



UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO CIVIL.

VO BO

EL DIRECTOR

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'D' followed by a long, sweeping horizontal line.

Tesis Doctoral presentada
por la Lda. Encarnación Marín
Pageo y realizada bajo la
dirección del Profesor Dr. D.
José Luis González Montes
Catedrático de Derecho
Procesal de la Universidad de
Granada.

Granada 1987

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

PARTE PRIMERA :
LA SUJECCION JURISDICCIONAL DE LOS PODERES PUBLICOS

CAPITULO I: LA SUJECCION JURISDICCIONAL DE LOS PODE-
RES PUBLICOS.

I.- SOBERANIA POPULAR Y FUNCION JURISDICCIONAL.

Nuestra Constitución, sometida a referéndum el 6 de Diciembre de 1978 y promulgada el 29 del mismo mes y año, ha creado un Tribunal Constitucional, unos procesos constitucionales, una jurisdicción de la constitucionalidad, la llamada por Capelletti la jurisdicción de la libertad (1).

La jurisdicción constitucional, como antes sucedió con la contencioso-administrativa, pone una vez más de manifiesto, la sucesiva ampliación que se va operando dentro del campo del derecho público respecto de las situaciones jurídicas necesitadas de tutela, y ello, como a nadie escapa, porque las transformaciones socio-políticas que día a día se van produciendo exigen la apertura del Ordenamiento jurídico a nuevas formas de tutela.

Ahora bien, qué contiene la jurisdicción constitucional, les solamente el Tribunal Constitucional el encar

(1) CAPELLETTI, La Giurisdizione costituzionale delle libertà, Milano 1976.

gado de tutelar la Constitución?

Será precisamente el tema objeto de nuestro estudio, el control constitucional en vía incidental ó cuestión de inconstitucionalidad, el instrumento que nos permita apreciar con absoluta claridad, no sólo el papel que tiene atribuido el Tribunal Constitucional en la defensa de la Constitución, sino la misión que a éste respecto tienen los órganos del poder judicial (2).

"Al poder judicial, no se le atribuye la sola aplicación del derecho, sino la ambiciosa tarea de administrar justicia, según la inequívoca y tajante argumentación contenida en el art. 117,1 de nuestro texto constitucional: administrar en nombre del Rey, la justicia que emana del pueblo" (3), lo que como ha expuesto Gimeno Sendra (4), no es sino la consecuencia del art. 1,2 de la Constitución, a cuyo tenor, "La soberanía nacional reside en el pueblo español del que emanan todos los poderes del Estado".

(2) En este sentido se expresa ELIZALDE, El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, en la obra colectiva El Tribunal Constitucional, Vol.I, Madrid 1981, IEF. p.867, cuando dice que, "Frente a lo que pudiera parecer, la cuestión de inconstitucionalidad como medio de iniciar el proceso constitucional, es la manifestación más evidente de la facultad de los jueces ordinarios para controlar el ajuste de las leyes a la Constitución".

(3) GARCIA-BARBON CASTAÑEDA, Justicia y Poder Judicial, en la obra colectiva, El Poder Judicial, Vol.II, Madrid 1983, IEF. p.1377.

(4) GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, Madrid 1981, p.28.

¿Cuál es la justicia que emana del pueblo?

Casi siempre que se trata de la función jurisdiccional se pone el énfasis en su cualidad de función del Estado, olvidándose a menudo que el Estado debe estar al servicio de la sociedad que lo crea. Desde esta perspectiva, y partiendo de la proclamación de la soberanía del pueblo español (art.1,2 CE), hay que convenir que el fin de la función jurisdiccional, será el articular los modos y formas a través de los cuáles la soberanía popular, y el producto de ella, la Constitución, se lleve a cabo tanto por los ciudadanos como por los poderes públicos.

"En virtud de un proceso creador, la justicia asumida como tal por el pueblo se convierte en derecho a través de la fase legislativa, y a su vez, el derecho debe reconducirse en justicia a través de la fase jurisdiccional. Corresponde al juzgador lograr que en su aplicación determinada y específica, la concrección del derecho reponda a la misma Justicia que informó su formulación como norma". "Una valoración de tal naturaleza implica para el Poder Judicial la asunción de un triple compromiso: compromiso con la norma, compromiso con la justicia y compromiso con la realidad social" (5).

El fin de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento del control de la constitucionalidad, es, bajo este punto de vista, velar por el cumplimiento de la Constitución en el proceso jurisdiccional, función que, si bien no está atribuida en sus diversas fases a los órganos jurisdiccionales, si, desde luego, ejerce el poder judicial, ya sea con mayor o menor intensidad, en todas las ocasiones.

Igual que en la legalidad anterior no existía el deber de ciega observancia al reglamento, ocurre ahora lo mismo con la ley. De igual forma que el Juez sólo está vinculado al reglamento legal, respecto de la ley, sólo debe aplicar la ley constitucional, es decir, a aquélla que es expresión de la soberanía popular.

El entendimiento de la transformación sufrida es sin duda difícil. Si se tiene en cuenta que nuestros conceptos de la función jurisdiccional arrancan de la LOPJ de 1870, que respondía netamente al dogma de la división de poderes, y por tanto, al principio de supremacía parlamentaria, la presencia de nuevos principios tales como

(5) GARCIA-BARBON CASTAÑEDA, Justicia y Poder judicial, en El Poder Judicial, Vol.II, op. cit., p.1380.

los de rigidez y supremacía constitucional, cuya consecuencia es el nuevo sistema de "cheks and balance", (sustitutorio del de división de poderes), suponen una transformación profunda del sistema.

Ya no basta para decir que estamos en un Estado de Derecho la vigencia y efectividad del principio de legalidad. No toda ley es expresión de la soberanía popular, por el contrario, sólo lo es aquélla que se ha elaborado conforme a la Constitución. "El Estado de Derecho será pues, el imperio de la Ley, la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos humanos o fundamentales" (6).

Este instrumento de control de las normas produce, al igual que lo hizo la entrada del recurso por exceso de poder en el control de los actos de la Administración pública, (que como se recordará, provocó que el derecho subjetivo abandonase su puesto único y central como legi

(6) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución", REDC. n.º10, 1984. p.12.

timador del recurso contencioso administrativo), la necesidad de revisar toda una serie de conceptos jurídico-procesales que, nacidos en el seno del proceso civil y determinados en consecuencia por relaciones jurídico privadas, se revelan incapaces para subsumir la nueva realidad procesal.

Los grandes problemas que se suscitan en el proceso constitucional en vía incidental no podrán quedar resueltos sino solucionamos previamente otros, los propios del encuentro de los dos grandes sistemas jurídicos, el sistema anglosajón ó de "common law", y el sistema continental (7), ya que si bien, en principio, pudieran parecer tangenciales desde una perspectiva procesal, por su mayor conexión quizás con otras disciplinas, son, en esta ocasión, la piedra angular del proceso que nos ocupa.

(7) Vid. respecto de la aproximación de ambos sistemas jurídicos, CAPELLETTI, *Giudici e Legislativo*, Milano 1984. Vid. también, FERNANDEZ CARNICERO-GONZALEZ, *Relaciones entre el Poder Judicial y las Cortes Generales*, en *El Poder Judicial*, Vol.II, op. cit., pp.1350 a 1353 dedicadas al tema sugestivo, Encuentro de jueces y legisladores.

II.- LA TUTELA JURISDICCIONAL FRENTE A LOS PODERES PUBLICOS.

1).- LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL COMO ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA Y FISCALIZADORA DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA: EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

"Para asegurar la observancia práctica del derecho en el desarrollo concreto de las relaciones sociales, no es suficiente la obra del legislador", "si los individuos -opina Calamandrei (8)- no están dispuestos a respetar voluntariamente las leyes, entonces, para hacerlas respetar, es necesario una ulterior actividad del Estado, que se presenta como complemento de la actividad legislativa", la actividad jurisdiccional.

La primera tutela que tiene todo bien jurídicamente reconocido es la normativa, mas, para el caso de que se vulnere la norma, es a su vez necesario una ulterior garantía, que asegure la virtualidad de la primera. Esta la proporciona la tutela jurisdiccional.

Así describía Calamandrei la defensa que de la lega

(8) CALAMANDREI, Derecho Procesal Civil, (Instituciones de Derecho procesal civil) Vol.I, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires 1962, pp.127 y 128.

lidad lleva a cabo la función jurisdiccional respecto de los particulares, y con idénticas palabras se podría describir la que ésta realiza respecto de los poderes públicos:

- También cuando dichos poderes no están dispuestos a respetar voluntariamente la ley, es necesario una ulterior actividad que en este sentido se presenta como complementaria y como revisora.

Tan indispensable para el cumplimiento de la legalidad es el sometimiento de los particulares como el de los poderes públicos. Y es más, así como el sometimiento de aquéllos es relativamente fácil de conseguir por medio de los sistemas tradicionales de responsabilidad civil y penal, lo que entraña, en cambio, verdaderos problemas, es el sometimiento de los poderes públicos a la legalidad. No en vano -como ha dicho García de Enterría (9)- el gran y principal problema del Derecho Público, es el de "acotar el legítimo ejercicio de aquél dentro de unos límites determinados que aseguren a los ciudadanos un ámbito de libertad".

(9) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Madrid 1936, Vol.II, p.32.

Y al igual que el Derecho al llegar a su fase de madurez, coincidente con el refuerzo de la autoridad del Estado, impone como exigencia lógica que la aplicación de la norma ignorada, incumplida, en definitiva, vulnerada, sea hecha por un tercero, (poder judicial), evidenciándose a comienzos del siglo XX, la impotencia de la Constitución (como respuesta a la necesidad de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos deslindando el marco de actuación de los poderes públicos (10)), se impone la aparición de un garante de la voluntad constitucional.

Evidentemente, la relación entre principio de legalidad y examen de la constitucionalidad de las leyes es obvia.

Si la Constitución no pretende ser sólo una declaración de derechos y principios, sino una norma jurídica eficaz, es necesario para asegurar la observancia práctica de la misma, con el sistema de valores que lleva implícito, un instrumento con el que reaccionar a los ata

(10) Nótese que precisamente la jurisdicción constitucional nace en Europa (1920), años antes del gran desastre de la 2. guerra mundial, y que no es mera casualidad, que sean Alemania e Italia, los países que más han desarrollado su Justicia Constitucional. Si a esto añadimos el antecedente, por todos conocido, de la llegada de Hitler al poder mediante las "urnas", sobran comentarios respecto del fin acometido mediante el desarrollo de este instrumento.

ques que a ella se infrinjan. Este instrumento es el control de la constitucionalidad que, no es sino "una síntesis entre el principio de soberanía popular y el de legalidad, considerado en su máximo rango formal, es decir, entendido como primacía de la ley fundamental" (11).

El ejercicio de este instrumento conlleva una actividad que se manifiesta como revisora de la actividad legislativa, y que es actividad secundaria, en cuanto que a veces sustituye a la voluntad del poder legislativo, y otras, a falta de la actuación de éste, integra su actividad; mas ello -debe advertirse- sólo a los fines de tutelar el principio de rigidez constitucional, el cuál, en cuanto que la Constitución es también una ley, super-ley, podríamos decir que no es sino el propio principio de legalidad elevado a su máxima potencia.

Igual que para asegurar el sometimiento de la Administración al principio de legalidad, es necesario una actividad que revisora de la misma, tenga una procedencia diferente de aquélla, de la misma forma, para

(11) MURILLO DE LA CUEVA, La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, REP. n.º 97, 1979, p.205.

someter el poder legislativo a la Constitución se hace necesario un sujeto u órgano de distinto origen de éste, ya que -como ha expuesto Crisafulli (12)- un órgano que actúe de garante de la constitucionalidad de los actos del poder legislativo no puede ser de naturaleza política, ya que ello sería en realidad un autocontrol y, como graficamente afirma, entre los términos "control y autocontrol", sólo hay de común que ambos terminan en la misma palabra ("nemo iudex in causa propria").

Los peligros que conlleva que la actividad revisora se exceda en su cometido, son tanto más graves cuanto más importante es la labor enjuiciada, y mayor el margen de creatividad que tiene el órgano cuya actividad se somete a examen. Por ello, y en primer lugar, la existencia del control supone una gran confianza en el órgano que debe llevarlo a cabo.

"Aun reconociendo los inconvenientes del sistema -opina Vescovi (13), refiriéndose a la jurisdicción constitucional- las dificultades de encontrar entre los diversos regímenes uno más perfecto que otro, la necesi

(12) CRISAFULLI, La Corte Costituzionale ha vent'anni, en, La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Padova 1984, p.74.

(13) VESCOVI, La acción de inconstitucionalidad, R.D.P. 1966, p.85.

dad de dotar al órgano de control, de poderes que, en muchos casos, pueden ser utilizados con exceso, lo cierto es que nos encontramos ante una realidad institucional, y a una necesidad de organización política, que debe recurrir a diversos controles de los poderes con que los individuos se ven obligados a dotar a los órganos sociales para el desarrollo de la vida colectiva".

Del mismo modo -repetimos- que se ha considerado como una de las grandes victorias del sistema de la legalidad y del triunfo del Estado de Derecho, la sujeción a la ley del poder ejecutivo mediante la revisión jurisdiccional de sus actos, en la actualidad, no siendo suficiente estar bajo el imperio de la ley para que se respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos, el gran reto del Estado de Derecho es el control constitucional de los actos normativos con fuerza de ley, así como de los actos infractores de los derechos fundamentales y libertades públicas provenientes de los poderes públicos.

Como dijera Herber Kruger "Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales" (14).

De aquí que García de Enterría considere (15) que la Constitución Española, al imponer su observancia al poder legislativo e instaurar controles para ello, ha dado el paso del Estado formal de Derecho al Estado material de Derecho.

Desde una perspectiva descriptiva podríamos decir que existen dos momentos en la actuación de la Constitución:

- Un momento fisiológico en que todos los destinatarios de la Norma constitucional la respetan y cumplen, revelándose como una Norma a la que se da actuación espontánea, y

- Un momento patológico donde, al haberse incumplido, su observancia viene impuesto coactivamente, ya sea por medio de una actividad jurisdiccional llevada a cabo por los órganos integrantes del poder judicial, ó por un órgano especializado encargado de tal misión, Tri

(14) KRUGER, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Bon 1950, p.12, Citado por, DE VEGA GARCIA, en Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, REP. n.27, 1979, p.111.

(15) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad. Estado material de Derecho yop. cit., pp. 16 y 17.

bunal Constitucional.

La idea de la crisis de la Constitución, aunque nueva bajo el sentido que nosotros la utilizamos, es ya una idea que viene presidiendo los trabajos de los estudiosos del constitucionalismo desde hace tiempo (16). La Constitución, pese a haber nacido como un instrumento de garantía de los individuos frente al absolutismo de la monarquía, se reveló más tarde ineficaz para cumplir esta misión, necesitándose, por ello, la entrada de un garante de la voluntad constitucional.

Partiendo, como hemos expuesto, de la inviabilidad de que el órgano que lleve a cabo el examen sea de carácter político, desde éste punto de vista no sería forzado considerar que, al igual -como decía Calamandrei- que la jurisdicción es la necesaria prosecución de la legislación, el corolario indispensable de la juridicidad de la Constitución, es el control de la constitucionalidad.

(16) Vid. BURDEAU, Une survivance: la notion de Constitution en L'evolution du Droit Public, Etudes en l'honneur d'Achille Mestre, Paris, 1956. p.54; FORSTHOFF, Problemas actuales en el estado social de Derecho en Alemania, Madrid 1966, pp. 32 y 33; DE VEGA GARCIA, Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, R.E.P. nº7 1979, pp.103 y ss.

2).- LA SUJECCION JURISDICCIONAL DE LOS PODERES PUBLICOS.

Puesto que el control constitucional en vía incidental implica tanto la sujeción jurisdiccional del poder legislativo como del poder judicial a la Constitución, nos parece ilustrativo recordar cómo se ha ido poco a poco estableciendo la sujeción jurisdiccional de los poderes públicos.

A).- EL CONTROL DE LOS ACTOS DEL PODER JUDICIAL.

Haciendo un poco de historia es interesante advertir, como de los tres poderes diseñados por Montesquieu, ejecutivo, legislativo y judicial, fué éste último el primero que se intentó controlar.

Efectivamente, el temor hacia el poder judicial que, en definitiva, es el poder que aplica el derecho todos los días, hizo que los revolucionarios franceses configurasen la Corte de Casación como un órgano político, a fin de que los miembros del poder judicial quedasen sujetos a un órgano de diferente carácter, y no pudiesen contravenir los dictados del poder legislativo.

El recurso de casación, no debe olvidarse, aparece exclusivamente en función del "ius constitutionis", es

decir, en defensa de la ley, y para reprimir las posibles contravenciones a la misma por el poder judicial. Su genuína función era anular las sentencias dictadas en infracción a la ley.

No cabe confundir pues, el recurso de casación tal y como nació en la Francia post-revolucionaria, con el recurso de casación español. En nuestro país, el poder que se le dió al Tribunal Supremo de crear doctrina legal, y de poder conocer de la infracción de ésta, situó al poder judicial -como afirma Coca Payeras (17)- en vez de en la situación de un poder controlado -situación que detentaba el poder judicial en Francia- en la de un poder controlador.

Como explica Fairen (18), aunque la casación es un recurso que se origina en Francia con el propósito de cercenar los abusos del poder judicial, en España no se le atribuyeron las mismas funciones, y aunque el objetivo de la casación era defender el derecho objetivo, cuando desaparece el temor del legislador a que los Jueces interpreten sus leyes, el objetivo principal de la casación

(17) COCA PAYERAS, La doctrina legal, Barcelona 1980, p.68.

(18) FAIREN GUILLEN, Sobre la recepción en España del recurso de casación francés, A.D.C. 1957, pp.668 y 669.

pasa a ser el de velar por la unidad de la jurisprudencia.

Consecuentemente ha de advertirse que cuando decimos que el poder judicial fué el primer poder controlado, nos estamos refiriendo naturalmente al caso francés y no al español, donde la distinta configuración del recurso de casación, y con éste la del Tribunal Supremo, provocó que este órgano tuviese un marcado carácter jurisdiccional, con lo cual se arbitró, evidentemente, un control para todos los órganos integrantes del poder judicial excepto para el Tribunal Supremo.

De tal manera en Francia la cuestión era diferente, que -tal como expone Calamandrei (19)- los Reformadores franceses, a fin de mantener el rígido principio de separación de poderes, llegaron hasta a prohibir a los órganos judiciales interpretar la ley. Ello se consideraba una función propiamente legislativa. Confundiendo, como explica el autor citado, "la interpretación auténtica en abstracto, y la interpretación jurisprudencial o doctrinal en concreto; (y) proclamaron que la interpretación de las leyes de cualquier género que la

(19) CALAMANDREI, La Casación civil, Vol.II, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires 1945, p.45.

misma fuese, debía quedar comprendida en la esfera del poder legislativo".

Fué precisamente esta razón -la prohibición a los órganos jurisdiccionales de interpretar la ley- la que llevó a la creación del recurso de casación, ya que junto al "référé législatif facultativo" (instrumento preventivo) (art. 12 del Título II del Dec. de 16-8-1790), se instauró también un mecanismo represivo, el "référé obligatoire", que no era sino el medio de anular la sentencia que hubiese contravenido la ley (20).

Así pues, aunque originariamente la genuína función del recurso de casación fué la de controlar a los órganos jurisdiccionales (21), llegándose con ello incluso a desnaturalizar la separación entre los poderes del Estado -como expone Calamandrei (22), el sistema supuso el pre

(20) CALAMANDREI, La Casación civil, op. cit., pp. 48 y 49, donde además explica que, de dos maneras podía acceder la sentencia presunta violadora de la ley al Tribunal de Casación. Por medio de la legitimación conferida al comisario du roi (art. 23 del Decret de 27-11. 1. de Diciembre de 1790), especie de ministerio fiscal que únicamente ejercitaría su "demanda en casación", cuando la sentencia incurriese en errores in iudicando, no produciendo en caso de que el Tribunal de Casación casase la sentencia, efectos sobre el caso concreto (recuérdese que el Tribunal de Casación fué creado para mantener en su integridad la separación de poderes, y no para satisfacer los derechos subjetivos privados), y por medio de los litigantes, supuesto en que se podrían revisar los errores in procedendo, y que provocaba el reenvío, en caso de que la sentencia fuese casada, al Tribunal que la hubiese dictado, ya que como dijese Chapelier (cit. por CALAMANDREI, op. cit., p.74) "Le tribunal de Cassation, pas plus que les tribunaux de district ne doit avoir de jurisprudence á lui".

(21) Vid la demostración que a éste respecto lleva a cabo CALAMANDREI, La Casación Civil, op. cit., pp.38 a 51. Vid también CREMADES, El recurso en interés de ley, Zaragoza 1969, pp. 88 y 89.

(22) CALAMANDREI, La casación civil, op. cit., p.41.

dominio del poder legislativo sobre el judicial, no fué en cambio así en España, donde la existencia, desde que se crease el recurso de casación, de la posibilidad del Tribunal Supremo de crear doctrina legal y sujetar a la observancia de la misma (23), pudiendo además tal órgano, a diferencia del caso francés (24), dictar nueva sentencia en sustitución de la casada, desvirtuó el recurso tal como fué concebido en Francia, y en definitiva, también al órgano ante el que se sustanciaba el mismo. En España el Tribunal Supremo no ha sido nunca un órgano de carácter político complementario y subsidiario del legislativo como su homólogo francés.

Así las cosas, y por lo que compete a nuestro país, cierto es que en primer lugar surgió el control de la actividad de los órganos del poder judicial, ahora bien, dado que este control se atribuyó a un órgano jurisdiccional y no a un órgano de carácter político (25),

(23) Sobre el origen exclusivamente español de la doctrina legal, y su observancia por medio del recurso de casación, Vid. COCA PAYERAS, La doctrina legal, op. cit., p.3 donde afirma que "La doctrina legal ni proviene de Francia, ni nada tiene que ver tiene con el ordenamiento procesal francés, ya que en éste país sólo la infracción de ley abría la casación".

(24) CALAMANDREI, La Casación civil, op. cit., p.75, expone que, al Tribunal de Casación no le estaba permitido dictar una nueva sentencia que sustituyera la decisión casada, ya que entonces se le habría atribuido "la facultad de decir la última palabra sobre todas las controversias ya pasadas a través de los dos grados de jurisdicción" y, "habría asumido en el Estado, en daño de los otros poderes, una posición de absoluta omnipotencia no frenada por ninguna superior censura". Hasta tal punto le estaba prohibido crear jurisprudencia que, como sigue exponiendo el citado autor en las pp. 77 a 78, cuando hubiese casado dos veces una sentencia por idéntico moti

no se logró sujetar por completo a dicho poder, ó al menos no se sujetó al órgano colocado en la cúspide del mismo (26), esto es, al Tribunal Supremo (27).

vo, debía solicitar del poder legislativo, un decreto interpretativo de la norma en cuestión, (référé obligatoire au législateur (sistema que se amplió más tarde a los casos en que casada una sentencia se volviese a emitir otra en el mismo sentido de la primera).

(25) Como pone de relieve CALAMANDREI, La Casación civil, op. cit., p.40, el Tribunal de Casación francés, (cuyo nombre, advierte, modificado más tarde por el de Corte (1830), no debe inducir a pensar que en sus orígenes, se trata de un órgano compuesto por verdaderos y propios jueces), era "un órgano de control destinado a vigilar que el poder judicial no violase en daño del poder legislativo, el cánón fundamental de la separación de poderes.

(26) Vid sobre esta cuestión SERRA DOMINGUEZ, Jurisdicción, y, El juicio jurisdiccional, en Estudios de Derecho Procesal, Barcelona 1969, en especial, p.90 donde expone lo siguiente: "Cuando la resolución de un tribunal no está sometida a recurso alguno, el tribunal debe ajustarse a la ley, pero si no lo hace, su resolución producirá idénticos efectos que si hubiera sido dictada acatando las normas legales". Así las cosas, si el juicio del Tribunal Supremo es (antes de la entrada en nuestro sistema jurídico del Tribunal Constitucional) irrevocable, ello es prueba evidente, de la "libertad" de dicho Tribunal.

(27) En la actualidad, al poder ser recurridas ante el Tribunal Constitucional las resoluciones del Tribunal Supremo en caso de que atenten contra un derecho fundamental o libertad pública de los previstos en la sección II del Capítulo I de la Constitución, dado que éste último era el que conocía de los actos de los órganos integrantes del poder judicial así como de los del poder ejecutivo, puede comprenderse que el Tribunal Constitucional controla el poder ejecutivo, y el poder judicial.

B).- EL CONTROL DE LOS ACTOS DEL PODER EJECUTIVO.

También en la sujeción jurisdiccional de la Administración influyó poderosamente la aplicación del rígido dogma de la división de poderes.

En este caso, y a fin de impedir la ingerencia del poder judicial sobre el poder ejecutivo, el enjuiciamiento de los actos de la Administración no se atribuyó al poder judicial, sino a la propia Administración (sistema de jurisdicción retenida).

Si bien la defensa del principio de legalidad requería la revisión de los actos del poder ejecutivo y de la Administración pública a fin de defender la aplicación de la ley, la entrega de dicha potestad al poder judicial podría suponer una mediatización del poder ejecutivo, que el rígido dogma de la división de poderes no podía tolerar (28).

Al igual que sucedía con los actos de los órganos judiciales, también era necesario el control de los actos

(28) Para dar cumplimiento al mismo, se dicta -como señala GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmunidades del poder, Madrid 1974, pp.16 a 18, en especial, p.18- la ley 16-24 de agosto de 1790, "donde se proclama la separación radical entre la Administración y la Justicia, entendida en el sentido de que los Tribunales no podrían .. molestar a la manera que fuese las operaciones de los cuerpos administrativos ("trouble de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs") ni citar antes ellos a los administradores por razón de sus funciones".

de la Administración. Ambos debían de respetar escrupulosamente la ley. Y así como en el caso del poder judicial, fué al Tribunal Supremo como órgano de naturaleza política, al que se le confió el control, de igual forma, y atendiendo al mismo fin -que los poderes se mantuviesen estrictamente separados, al objeto de que el poder judicial no menoscabara al poder ejecutivo- se creó un sistema en el que la propia Administración sería la revisora de sus actos.

Refiriéndonos al caso español, el sistema de control al que se han sometidos los actos de la Administración pública en nuestro país ha sido variado y complejo.

En un primer momento se implantó un sistema administrativo de jurisdicción retenida (Ley de 2-4-1845, relativa a los Consejos provinciales y Ley de 6-7-1845 relativa al Consejo Real). La Revolución de 1868 instauró el sistema judicial; más tarde, la Restauración volvió a instaurar el sistema de justicia retenida, pasando posteriormente, en virtud de la Ley 13-9-1888 y Decreto de 22-6-1894, a un sistema mixto, en el que, como indica Entrena Cuesta (29), "el Tribunal Supremo en materia conten

(29) ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, Madrid 1979, p.308.

ciosa-administrativa, actuaba con jurisdicción delegada, integrándose como una sección del Consejo de Estado". Por último, y antes de la Ley actualmente vigente (LJCA 1956), la ley de 5 de abril de 1904 estableció un sistema judicial especializado.

Como puede observarse, así como respecto del control de los actos del poder judicial la cuestión en España fué bien distinta a la de Francia, también ha sido diversa a la hora de controlar los actos de la Administración.

Aunque la Administración se ha resistido a ser controlada por completo por el poder judicial, y aún en la LJCA de 1956 había ámbitos exentos de control (30), en la actualidad, el rígido principio de la separación de poderes está totalmente cercenado. El art. 106,1. de la Constitución establece el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa.

Veamos ahora la evolución en el control del poder legislativo.

(30) Tengase en cuenta que aunque la entrada de la LJCA supuso un gran avance en el control jurisdiccional de los actos de la Administración, ya que ámbitos hasta ese momento inanes a control jurisdiccional fueron absorbidos (el acto discrecional, el reglamento ilegal a través de la vía del recurso directo), sin embargo, como hace notar GARCIA DE ENTERRIA, en La lucha contra las inmunidades del poder, op. cit., aún después de la promulgación de la LJCA, quedan ámbitos

C).- EL CONTROL DE LOS ACTOS DEL PODER LEGISLATIVO.

El control jurisdiccional de los actos del poder legislativo al igual que el de los actos de la Administración, precisamente por la desconfianza en el continente europeo hacia el poder judicial, ha sido una labor lenta y gradual.

En principio se instauró en la Constitución Austriaca de 1920 el control directo y abstracto de la constitucionalidad por obra de Kelsen, quien al intento -como hace notar López Garrido (31)- "de mantener la tradición de subordinación del Poder Judicial al Poder Legislativo, separa tajantemente el control de la constitucionalidad de la actividad jurisdiccional ordinaria:

- Según el sistema imaginado por Kelsen, solamente se efectuaría un control abstracto de la constitucionalidad que se concentraría en manos de un órgano específico -Tribunal Constitucional- cuyos actos, al tener carácter constitutivo, vendrían a ser actos de legislación negativa.

exentos, bien por la restricción respecto del sistema procesal de legitimación para recurrir reglamentos (p. 85), bien por la interpretación amplia del art. 2, b de la LJCA (pp. 8 y ss.).
(31) LOPEZ GARRIDO, El Poder judicial y sus competencias, en El Poder Judicial Vol. II. op.cit., p. 1719.

Como puede apreciarse, mediante este sistema se lograba una radical separación entre el control constitucional -que lo llevaba a cabo el Tribunal Constitucional- y la jurisdicción ordinaria, que seguía sin poder enjuiciar los actos del poder legislativo.

Es más tarde, en 1929, cuando se introduce la excepción de inconstitucionalidad, el control concreto. Mediante el control abstracto no se podía controlar cumplidamente la sujeción de los actos normativos con fuerza de ley a la Constitución. Con ello el sistema de Kelsen se acercó notablemente al de la "judicial review", ya que mediante el ejercicio del mismo, el poder judicial pasa a enjuiciar, en cierto grado, los actos del poder legislativo.

Y si ya la herencia de Kelsen -el control abstracto- supone la pérdida del papel hegemónico del poder legislativo, en cuanto que el Tribunal Constitucional puede revisar sus actos, la "judicial review" asumida junto al anterior, produce el decaimiento total del principio de supremacía parlamentaria, en cuanto que la actividad del poder legislativo también puede ser puesta en cuestión por los órganos del poder judicial.

Si como exponíamos en páginas anteriores, el recurso

de casación -aseveraba Calamandrei- implicaba el predominio del poder legislativo sobre el poder judicial, ahora, si mediante el control constitucional en vía incidental (cuestión de inconstitucionalidad), el poder judicial puede "dudar" de la constitucionalidad de los actos del poder legislativo, el cambio no puede ser más profundo.

Por ello, en Francia -como se puede colegir- lógico resulta que si el poder judicial no puede crear jurisprudencia, así como tampoco controlar los actos de la Administración, resulte impensable por la misma razón, que un Tribunal controle los actos del poder legislativo, y mucho más, que se adopte la fórmula del control concreto (32).

Aún hoy sigue pesando en el ánimo francés el dogma de la división de poderes y en consecuencia, el principio de supremacía parlamentaria sigue vigente. Buena prueba de ello es que si bien la Constitución de 1958 crea el Consejo Constitucional francés, siendo una de las funciones de éste el control del poder legislativo (control preventivo), como reconocen Morugeon y Théron (33),

(32) CASCAJO CASTRO, El Consejo Constitucional Francés, en El Tribunal Constitucional, Vol.I. op. cit., pp.647 a 652.

la principal competencia del Consejo no es sin embargo ésta, sino la protección de la ley frente al reglamento (arts. 37 a 40 de la Constitución), no habiendo cobrado además el control del poder legislativo -que sólo es preventivo y está además cercenado por un sistema de legitimación muy restringido (34)- un papel verdaderamente relevante hasta los años setenta.

Refiriéndonos ahora al caso español, si bien la desconfianza hacia el poder judicial ha estado presente en nuestra historia, no ha alcanzado sin embargo el mismo grado que en Francia. Como hemos expuesto, si los actos del Tribunal Supremo no eran revisables, y éste en cambio enjuiciaba los actos de los demás órganos del poder judicial así como de la Administración pública, es indudable que en España no existía igual recelo que en Francia hacia el poder judicial.

En la actualidad, según el modelo introducido por la Constitución de 1978, no sólo por medio de la jurisdicción constitucional se controlan los actos del poder le

(33) MORUGEON, J. y THERON J.P. Les libertes publiques, Paris 1979, p.121

(34) Estan legitimados para acceder ante el Consejo, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, el Presidente de la República y el primer Ministro, así como por obra de la reforma de 29-10-1974, sesenta diputados y sesenta senadores.

gislativo. La jurisdicción constitucional se sirve en uno de sus controles más importantes -el incidental ó cuestión de inconstitucionalidad- de la jurisdicción ordinaria, y ésta es una circunstancia que pone la impronta a todos aquéllos sistemas de justicia constitucional donde sucede un fenómeno similar al nuestro, ya que el poder judicial pasa a enjuiciar, en cierta medida, los actos del poder legislativo.

La modificación que ha introducido la Constitución Española al configurarse a sí misma como una Constitución rígida, y crear una jurisdicción constitucional, significa, como ha expuesto Crisafulli (35), "una alteración del esquema democrático parlamentario" y ello, porque "la misma rigidez constitucional, garantizada por un control jurisdiccional sobre las leyes, es un límite al poder político, en su manifestación legislativa. Un límite -afirma- al menos, de regla negativo, de acuerdo, pero siempre un límite, que viene a atacar el viejo dogma decimonónico de la soberanía del Parlamento, y con el mismo en cualquier medida el principio democrático".

(35) CRISAFULLI, La Corte Costituzionale ha venti anni, en La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, op. cit., p.73.

D).- EL RECURSO DE CASACION, EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

El control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos, (acto administrativo, acto jurisdiccional, y acto legislativo) se lleva a cabo mediante el recurso contencioso-administrativo, el recurso de casación, y el recurso de inconstitucionalidad, aunque cuando se refiere al control en vía incidental, se denomine cuestión de inconstitucionalidad.

Igual que el recurso de casación y el recurso contencioso-administrativo, reposan en la idea, respectivamente, de sujeción a la ley de la actividad jurisdiccional y de la potestad reglamentaria y actuación administrativa, el control de la constitucionalidad tiene su fundamento en la sujeción de la potestad legislativa a la Constitución.

El paralelismo como se puede advertir es notorio (36), y es curioso observar como aquél de los tres pode

(36) Vid. sobre las analogías del recurso de casación, el control de la constitucionalidad, y el recurso contra reglamentos ilegales, ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Perspectivas de la Casación, en Estudios diversos de Derecho Procesal, Barcelona 1985, pp.254 y 255, quien considera que "En su cualidad de medios impugnativos, los tres coinciden en que tratan de impedir situaciones subversión jurídica: el de ilegalidad respecto de reglamentos que sean contrarios a las leyes que desenvuelvan; en un peldaño inmediatamente superior, el de inconstitucionalidad, frente a leyes que pugnen con la Constitución, mientras que a su vez el de casación tiende a evitar el prevale

res que diseñó Montesquieu con menos prerrogativas, aquél que algunos pretendieron fuese un poder neutro, ha ido adquiriendo cada vez mayor preponderancia, porque abstrayéndonos en éste momento de cuál sea la naturaleza del Tribunal Constitucional, lo cierto es que actúa bajo un método judicial.

Que estos tres instrumentos, recurso de casación, recurso contencioso-administrativo, y control de la constitucionalidad, son tres instrumentos semejantes, es algo evidente, siendo uno de los fundamentos que desde nuestra perspectiva procesal, hace que nos interese tanto el estudio del mecanismo creado para revisar los actos del poder legislativo.

Si el fin de la creación de la jurisdicción contenciosa-administrativa, fue controlar los actos del poder ejecutivo, de la Administración pública, el fin de la jurisdicción constitucional, habida cuenta que junto al control constitucional, cuyo fin es controlar los actos del poder legislativo, existe el recurso de amparo, mediante el que se controlan los actos de los tres poder

cimiento de sentencias conculcatorias de las leyes en que deberían asentarse". Vid. también CAPELLETTI, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano 1973, pp.19 a 25.

deres públicos, es controlar todos ellos, y sobre todo el legislativo.

Si los actos del poder ejecutivo son revisables por el poder judicial, los actos del poder judicial por el propio poder judicial y por el Tribunal Constitucional, y el poder legislativo puede ser enjuiciado por el poder judicial, y por el Tribunal Constitucional, realmente no cabe duda que en nuestro sistema constitucional, el Tribunal Constitucional se convierte en Juez de jueces, Juez de gobernantes y Juez de legisladores.

El problema subsiguiente es, como se preguntó Pérez Serrano (37), ¿Qui custodet custodes?.

(37) PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Político, Madrid 1984, p.381, expone así el problema, "el mismo propósito de garantizar la libertad que origino la doctrina (de la división de poderes), puede quedar frustrado sin remedio, pues el Ejecutivo y el Judicial habrán de atenerse a las normas establecidas por el Legislativo, pero éste tendrá en su mano y de hecho sin limitación la posibilidad de invadir la esfera reservada al libre ámbito de la vida ciudadana, es decir, que no se habrá pasado del criterio de la simple legalidad, freno para los poderes que aplican la Ley, mas no para el encargado de dictarla. Y si un constitucionalismo rígido frena al Legislativo, no se habrá hecho sino aplazar el problema, que se resume en la vieja pregunta: Qui custodet custodes?".

E).- UN ANTECEDENTE DE SINGULAR VALOR: EL CONTROL DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. ANALOGIAS CON EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

La idea del control jurisdiccional, tanto del contenido como del procedimiento de elaboración formal, de las normas con fuerza de ley no es nueva. Su semejanza con el control, también por vía jurisdiccional, de las normas reglamentarias es evidente.

Así como el principio de legalidad, como legitimador de la actuación administrativa, perdería su eficacia sin el recurso contra reglamentos tanto en vía directa como indirecta, igualmente, el que desde ahora denominamos principio de constitucionalidad (38) -entendiendo por tal la armonía y coherencia de toda norma jurídica con la Constitución- también carecería de existencia cobrando la Constitución un carácter meramente nominal, sin la existencia del control constitucional.

Y así como es la presencia de pretensiones de anula

(38) Así lo llama el Tribunal Constitucional en su S. 1/81 de 26 de enero, BOE 24-2-1981, f.j.2. A saber, "Corresponde por ello, al Tribunal Constitucional en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar "el principio de constitucionalidad" entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos".

ción de normas, lo que confiere gran parte de su dificultad al estudio de la jurisdicción contenciosa-administrativa (39), también este factor es el que otorga a la jurisdicción constitucional su extremada complejidad.

Volviendo nuestra atención al tema anterior, debemos poner de manifiesto la analogía de circunstancias entre las que rodearon en su tiempo el nacimiento de los recursos contra reglamentos, y las que han motivado en la actualidad el control de la constitucionalidad.

El recurso por exceso de poder —relata García de Enterría (40)— surgió en Francia a comienzos del siglo XIX para reprimir "las irregularidades más groseras y chocantes de los administradores", siendo en el art. 9 de la Ley de 24 de Mayo de 1872 (41), cuando se configura realmente como un verdadero recurso ordinario, desencadenador de un auténtico proceso, por medio del cuál se asegura el cumplimiento de la Ley por la Administración.

(39) Vid. respecto de ésta el estudio que realiza CORDON MORENO, La legitimación en el proceso contencioso administrativo, Pamplona 1979, pp 29 a 86.

(40) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.II, Madrid 1986, op. cit., p.39.

(41) Cabe señalar que es mediante esta misma ley, como señala ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, op. cit., p.306 por la que se pasa al sistema de jurisdicción delegada siendo la diferencia entre un sistema y otro en que en este el Consejo de Estado francés resuelve

Hasta la fecha señalada anteriormente sólo existían lo que ha llamado la doctrina recursos de plena jurisdicción, por medio de los cuáles el recurrente, haciendo valer su derecho subjetivo -al que correspondía una determinada conducta por parte de la Administración (dar, hacer o no hacer algo)- recababa la tutela jurídica de los Tribunales, para que se declarase y, en su caso ejecutara, la actuación administrativa a la que según su derecho subjetivo, la Administración estaba obligada. Habida cuenta que gran parte de la actuación administrativa no crea derechos subjetivos respecto de los administrados, el recurso era en consecuencia insuficiente.

Ciertamente, así como "el Derecho Privado es normalmente expresión de la justicia distributiva de dar a cada uno lo suyo, de modo que la norma objetiva se resuelve entera en una constelación de derechos subjetivos" (42), el Derecho Administrativo en cambio está articulado de otro modo, no se puede descomponer por entero es un sistema de derechos intersubjetivos.

por sí mismo, sin ulterior intervención de la Administración activa, con el cambio sucedía con el anterior sistema.

(42) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.II, op. cit., pp. 37 y 38.

Mediante el recurso por exceso de poder se subsanó la deficiencia de los recursos de plena jurisdicción. Posibilitó el control jurisdiccional del grueso de la legalidad administrativa, que hasta entonces estaba excluida del conocimiento de los Tribunales puesto que no engendraban derechos subjetivos típicos.

Dado el carácter verdaderamente innovativo que su aparición produjo en la clásica administración de justicia, su naturaleza ha sido arduamente discutida. Así, se ha hablado de proceso al acto, de procesos contra normas (43) y, en definitiva de jurisdicción objetiva (44).

Del mismo modo, en el control de constitucionalidad existen datos que se manifiestan con similar contenido:

- El control de constitucionalidad nace como instrumento para la contención de la potestad legislativa dentro de los límites enmarcadores de la Norma Constitu

(43) GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.II, op. cit., p.39.

(44) Vid. ARIAS DE VELASCO, Jurisdicción objetiva y el recurso por exceso de poder, la admisibilidad y el fondo. Madrid 1934.

cional. Hasta la creación del mismo la actividad legislativa estaba excluida de todo control.

- Asimismo, la instauración de dicho control y su articulación por medio de un Tribunal, ha hecho hablar a unos de gobierno de jueces (45), de "tercera Cámara, de poder legislativo negativo (46), de judiocracia (47), y hasta de Estado Judicial (48) (49).

Así las cosas, y puesto que como hemos intentado de

(45) LAMBERT, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, Paris 1921.

(46) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, en Derecho Procesal Civil (Estudios sobre el proceso civil), Vol.III, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires 1962, pp. 83 a 86; ALLORIO, Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada, en Problemas de Derecho Procesal, Vol.II, trad. Sentis Melendo, Buenos Aires 1963, p.56; AZZARITTI, Sulla illegittimità costituzionale delle leggi, "T.D.P.C. 1959,1 pp. 448 y 449; KELSEN, La garantie juridictionnelle de la Constitution, en revue de droit public et de la Science France et a l'etranger, 1928, T.45, pp. 127 a 257, en especial 224 a 228.

(47) LOEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, Barcelona 1970. p.325.

(48) SCHMIDT, La defensa de la Constitución, Barcelona 1931, pp.32 y ss.

(49) En nuestro País, le atribuyen carácter jurisdiccional, GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit., p.99; PEREZ TREMPES, Tribunal Constitucional y poder judicial, Madrid 1985, pp.6 a 16. DE OTTO PARDO, La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp. 1939 a 1951; y carácter de jurisdicción especial, GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, Madrid 1980, pp.75 y 76; ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Madrid 1980, p.9. Por el contrario, le atribuye carácter político, RUIZ LAPEÑA, El Tribunal Constitucional, en Estudios sobre la Constitución Española de 1978, Zaragoza 1979, pp.383 a 395.

Para un resumen de las diversas tesis sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional, Vid. LUCAS VERDU, Política y justicia constitucionales, consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional, en El Tribunal Constitucional, Vol.II, op. cit., pp.1509 a 1520.

jar patente, en estos momentos no existe todavía una perspectiva uniforme desde la que analizar el tema, la mejor técnica para entrar en el estudio de la cuestión de inconstitucionalidad es no partir de ideas preconcebidas. Aunque no se puede entrar en el mundo del Derecho sin una noción del mismo, cerrar, partiendo de las categorías jurídicas tradicionales, nuevas formas de aparición del mismo, no es sino cercenar la riqueza del fenómeno jurisdiccional.

Hasta ahora hemos expuesto en general como por medio del instituto del control de la constitucionalidad, que no es sino "la facultad de comprobar la necesaria adecuación a la Constitución de las leyes y de los actos con fuerza de ley, así como la de impedir su eficacia jurídica, en el caso de que (se) aprecie su falta de conformidad con la norma fundamental" (50), se podrá hacer frente a los actos normativos con fuerza de ley, que pretendan regir la vida jurídico-política de manera contraria a la formulación jurídica insita en nuestra Constitución. La efectividad del mismo dependerá de los

(50) MURILLO DE LA CUEVA, La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, op. cit., p.204.

instrumentos que se arbitren para llevarlo a cabo.

Y aquí está precisamente nuestro interés como procesalistas por el tema. Como se ha establecido que una de las formas del control de la constitucionalidad sea a través del juicio ordinario, ya que el Juez es llamado a hacer -como dijera Calamandrei (51)- de portero de la Corte Constitucional, ("si el Juez ordinario -relata el citado autor- no abre la puerta, la Corte no puede entrar en función, pero cuando la Corte ha entrado en función, el Juez ordinario no puede ya cerrarla, y para poder continuar el propio trabajo, es necesario que espere a que aquélla haya terminado el suyo"), nuestro interés por conocer los efectos que producirá este mecanismo de control dentro del proceso jurisdiccional es justificado.

Así como el proceso penal y civil son totalmente diferentes, en función precisamente de los derechos sustantivos que en cada uno de ellos se actúan, también los procesos constitucionales se ven impregnados de la idiosincrasia del derecho sustantivo que en ellos se pretende

(51) CALAMANDREI, Carta dedicatoria a Enrico Redenti, en La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.23.

actuar o restablecer, en definitiva tutelar.

Por ello nos vemos compelidos al estudio de la naturaleza jurídica de la Constitución, al fundamento del control de la constitucionalidad así como al fin del mismo, ya que dicho análisis nos proporcionará la "ratio" de todo el sistema que en torno a la defensa de la Constitución se ha construido, y que afecta, naturalmente, a la función jurisdiccional que, como se estudiará a lo largo de este trabajo, ha sufrido una transformación radical. Tarea nuestra será exponerla.

**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 soberania popular.....	48
2).- Clases de control de la constitucionalidad de las leyes.....	54
A).- Control politico y control juridico. 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 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.

Después de los estudios que se han realizado sobre el carácter y la naturaleza de la Constitución de 1978 (52), entre los que cabe destacar el de García de Enterría (53), gratuito sería, y aún más en un trabajo de esta índole, dedicado al perfil jurisdiccional del control de la constitucionalidad, volver sobre esta cuestión.

No obstante, como quiera que el control de la constitucionalidad no es sino la otra cara de la moneda del carácter jurídico de la Constitución, ya que éste —como entiende Crisafulli (54)— actúa como garantía sancionadora de la que a su vez es también otra garantía aunque de índole declarativa, la rigidez de la misma, haremos

cier

(52) Vid. en general, La Constitución y las fuentes del Derecho, obra colectiva, 3 Vols. IEF, Madrid 1979. En especial, y dentro de la misma: RUBIO LLORENTE, La Constitución como fuente del derecho, Vol.I, pp.53 y ss.; GARRIDO FALLA, Las fuentes del derecho en la Constitución Española, Vol.I pp.31 y ss.; DIEZ PICAZO, Constitución y fuentes del derecho, Vol.I, pp.653 y ss.; CASTEDO ALVÁREZ, La Constitución como fuente de Derechos, Vol.I, pp.425 y ss.

(53) GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma jurídica, en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores, Fredieri y García de Enterría. Madrid

ciertas reflexiones a fin de situar en su contexto el instituto del control constitucional en vía incidental.

Conjugando los arts. 9,1, 53, 161, 163, y 164 de nuestra Constitución, el carácter jurídico de la misma es un axioma que se revela sin ambigüedad alguna.

"Los ciudadanos y los poderes públicos -establece el art. 9,1 CE- están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico."

Del contenido del precepto transcrito, cabe extraer las siguientes conclusiones:

- La Constitución es una parte del Ordenamiento jurídico. El inciso último del art.9,1, no deja lugar a dudas. La Constitución no es el Ordenamiento jurídico sino un elemento del mismo, forma parte de él, aunque, como cabe deducir de los términos del mencionado precepto su puesto sea privilegiado, ya que la vinculación que la Constitución prescribe es "una vinculación más fuerte, en la tradicional expresión del constitucionalismo americano" (5).

Calasandrei, Tomo IV, 1958, p.278.

(55) GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma jurídica, en La Constitución Española de 1978, op. cit., p.112.

- La Constitución no es pues el Ordenamiento jurídico. No cabe identificar Constitución con Derecho.

Efectivamente, la Constitución no es el Derecho ni es el Ordenamiento jurídico, porque si así lo fuese ello significaría su configuración como norma de carácter cerrado, cualidad que la Constitución Española viene a negar rotundamente en diversos preceptos de la misma (56), expresando por el contrario su intención de ser únicamente -como dijo Kelsen (57)- la parte del Ordenamiento jurídico que lo conecta con su validez.

Como ha expresado Sanchez Agesta (58), la Constitución es derecho, pero no es el Derecho ni es sólo derecho (59).

Nuestra Constitución se configura como una norma de

(56) Así por ejemplo el art. 9,2 CE., a cuyo tenor: "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".

(57) Cit. por RUBIO LLORENTE en La Constitución como fuente del Derecho, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol.I, op. cit., p.56.

(58) SANCHEZ AGESTA, Curso de Derecho Constitucional Comparado, Madrid 1980, pp.46 y 47.

carácter abierto. Cabe decir pues, que la Constitución posee en ella una idea de Ordenamiento jurídico hacia el "futuro", al prescribir a los poderes públicos una determinada actuación que, regida por los principios constitucionales en ella insitos, posibilitará que todos los intersticios del Ordenamiento, estén regidos por los parámetros constitucionales. Como además, la producción de las fuentes del Derecho deberá adecuarse al contenido constitucional, ello implica que la Constitución se revela como la "norma normarum, la fuente de las fuentes" (60).

Consecuencia de este carácter fundamental, es que toda norma para ser válida deberá respetar el principio de jerarquía normativa (61) que se establece en la Constitución, principio que al haberse constituido el Estado Español como un Estado reconocedor del hecho autonómico -basado en la existencia de competencias propias de las Comunidades Autónomas- deberá ser conjugado con el princi

(59) Sobre las diversas tipologías de los conceptos de Constitución, Vid. GARCIA PELAYO, Curso de Derecho Constitucional Comparado, Madrid 1967, pp.33 a 55. También, BISCARETTI DI RUFFIA, Derecho Constitucional, Madrid 1973, pp.149 a 155.

(60) GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma jurídica, en La Constitución Española de 1978, op. cit. p.100.

(61) Vid. sobre el principio de jerarquía normativa, SANCHEZ AGESTA, La jerarquía normativa en la Constitución de 1978, en La Constitución y las fuentes del Derecho, Vol.III, op. cit., pp. 1899 y ss; VILLAR PALASI, El principio de jerarquía de las normas según la nueva Constitución, en La Constitución y las fuentes del Derecho, Vol.III, op. cit., pp.2093 y ss.

pio de competencia (62), ya que la Constitución atribuye también potestad legislativa a aquéllas, en los casos y con el contenido que se establece en la misma.

El respeto a este principio de jerarquía normativa comporta graves consecuencias.

En efecto, la Constitución constituye la cúspide del Ordenamiento, la norma suprema, primigenia, conclusión que a su vez viene ratificada por la instauración del control de la constitucionalidad de las leyes, ya que en definitiva como dijera Zagrebelsky (63), el problema de la obligatoriedad de la norma jurídica, no es otro que el de la existencia de mecanismos de reacción eficaces para el caso de su violación.

Dejando aparte las perspectivas sociológica (religiosa) e histórica, que indudablemente tienen su incidencia en la obligatoriedad de las normas, ya que determinadas condiciones o circunstancias pueden dar lugar al cumplimiento espontáneo de las mismas aunque no lleven a

(62) Vid. sobre el principio de competencia, FREDIERI, El sistema de las fuentes del Derecho, en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático ... op. cit., pp 168 a 174.

(63) ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, Bologna 1977, p.177.

parejada sanción de parte del poder coactivo del Estado para el caso de su contravención, el que podamos afirmar la obligatoriedad de la Constitución dependerá de la efectividad de los instrumentos que ésta ha creado para proveer a su efectiva protección.

Aunque la temática de la defensa de la Constitución es susceptible de ser estudiada desde diferentes puntos de vista (64), nosotros acogeremos únicamente la jurisdiccional, perspectiva mucho más operativa para poder determinar si la Constitución es una verdadera norma jurídica, dado que en definitiva, de poco sirven las declaraciones de voluntad si no se ven refrendadas por eficaces medios de tutela y garantía, ya que como la experiencia histórica demuestra, frente a Constituciones que se aplican, hay otras cuya eficacia real es nula (65).

(64) Así lo entiende por ejemplo, FALLER, Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania, R.E.P. n.º 97, 1979, p.47, quien exponiendo la distinción entre defensa constitucional normativa, ejecutiva y jurisdiccional, propone como contenido de la defensa constitucional, "la suma de instituciones y medidas mediante las cuáles el Estado resguarda su existencia y su ordenamiento fundamental frente a peligros que lo amenazan desde dentro".

(65) Sobre la distinción ontológica entre las Constituciones que se aplican y las que por el contrario son ineficaces, Vid. LEWENSTEIN, Teoría de la Constitución, op. cit., pp.216 y ss, donde el autor distingue entre constituciones nominales -declaraciones de principios programáticos sin existencia real, constituciones semánticas -contenedoras de situaciones de hecho a las que en nada puede afectar a la desaparición de las normas constitucionales- y constituciones normativas -aquellas que son no sólo válidas sino también eficaces-

Reduciendo pues nuestro ámbito de investigación a los medios de defensa jurisdiccionales, ó a aquéllos que en principio por estar revestidos de ciertas formas típicas de la función jurisdiccional parecen participar de este carácter, dentro de los mismos ocupa un puesto importante el control de la constitucionalidad previsto en los arts. 161 y 163 de la Constitución, en virtud del cual las normas que se opongan a la misma serán declaradas inconstitucionales, perdiendo desde ese momento su vigencia (66).

Ahora bien, este atentar contra la Constitución, ¿supone el atentar contra cualquier norma integrada en la misma?. Mas concretamente, ¿los principios constitucionales tienen valor jurídico?.

La respuesta es afirmativa, ya que además dichos principios se encuentran positivizados a lo largo del texto constitucional (67).

(66) El art. 164 prescribe que: "1º Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicaran en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho tienen plenos efectos contra todos. 2º Salvo que en el fallo se disponga otra cosa subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad".

El art. 9,2 CE (68), precepto mediante el que la Constitución intenta conseguir la igualdad real a fin de que España pueda constituirse en el Estado social y democrático de Derecho que declara el art. 1,1 CE., ha fundamentado en reiteradas ocasiones el amparo constitucional, así como la declaración de inconstitucionalidad de diversas normas (69).

Consecuencia de esta pretensión de la Constitución de ser norma jurídica, es la consiguiente vinculación que opera respecto de los poderes públicos.

Pasemos a continuación a estudiar la sujeción que la Constitución realiza del poder legislativo. En el capítulo III veremos la del poder judicial.

(67) Vid. BARRIDO FALLA, Las fuentes del Derecho en la Constitución Española, en la Constitución Española y las fuentes del derecho, Vol.1., op. cit., p.44, donde por ejemplo considera inconstitucional, una ley que disolviera los partidos políticos ya que atentaría contra el principio del pluralismo político (art. 1 CE).

(68) Art.9,2 CE: "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".

(69) Vid. por ejemplo, STC 5/81 de 13 de febrero BOE 24-2-1981, y 6/81 de 16 marzo, BOE 14-4-1981. Así como también, la STC 81/82 de 21 de diciembre BOE 21-12-82 f.j.3,.

II.- SUJECCION DEL PODER LEGISLATIVO A LA CONSTITUCION.

1).- CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO INSTRUMENTO GARANTIZADOR DE LA EXPRESION DE LA SOBERANIA POPULAR.

La Constitucion Española de 1978 sujeta al poder legislativo al contenido material y formal de la Constitucion.

Si de la Constitucion se quería hacer una norma juridica eficaz, el art. 9,1 CE. debía sujetar al poder legislativo, ya que en el supuesto de que éste conculcara la Constitucion elaborando leyes contrarias a la misma, los poderes ejecutivo y judicial, si estuviesen única y exclusivamente sometidos al imperio de la ley, caerían automaticamente en la infraccion de aquélla.

No es suficiente con que tanto el poder judicial como el poder ejecutivo estén sometidos a la ley, ya que si la ley aplicada como objeto exclusivo por el primero, y como límite enmarcador de los diversos fines públicos que tiene atribuidos el segundo, no respeta, es más, conculca el contenido del texto constitucional, obvio resulta que será la propia ley quien lleve al incumplimiento de la Constitucion a los restantes poderes

(70).

Verdaderamente, el principio de legalidad es insuficiente para asegurar el sistema de garantías de los derechos y libertades que lleva implícita la Constitución.

Como ha expuesto Rodríguez Oliver (71), "la simple consagración del principio (de legalidad), por sí sola en absoluto garantiza nada, porque si se entienden cumplidas sus exigencias con cualquier tipo de Ley, y con cualquier contenido que éstas conlleven, surge el peligro de que la Legalidad, se constituya en el mejor instrumento de opresión de que dispone el Poder".

En consecuencia hay que constatar que, aunque el principio de legalidad fué en sus orígenes un instrumento de lucha frente al poder personal y arbitrario del Estado absoluto, en los Estados modernos ha perdido, o puede perder, mediante un manejo arbitrario del mismo, la que fué su significación originaria.

(70) Sobre la necesidad de sujeción del "poder oficial organizado", Vid. CAPELLETTI, ¿Renegar de Montesquieu?. La expansión y legitimidad de la Justicia Constitucional, R.E.D.C.O.. n.º17, 1986, pp.12 y ss.

(71) RODRIGUEZ OLIVER, La consagración constitucional como límite para las normas aprobadas por la Administración, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol.III, op. cit., p.1716.

La quiebra del principio de legalidad, dada su insuficiencia para garantizar los derechos de los ciudadanos, conlleva el paso del principio de supremacía parlamentaria al de supremacía constitucional.

Y es que -como dijo Duguit (72)- un país donde no se reconoce el control de la constitucionalidad de las leyes, no es un verdadero Estado de Derecho.

Si hasta el siglo XX el axioma era "donde no hay división de poderes no hay Estado de Derecho" (73), en la actualidad tampoco existe Estado de Derecho donde no hay jurisdicción constitucional.

Precisamente, al objeto de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos de las transgresiones de los poderes públicos, nuestro texto constitucional distingue claramente entre el pueblo español -al que le atribuye la soberanía nacional (74)- y los poderes constituidos por éste. A saber, legislativo ejecutivo y judicial. Así lo declara el art. 1,2 de la Constitución, a cu

(72) DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo III, p.709, citado por VESCOVI, en *La acción de inconstitucionalidad R.D.P. 1966*, p.1

(73) Conforme al art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: "Toda sociedad en la cuál la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida, no tiene Constitución".

yo tenor:

"La soberanía nacional reside en el pueblo español; del que emanan los poderes del Estado".

En consecuencia, la soberanía pertenece al pueblo español, y no puede ser predicada de ningún otro sujeto, ni siquiera del poder legislativo.

¿Quién se puede sobreponer a la voluntad del poder legislativo, que tiene como sujeto poderdante de la legitimidad de sus decisiones a la propia Nación española?

El pueblo español que es el único sujeto soberano y en consecuencia, la Constitución, instrumento en el cuál se ha plasmado la voluntad del mismo (75).

La atribución de la autoría de la Constitución al pueblo español (76), así como el carácter jurídico de la misma, constituyen la clave en la que reposa nuestro sistema constitucional.

(74) Sobre la distinción entre soberanía nacional, soberanía parlamentaria y soberanía popular, vid. MAURIOU, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Barcelona 1971, pp.344 a 357, donde después de describir cada una de las mismas, explica la conjunción de las teorías de la soberanía nacional y popular, cuestión sumamente interesante, ya que ha sido precisamente esta solución ecléctica, la asumida en nuestra Constitución. Vid también la síntesis que respecto de las diversas teorías sobre la justificación de la atribución de la soberanía a un determinado sujeto realiza MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, T.I, Padova 1975, pp. 105 a 109.

El pueblo español en grado de poder constituyente, es quien crea la Constitución, y con ella, a los distintos poderes públicos que van a regir nuestra vida jurídico-política.

Como dice Rubio Llorente (77), "de la Constitución, que es su obra (del pueblo español), derivan todas las instancias concretas de poder, que son por ello poderes constituidos.

Partiendo de esta distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, nada debe extrañar que para éstos últimos se arbitren en la Constitución métodos coactivos que aseguren la observancia de éstos a la Norma Constitucional.

Mas, así como ya es tradicional en la historia poli

(75) Vid. sobre este tema, MURILLO DE LA CUEVA, La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria, op. cit., p.212.

(76) No debe olvidarse que la Constitución fué promulgada no sólo con la aprobación abrumadora de la mayoría de las Cortes Generales constituyentes, (el resultado de la votación en el Congreso de la C.E., fué el siguiente: de 345 votantes, 325 a favor, 6 negativos, 14 abstenciones. En el Senado, de 239 votantes, 226 votaron a favor, 5 en contra y 8 se abstuvieron) sino también con la ratificación del pueblo español, seguridades que, naturalmente no necesita una ley ordinaria para nacer a la vida jurídica. En consecuencia, si posteriormente y, mediante un instrumento normativo necesitado de menores garantías para su aprobación, se alterase la voluntad contenido en la Norma Constitucional que, como hemos expuesto, estuvo revestida de garantías muy superiores, no cabe duda que se habría producido un atentado contra la soberanía nacional.

(77) RUBIO LLORENTE, La Constitución como fuente del Derecho, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol.I. op. cit., p.59.

tica el sometimiento tanto del poder judicial como del administrativo a la ley, no lo es en cambio el sometimiento del poder legislativo a la Constitución, ya que ello conlleva el trueque del principio de supremacía parlamentaria por el de supremacía constitucional, transformación que ha provocado una copiosa literatura jurídica al respecto, en cuanto que supone el abandono del poder legislativo de su puesto predominante dentro de los poderes del Estado (78).

Si la confianza del ciudadano hasta ahora estaba depositada en el poder legislativo, a partir del control constitucional también está depositada en el Tribunal Constitucional como garante de la voluntad del pueblo soberano.

(78) Vid. por todos, GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas, en El Tribunal Constitucional, Vol.I. op. cit., pp.1 a 129, en especial, pp.56 a 89.

2).- CLASES DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

A).- CONTROL POLITICO Y CONTROL JURIDICO. EL SISTEMA MIXTO CONFIGURADO EN ESPAÑA COMO CONSECUENCIA DE LA VINCULACION DEL PODER LEGISLATIVO Y DEL PODER JUDICIAL A LA CONSTITUCION.

Al mismo tiempo que nace la necesidad de controlar al poder legislativo, nacen las dificultades de tipo teórico tales como, quién deberá hacerlo y bajo qué método, puesto que si es una actividad que revisa la actuación de aquél, y el producto típico del poder legislativo son las normas, el órgano llamado a ejercitar ese control, compartirá, en cierta forma, esa labor de creación del derecho con el poder legislativo.

Aunque algunos autores distinguen como sistemas de control de la constitucionalidad entre los que tienen carácter político, y están confiados a un órgano con dicho carácter, como es el Consejo Constitucional francés, y aquéllos otros donde el control es judicial, bien en una forma de control difuso, ("judicial review") (79), ó en la de control concentrado, (el control está atribuido

(79) GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional español ... en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., pp. 27 a 32, dedicadas a "La invención norteamericana de la judicial review y su papel central en el sistema".

a un Tribunal único creado principalmente para esa función), no creemos que se pueda hacer tal distinción, ya que atribuir a un órgano de la misma procedencia que el poder legislativo el control de éste, sería estar instaurando un sistema de autocontrol, sistema que -como expusimos (80)- no es apropiado, si se quiere efectivamente sujetar al poder legislativo al cumplimiento de la Norma Suprema.

Además, como expone Aragón Reyes (81), aunque éste se refiere a la naturaleza del control y no al órgano que lo actúa, el control político "es incompatible con el significado propio del control, ya que sólo a través de un razonamiento jurídico (y no por motivos de oportunidad política), puede comprobarse cuando un determinado acto de poder contraviene o no a lo establecido en la Constitución". De aquí que deba efectuarlo un órgano que sepa actuar un método jurídico.

Nuestra Constitución ha adoptado un sistema de control judicial, configurándose en el Título IX, "Del

(80) Vid. supra, pp. 10 y 11.

(81) ARAGON REYES, El control de constitucionalidad, en REP. n.º 1979, p.174.

Tribunal Constitucional", un Tribunal con la antedicha denominación encargado de defender el rango normativo de la Constitución como norma suprema que deberá ser respetada por todas las demás leyes ordinarias, lo que motiva el nacimiento de la Justicia Constitucional.

El Tribunal Constitucional es un órgano especialmente creado para la misión de enjuiciar las normas con fuerza de ley respecto de su compatibilidad con la Constitución, aunque también y, conforme a la misma, ampliada a su vez por la LOTC, tiene atribuidas otras competencias.

Ahora bien, no debe olvidarse que, aunque en nuestra Constitución se crea un órgano especial, al no dejarse por ello de vincular a los órganos del poder judicial a la misma, en España nos encontramos con que el poder judicial tiene también atribuido el control de la constitucionalidad de las leyes.

Esto produce que nuestro sistema sea de carácter mixto (82), en el que se alterna el control difuso y el control concentrado, y en cuyo maritaje es institución primordial la cuestión de inconstitucionalidad, control que, naciendo en el proceso jurisdiccional, auna los enjuiciamientos de los órganos judiciales ordinarios y el

Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio que posteriormente tratemos en profundidad el reparto de competencias entre la Judicatura y el Tribunal Constitucional en el control de la constitucionalidad de las normas, podemos avanzar que a los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, está atribuido un control que podríamos llamar positivo de la constitucionalidad (control difuso), y al Tribunal Constitucional un control negativo, que a su vez lo es concentrado, ya que únicamente él puede llevar a cabo, y que consiste en el enjuiciamiento y posterior declaración de inconstitucionalidad de las normas.

Si bien la intención que animó la creación de los Tribunales Constitucionales fué separar el control constitucional de la función jurisdiccional, ya que además el

(82) De esta opinión participan la mayoría de los autores. Vid por ejemplo GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español... en El Tribunal Constitucional, Vol. I, op. cit., pp. 37 y 38, donde indica cómo nuestro sistema es copia del alemán, a su vez copia del sistema americano junto con algunos rasgos del sistema diseñado por Kelsen; LOPEZ GUERRA, El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*, en El Tribunal Constitucional, Vol. II op. cit., p. 1437. Asimismo le atribuye también carácter mixto a los Tribunales Constitucionales italiano y alemán, PIZZURUSSO, Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano, en El Tribunal Constitucional, Vol. I, op. cit., p. 291.

sistema de "judicial review" es contrario a la tradición de subordinación del poder judicial al poder legislativo, el intento de configurar como un legislador negativo al Tribunal Constitucional se frustró en breve.

En efecto, la ineptitud del control abstracto y concentrado para controlar eficazmente los actos del poder legislativo, llevó a que la Constitución Austriaca de 1920, en la que se había implantado el Tribunal Constitucional, se reformase en lo tocante a las modalidades de control, y por obra de la Constitución de 1929 y posterior ley de 1931, al control abstracto, directo y principal, se sumó el control concreto o incidental, con lo cual se le dió entrada a los órganos del poder judicial en el control de la constitucionalidad.

El legislador negativo que pretendió Kelsen (83), fuera el Tribunal Constitucional, dejó de serlo, y ante la apariencia formal de sistema de jurisdicción concentrada, el principio americano de supremacía constitucional impregnó el sistema. De aquí, la gran misión que tiene el Poder Judicial en la defensa de la Constitución.

B).- CONTROL REPARADOR Y CONTROL PREVENTIVO. CONTROL ABSTRACTO Y CONTROL CONCRETO. LA FUNCION TUTITIVA DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LA CONCLUCACION DE LA CONSTITUCION POR PARTE DEL PODER JUDICIAL.

Siguiendo a Almagro Nosete (84) podemos distinguir entre control reparador ó preventivo de una parte, y control concreto ó abstracto, de otra.

El control reparador, como su nombre indica, es el que tiene lugar una vez producida la vulneración de la Constitución mediante la promulgación de una norma que atenta -formal o materialmente- contra el contenido de la misma. Es éste pues, un control a posteriori (85), cuyo fin, a través de la anulación de la norma infractora de la Constitución, es reestablecer el orden constitucional conculcado por la presencia de la misma.

El control preventivo, como también su denominación expresa, es por el contrario un control que actuando sobre el acto normativo o asimilado antes de que éste lle

(83) KFLSEN, Teoría general del Derecho y del Estado, Mexico 1969, y, La garantie juridictionnelle de la Constitution, op. cit., pp.224 a 228.

(84) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.5.

(85) También se le denomina control reparador al recurso de amparo, Cfr. ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.6.

que a tener verdadera efectividad jurídica, intenta evitar su vigencia, y en consecuencia, la inconstitucionalidad en que incurriría si dicho acto llegara a estar integrado en el Ordenamiento jurídico.

Como ya apuntábamos, cabría hacer una segunda clasificación diferenciando entre control abstracto y control concreto.

El control abstracto de la constitucionalidad se ejerce en función sólo y exclusivamente del vicio de inconstitucionalidad en que incurre la norma, abstracción hecha de los actos de aplicación de la misma, ó -como dice el Tribunal Constitucional (86)- "sin conexión con un supuesto concreto" que origine la interposición del recurso.

Evidentemente, el control preventivo es siempre un control abstracto, ya que puesto que la norma aún no se ha integrado en el Ordenamiento no ha tenido ocasión de ser aplicada.

(86) STC 4/81 de 2 de febrero, BOE 24-2-81, f.j.1.b).

En contraposición, el control concreto es el que se opera cuando la declaración de inconstitucionalidad de un acto normativo, trae como causa un litigio determinado en donde se cuestiona un acto de aplicación del mismo. En consecuencia, control concreto será siempre el que llevan a cabo los órganos judiciales.

Ahora bien, no sería nítida esta distinción si no añadiésemos un dato más a la misma. Efectivamente, la calificación de reparador ó preventivo toma en consideración la producción formal del acto normativo, mas, deja intocado el efecto que ha surtido tal acto respecto de los destinatarios del mismo.

Indudablemente, no es lo mismo que el acto normativo inconstitucional haya recibido aplicación, ó que ésta aún no se haya producido.

Aunque desde el punto de vista del poder legislativo, la infracción respecto de la Constitución se ha consumado al emitir el acto inconstitucional, no cabe duda que el daño que le infringe a la Constitución la presencia de la norma inconstitucional, aún es mayor si ha recibido también aplicación por parte de los demás poderes públicos.

Desde esta perspectiva, tanto el control abstracto o en vía directa, y el control constitucional en vía incidental, pueden ser considerados como instrumentos que reparando la infracción realizada por el poder legislativo, pueden impedir la subsiguiente vulneración de la Constitución por el poder jurisdiccional, e incluso, en ocasiones, por el poder ejecutivo.

La distinción es importante, porque el fin del control constitucional en vía incidental, es evitar la conculcación de la Constitución en el proceso jurisdiccional, y por consiguiente, la vulneración de la misma por los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, la cuestión de inconstitucionalidad -denominación que recibe en nuestro Ordenamiento el control concreto de la constitucionalidad- tiene una función tuitiva del principio de jerarquía normativa. Mediante este instrumento se evitará que el poder judicial aplique normas inconstitucionales.

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	84
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 III: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:

I.- CONFIGURACION NORMATIVA DE SUS COMPETENCIAS.

La Constitución de 1978 regula en su Título IX (arts. 159 a 165) el Tribunal Constitucional, pormenorizándose en los arts. 161 y 163 las competencias que tiene atribuidas con una fórmula de "numerus apertus", ya que el art. 161,1.d) prescribe que, también conocerá "de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas".

La prescripción del art. 161,1.d) no tuvo que esperar mucho tiempo para ser utilizada. La LOTC amplió el número de competencias, circunstancia que, respecto de algunas de las introducidas, como por ejemplo el control previo de las leyes orgánicas, derogado en la actualidad, produjo cierto malestar entre la doctrina, llegándose a considerar que incluso era inconstitucional (87).

(87) SANTAOLALLA LOPEZ, Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad, R.D.P.O. n.º 16, 1983, p.179. Vid también recientemente, PEREZ ROYO, Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, R.E.D.C.O. n.º 17, 1983, p.141.

A tenor pues, del desarrollo efectuado por la LOTC en su art.2, el Tribunal Constitucional conocerá del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas ó actos con fuerza de ley; del recurso de amparo por violación de derechos y libertades públicas susceptibles de esta protección; de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ó de las de éstas entre si; de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; del control previo de la constitucionalidad de los Tratados internacionales, y por último, de las impugnaciones previstas en el número 2 del art. 161 de la CE. relativas a la impugnación por el Gobierno de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, así como de la verificación de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional.

No es necesario insistir en que puesto que nuestro trabajo versa sobre la cuestión de inconstitucionalidad, consideramos además de inoportuno innecesario, desarrollar, aunque fuera brevemente, todas y cada una de las competencias aludidas. No obstante, si nos parece sin embargo conveniente, ofrecer una perspectiva general del tratamiento que recibe la duda respecto de la constitu-

cionalidad de una norma en cualquier proceso constitucional. Ello nos permitirá acotar el fin y ámbito que dentro de los instrumentos de control de la constitucionalidad de las leyes, tiene la cuestión de inconstitucionalidad.

En este sentido merecerán nuestra atención, el Título II, "De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", continente tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad, y el Título IV "Del control previo de inconstitucionalidad", donde se contempla el control de la constitucionalidad de los Tratados Internacionales a los que aún no hubiese prestado su consentimiento el Estado.

En lo que se refiere a las demás modalidades de control de la constitucionalidad, (arts. 55,2 y 57 LOTC), contenido una en el Título III, correspondiente al recurso de amparo constitucional, y la segunda en el Título IV, concerniente a los conflictos constitucionales, como quiera que prevén ambos la posibilidad de que el acto (en unos casos normativo, y en otros no) objeto del amparo, ó del conflicto constitucional de competencia, ó de la impugnación por el Gobierno, se haya efectuado en sujeción a una norma con fuerza de ley que sea contraria a la Constitución, proveiendo en este caso a la declara-

ción de inconstitucionalidad de la misma, también serán objeto de estudio, ya que -al igual que en los anteriores- será oportuno ver cómo se proyecta la duda respecto de la constitucionalidad de una norma en dichos procesos.

*** - LA AMBIGUEDAD DEL LEGISLADOR DE LA LOTC RESPECTO DE LA NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE SUSTANCIAN ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

Comenzando con el estudio del tema propuesto, no deja de sorprender la lamentable confusión terminológica que se produce en la LOTC, respecto de las voces "proceso" y "procedimiento".

Acogiendo una perspectiva puramente descriptiva, expondremos los datos más evidentes de esta confusión:

- El Título I "Del Tribunal Constitucional", utiliza los vocablos "asuntos" (art. 10 y 11,1) y "cuestiones" (art. 11,2).

- El Título II que lleva por rúbrica "De los procedimientos ante el Tribunal Constitucional", se sirve en cambio siempre del término "procedimiento" y nunca del término "proceso".

- El Título III referente al juicio de amparo constitucional, incluye la expresión "proceso" en su art. 47.

- Por último, el Título VII "De las disposiciones comunes sobre procedimiento" (puesto que los restantes no utilizan ninguno de ambos) opera tanto con la locución "proceso" (arts. 81, 82, 83, 84, 85, y 86) como con la de "procedimiento" (arts. 91 y 94).

Ante esta ambigüedad que se produce en la LOTC al utilizar indistintamente los términos proceso y procedimiento, cabría preguntarse si ello es fruto de una mera falta de tecnicismo por parte del legislador, ó si lejos de ser fortuito este confusionismo, se intenta mediante ello no tomar postura sobre la naturaleza de las actuaciones de dicho Tribunal.

Como es sabido, "proceso" y "procedimiento" no son vocablos análogos. El proceso es siempre un procedimiento judicial, pero no todo procedimiento es un proceso. Un procedimiento es una serie o sucesión de actos que pueden tener naturaleza diversa (administrativa, legislativa, jurisdiccional). Y, así como todo proceso es un procedimiento judicial, no todo procedimiento judicial es un proceso. Como dice Gómez Orbaneja (88), un procedimiento

judicial puede contener varios procesos, un solo proceso, realizarse en función de un proceso, e incluso no ser un proceso, pudiendo ser un acto de jurisdicción voluntaria.

En este orden de consideraciones, hay pues que admitir que ya a priori, tan sólo del tenor del lenguaje utilizado por la LOTC, salta sobre el papel el problema de la naturaleza jurídica de los procedimientos que se siguen ante el Tribunal Constitucional. ¿Son jurisdiccionales?, ó -como decía Calamandrei- ¿son procedimientos a los que se les ha rodeado de ciertas garantías propias de la jurisdicción para revestirlos de mayores garantías formales de seguridad e independencia (89).

Habida cuenta que en nuestro estudio sobre la cuestión de inconstitucionalidad se irá poco a poco planteando ésta cuestión, aplazaremos ahora su tratamiento, ya que aunque nuestra opinión naturalmente se limitará al procedimiento que es objeto de nuestro trabajo, creemos, no obstante poder aportar ciertos datos que, indudablemente, influirán en la decisión a tomar respecto de la naturaleza jurídica de todos ellos.

(88) GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, Madrid 1979, p.14; Cfr. GONZALEZ MONTES, El Derecho Procesal y sus conceptos básicos, An.Es.S.J.Gr. 1982, pp. 118 a 121.

(89) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.85.

II.- PROCEDIMIENTOS CUYO FIN UNICO Y PRINCIPAL ES LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El recurso de inconstitucionalidad (control abstracto) es un procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad de las normas que se sigue ante el Tribunal Constitucional, a instancias de determinados "participantes del poder público" (90).

Como opina García de Enterría (91), el recurso se origina en función de "una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional, en relación con su compatibilidad con una Ley singular". Por ello la legitimación para interponer dicho recurso está confiada a determinados órganos, unos de naturaleza política (Vgr: cincuenta Diputados) y otros de carácter específico (92).

Su enunciación a nivel constitucional se encuentra

(90) ARGZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.146.

(91) GARCIA DE ENTERRIA, La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español... en EL Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p. 40.

(92) Distinción realizada por ALMAGRO NOSETE, en Justicia Constitucional, op. cit., p.138, (Vgr. el Defensor del Pueblo).

en el art. 161.19.a), a cuyo tenor: "19. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley".

Están legitimados para interponerlo, conforme al art. 162 CE. y 32 LOTC, el Defensor del Pueblo, (lo que constituye una novedad sin precedentes en Derecho Comparado), el Presidente del Gobierno (93), las minorías parlamentarias en número de cincuenta diputados o cincuenta senadores, (a fin de proteger a las minorías frente a las mayorías coyunturales y ficticias), y determinados órganos colegiados ejecutivos y legislativos de las Comunidades Autónomas, cuando la Ley que se pretenda impugnar mediante el recurso afecte al propio ámbito de autonomía de dicha Comunidad.

Así como la cuestión de inconstitucionalidad procede directamente de la "judicial review", el recurso de inconstitucionalidad es un resto del sistema creado por Kel

(93) Respecto a la oportunidad de haber atribuido legitimación al Presidente del Gobierno y no al Gobierno, y al Defensor del Pueblo, vid. PEREZ ROYO, La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución Española de 1978, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., p.2193.

sen, bajo cuya inspiración se configuró por primera vez en Europa la institución del control de constitucionalidad de las leyes con una fórmula de jurisdicción concentrada, en el sentido de que este control sería únicamente efectuado por un Tribunal creado especialmente al efecto -Tribunal Constitucional- que enjuiciaría la compatibilidad de la legalidad ordinaria con la Constitución.

Mediante el recurso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional conocerá de la posible disconformidad con la Constitución, de las Leyes del Estado, englobando los Estatutos de Autonomía, las Leyes orgánicas, y las ordinarias, los instrumentos normativos con rango de ley, los Tratados incorporados al Ordenamiento, y los Reglamentos de las Cortes y de cada Cámara (art. 27 LOTC) (94).

Respecto a los requisitos para su interposición, el recurso de inconstitucionalidad para ser admitido tiene

(94) Debe tenerse en cuenta, que aunque el art. 27 es un precepto aplicable tanto al recurso como a la cuestión de inconstitucionalidad, como muy bien puso de manifiesto el prof. PEREZ ROYO, en La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad . . ., en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp. 2196 a 2200, aunque dicho precepto enumera como comunes tanto las materias que son susceptibles de recurso como de cuestión de inconstitucionalidad, de facto, no podrá ser así respecto de determinados actos normativos. Vid. infra, pp. 387 a 389.

muy corta vida. Así, el art. 33 de la LOTC establece un plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición ó acto con fuerza de ley, que se pretenda impugnar (95).

Por último, en lo que concierne a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad promovida a través de éste instrumento, dado que su regulación es común a la de la cuestión de inconstitucionalidad, salvo determinadas peculiaridades que se imponen en razón a la diferente naturaleza de los citados controles, éstos quedaran estudiados con ocasión del que hagamos sobre los efectos de la sentencia resolutoria de la cuestión de inconstitucionalidad (96).

(95) Respecto a la conveniencia del citado plazo, vid. ALMAGRO NOSETTE, Justicia Constitucional op. cit., pp.142 a 143.

En Italia, dado que también los plazos para interponer el recurso de inconstitucionalidad son muy breves, dicha circunstancia junto a la ausencia del recurso de amparo, ha llevado a que la Corte Costituzionale sea muy flexible en cuanto a los requisitos para conocer de la inconstitucionalidad de las normas en vía incidental.

(96) En cuanto a la sustanciación del recurso de inconstitucionalidad, después de haber prescrito el art. 33 LOTC que en el escrito interponiendo el recurso deberán constar, "las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción, y en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido", el art. 34 LOTC dispone que: "Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas. 2. La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cuál el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso podrá exce

Concluyendo, las tres notas que caracterizan al recurso de inconstitucionalidad son las siguientes:

- Es un control abstracto.
- Tiene carácter reparador respecto de la actuación del poder legislativo, y puede tenerlo también preventivo respecto de los poderes ejecutivo y judicial, ya que al tener que ser interpuesto en el plazo de tres meses a partir de la promulgación de la norma, es presumible que la misma haya tenido pocas oportunidades de ser aplicada por los restantes poderes del Estado.
- Su interposición tiene carácter facultativo.
- La admisión del recurso no suspende la vigencia del acto normativo con fuerza de ley ó asimilado objeto del recurso (art. 30 LOTC) (97).

der de treinta días".

(97) Art. 30: "La admisión de un recurso ó de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia, ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa, ó del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso de que el Gobierno se apare en lo dispuesto por el art. 161,2º de la Constitución para impugnar por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas.". El art. 161,2º CE dispone: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición ó resolución recurrida, pero el Tribunal en su caso deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

- La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada producirá la nulidad de la disposición objeto de dicho procedimiento (art. 164 CE. y 39 LOTC).

- Por último, dado que uno de los órganos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad es el Presidente del Gobierno, no cabe duda que su legitimación para interponer este recurso es un instrumento valioso para el ejercicio de la defensa de la Constitución por el poder ejecutivo.

A este planteamiento coadyuva que así como los órganos del poder judicial, pueden, cuando duden de la constitucionalidad de la norma que deben aplicar, elevar sobre la misma la respectiva cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, para que éste dictamine respecto de su presunta inconstitucionalidad, el órgano administrativo que tiene que aplicar una determinada norma, no tiene en su mano tal instrumento, y como absurdo sería pensar que no teniendo los órganos jurisdiccionales la potestad de desaplicar las normas inconstitucionales, si la tienen los órganos administrativos, evidentemente, la fórmula que tienen éstos para actuar sujetos a la Constitución, es la de que el Presidente de Gobierno utilice la vía del recurso de

inconstitucionalidad, así como las restantes que la LOTC ofrece a él mismo y a determinados órganos ejecutivos, para efectuar el examen de compatibilidad entre la legalidad ordinaria y la Constitución.

No debe extrañar ello, por otra parte, ya que -como aclara García de Enterría, aunque refiriéndose al tema de los reglamentos ilegales- así como los funcionarios administrativos aunque obligados en virtud del principio de jerarquía a inaplicar los reglamentos ilegales, pueden, cuando estos estén contenidos un mandato jerárquico (98)), venir obligados a cumplirlos, lo mismo ocurre respecto de las leyes inconstitucionales.

Aunque no existen dos Ordenamientos jurídicos diferentes (99), uno para los Jueces en el que tiene ple

(98) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Madrid 1970, pp. 16 y 17 donde explica que cuando un precepto de un reglamento ilegal se incluya en un mandato jerárquico, "bien a través de ordenes individuales, bien mediante circulares e instrucciones interpretativas dictadas por los órganos superiores y repartidas a través de todos los órganos de gestión (p.16)". aunque estas circulares e instrucciones, carecen de valor normativo, se imponen a los funcionarios con fuerza superior a la que dimana del deber de cumplimiento de las leyes, en virtud del principio de obediencia jerárquica que rige en el derecho de Organización de la Administración, en el cual "no cabe el control por el subordinado de la legalidad sustancial de las órdenes, sino solo la constatación de sus meras condiciones externas de legalidad (p.17)."

(99) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, potestad ... op. cit., pp. 15 y 16, donde expresamente se refiere al tema, de que no existen dos ordenamientos jurídicos diferentes, "uno para los jueces y los particulares, dominado por el principio de la jerarquía normativa, y otro para los funcionarios, que integrarían solos los reglamentos sin que en su bloque pudiera penetrar la prioridad normativa de la Ley".

no vigor la Constitución, y otro para los funcionarios administrativos, si en cambio sucede que la posibilidad de suscitar el control de la constitucionalidad de una norma, no existe para el órgano ejecutivo sino en los supuestos que regula la LOTC.

2).- EL CONTROL PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Como ya quedó señalado, el único control previo que preveía la Constitución (art.95,2 CE) (100), era el de los Tratados Internacionales (101), al que se añadió por la LOTC, con mayor o menor fortuna, el de los proyectos de leyes orgánicas y de los Estatutos de Autonomía.

Los citados estaban regulados en el Título VI de la LOTC, dedicándose el Capítulo I a "La declaración sobre la inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales", y el Capítulo II al denominado "Recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas".

Como la existencia del control previo de proyectos de Leyes Orgánicas y Estatutos de Autonomía estaba dando lugar a un instrumento de obstaculización parlamentaria, (50 diputados ó senadores eran bastantes para dilatar la entrada en vigor de las decisiones legislativas) fué derogado por la L.O. 4/1985 de 7 de junio, que a su vez

(100) Art.95 CE: "19.La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 29.El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción".

(101) REMIRO BROTONS, La constitucionalidad de los Tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp. 2229 y ss.

fué objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad (102).

Respecto al control previo de los Tratados Internacionales -único que en la actualidad está en vigor- están legitimados para requerirlo del Tribunal Constitucional, el Gobierno ó cualquiera de ambas Cámaras, siempre que el texto del mismo estuviera ya definitivamente fijado (art. 78,1, LOTC) (103).

Sus características principales son las siguientes:

- Es un control de carácter abstracto en coherencia con su naturaleza preventiva.
- Su interposición tiene carácter facultativo.
- El enjuiciamiento respecto de la inconstitucionalidad

(102) Vid sobre esta ley, BONZALEZ RIVAS, La Justicia Constitucional: derecho comparado y español. Madrid 1985, p.187, nota 25, donde enumera los textos más importantes de su discusión parlamentaria. Vid también, respecto de las que fueron las peculiaridades de este recurso, SANTAOLALLA LOPEZ, Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad, op. cit., pp 177 a 189.

(103) Art.78,1º LOTC: El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.

lidad del Tratado suspenderá automáticamente su tramitación.

- La decisión del Tribunal Constitucional aunque tiene carácter vinculante, no prejuzga la del recurso ni la de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el art. 27 LOTC configura también como materia normativa susceptible de ambos instrumentos de control, al Tratado Internacional (104).

(104) Vid. a favor de esta tesis, RODRIGUEZ ZAPATA, Los Tratados internacionales y los controles de constitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp.2383 a 2408, quien también se pronuncia a favor de la posibilidad de control a posteriori de la constitucionalidad del Tratado Internacional a través de las via del recurso de amparo y del conflicto constitucional de competencia (pp.2409 a 2410).

3).- LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD: RASGOS DIFERENCIALES CON LOS ANTERIORES INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS.

Puesto que la cuestión de inconstitucionalidad es el objeto de nuestro trabajo, nos limitaremos aquí a diferenciarla a grosso modo de los demás instrumentos para la declaración de inconstitucionalidad.

Como dice el Tribunal Constitucional (105), "la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentra de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución".

De esta definición se puede deducir claramente cuál es la diferencia, el carácter, que la separa de manera rotunda del recurso de inconstitucionalidad: su naturaleza de control concreto (106).

(105) STC 17/81 de 1 de junio BOE 16-6-81. 1.º j.º 1.

(106) Vid. sobre el desarrollo parlamentario de la cuestión de inconstitucionalidad, PASTOR RIVERUEJO, Aplicación de la ley y control de la constitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp.2006 a 2008.

Efectivamente, mediante el instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, prevista en los arts. 163 CE, 35 y ss. de la LOTC (107), y 5,2 de de la LOPJ (108), cuando un órgano judicial dude de la constitucionalidad de una norma que incida en su fallo -bien haya sido apreciada esta presunta inconstitucionalidad por él mismo, o bien se la hayan insinuado las partes del proceso "a quo"- deberá, suspendiendo el procedimiento, elevar dicha cuestión al Tribunal Constitucional, para que éste siguiendo el procedimiento establecido para ello en la LOTC dictamine sobre el particular; decisión que, siendo estimatoria de la inconstitucionalidad, tendrá, al igual que la que resuelve el recurso de inconstitucionalidad, efectos erga omnes.

(107) Art.163 CE: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".
Art. 35 LOTC: "1º. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancias de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pudiera ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2º. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y antes del plazo 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 auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e inprorrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez 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."

Como puede apreciarse, este instrumento de control juega como una cuestión prejudicial, que podrá suscitarse en cualquier proceso, ya sea ordinario o especial, estando únicamente capacitado para promoverla el órgano judicial ante el que se esté sustanciando el mismo.

Brevemente entrevista lo que es la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, las notas que la caracterizan son las siguientes:

- Es un control concreto que tiene carácter reparador frente a la actuación del poder legislativo, y puede también tenerlo respecto del poder ejecutivo, ya que como los actos de éste son revisables en vía jurisdiccional, aplicada la norma inconstitucional por la Administración pública, cuando en sede jurisdiccional sea revisada dicha actuación, el órgano jurisdiccional podrá reparar, mediante la elevación de la correspondiente cuestión al Tribunal Constitucional, tanto la infracción cometida por el legislador, como por la Administración.

(108) Art.5.2º LOPJ: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica".

- Tiene carácter preventivo respecto de las actuaciones del Poder Judicial, ya que mediante el mismo, las normas inconstitucionales no serán aplicadas (109).

- La elevación de la cuestión de inconstitucionalidad tiene carácter obligatorio siempre que se den las circunstancias previstas por las normas reguladoras del citado procedimiento y de la jurisprudencia que ha vertido al efecto el Tribunal Constitucional, doctrina que como tendremos ocasión de referir, ha modificado el contenido del art. 35 LOTC en aquéllos extremos que obstaculizaban la iulilización de la misma.

- Al igual que la admisión del recurso de inconstitucionalidad, la admisión de la cuestión no suspenderá la vigencia de la norma impugnada (art. 163 CE y 30 LOTC), punto éste que nos introducirá en una temática complicada.

(109) En este dato estriba precisamente la diferencia con el recurso de amparo. Dado que cuando se eleva una cuestión de inconstitucionalidad lo que se intenta evitar es que se llegue a aplicar la norma, aunque es un control reparador respecto de la actuación del poder legislativo, no lo es en el mismo sentido que el recurso de amparo constitucional, que parte ya de un daño, una infracción, una vulneración a la esfera jurídica de un ciudadano, mediante la conculcación por parte de los poderes públicos de un agravio concreto a un derecho fundamental o libertad pública de las integradas en el Cap. II de la CE.

- Por último, la declaración de inconstitucionalidad de la norma sometida a examen ante el Tribunal, puesto que tiene eficacia erga omnes (art. 164 CE y 38,1 LOTC) (110), tiene carácter vinculante respecto del proceso "a quo", lo que además está expresamente previsto por el art.38,3 LOTC (111).

Cabría decir pues -como ya exponíamos en el Capítulo anterior (112)- que dependiendo de la perspectiva que se acoja, tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad poseen una naturaleza ambivalente:

En cierto modo son preventivos de la incursión por parte de los poderes ejecutivo y judicial, en la infracción que ya ha cometido el poder legislativo al ela

(110) Art.164 CE: Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos contra todos".

Art. 38,1: "Las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE".

(111) Art. 38,3: "Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas."

(112) Vid. supra pp 61 y 62.

borar una norma que contraviene lo prevenido en la Constitución:

- Dado que mediante ambos instrumentos va a ser posible la eliminación de una norma jurídica que puede no haber tenido aún ningún acto de aplicación, dichos controles -desde esta perspectiva- pueden ser denominados preventivos. Desde la óptica en cambio de la actuación del poder legislativo tienen carácter reparador, si bien concreto la cuestión de inconstitucionalidad y abstracto el recurso del mismo nombre.

- La diferencia entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, y el control previo sobre Tratados Internacionales, es que éste es el único que intenta evitar el incumplimiento de la Constitución por parte del legislador, ya que opera sobre normas que aún no han entrado en vigor.

Ahora bien, no obstante tener unos instrumentos carácter preventivo y otros reparador, así como concreto y abstracto, nota común entre todos los citados procesos -como así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional (113)- es la defensa objetiva de la Constitución, al afirmar su supremacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma.

(113) STC 14/81 de 29 de abril BOE 21-5-81, f.j.4.

III.- PROYECCION DE LA DUDA CONSTITUCIONAL EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES CUYO FIN PRINCIPAL NO ES LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- LA AUTOCUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Cuando con ocasión del conocimiento de un recurso de amparo constitucional, el acto productor del agravio al derecho fundamental, provenga de la adecuada aplicación de una norma con fuerza de ley (114), la Sala del Tribunal Constitucional -conforme prescribe el art. 55,2 LOTC- "elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de la Ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios previstos en los artículos treinta y ocho y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos treinta y siete y concordantes".

Dado que para que la Sala del Tribunal Constitucional -que es a la que corresponde conocer del recurso de amparo (115)- remita dicha cuestión al Pleno, es ne

(114) Vid. la distinción que efectúa ALMAGRO NOSETE en Justicia Constitucional, op. cit., pp. 197 y 198, quien distingue entre actos arbitrarios, y actos que infringen los derechos fundamentales bien por ser inconstitucional la propia ley o reglamento aplicado ó en todo caso la interpretación que se hace de los mismos

(115) Conforme al art. 48 LOTC: "El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional."

cesario la existencia de una sentencia estimatoria del mismo en la que se declare la lesión de un derecho fundamental ó de una libertad pública, el pronunciamiento respecto de la constitucionalidad de la norma en sujeción a la cuál se llevó a cabo el acto, es consecuencia directa de la sentencia de la Sala.

Así, compartimos la opinión de Almagro Nosete (116) cuando considera que, la Sala al elevar la cuestión al Pleno para que enjuicie la inconstitucionalidad de la norma cuya aplicación dió lugar a la infracción del derecho fundamental, lo que hace es sostener que "la interpretación dada en la aplicación concreta es inconstitucional" y como al mismo tiempo "duda de la constitucionalidad de la ley, la remite al Pleno para que decida sobre la misma".

Pese a ser un instrumento similar a la cuestión de inconstitucionalidad, no obstante hay diferencias importantes. Su falta de carácter prejudicial, es quizás lo que la diferencia de manera más rotunda.

(116) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.263.

la autocuestión de inconstitucionalidad es un control reparador por excelencia. De declararse la inconstitucionalidad de la norma, ello supone la vulneración de la Constitución, en el supuesto por ejemplo que la infracción al derecho fundamental hubiese sido causada por el poder ejecutivo, por cada uno de los tres poderes del Estado; el legislativo por haber elaborado la norma, el ejecutivo por haberla aplicado, y el judicial por, al haber revisado la actuación del ejecutivo, no haber otorgado el amparo, ó haber promovido la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

En efecto, como (salvadas las excepciones) para que pueda ser conocido por el Tribunal Constitucional -mediante el correspondiente recurso de amparo- un acto de la Administración causante de un agravio a un derecho fundamental, es necesario primero haber agotado la vía jurisdiccional ordinaria, de ésta circunstancia cabe extraer que, en el caso de que el Tribunal Constitucional estime que dicho acto correspondía a la correcta aplicación de una norma con rango de ley, la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma por el Tribunal Constitucional, está expresando implícitamente, que el órgano jurisdiccional ante el cuál se revisó la actuación de la Administración, debió, o bien otorgar el amparo, o

bien elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha norma, puesto que su adecuada y correcta aplicación, era lo que ocasionó la vulneración del derecho fundamental, y una norma que vulnere un derecho fundamental es obviamente inconstitucional.

Nótese que, como ha manifestado Rubio Llorente (117), "el objeto de la impugnación en el recurso constitucional de amparo, es siempre, (exceptuadas las excepciones teóricamente desdeñables... ..) una decisión judicial previa, que, o bien no ha remediado la lesión de un derecho fundamental cometido por otro poder público, ó lo ha lesionado directamente con su propia actuación".

De otra parte, si el agravio procede de un acto u omisión del poder judicial, sigue teniendo el procedimiento que estudiamos carácter reparador, aunque, en este caso, sólo de la actuación del poder legislativo y del poder judicial, y ello, por el mismo razonamiento que antes dimos:

- Si el poder judicial antes de conculcar el derecho

(117) RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, R.E.D.C.O. nº4 1982, p.66.

fundamental, debía, bien otorgar el amparo, bien elevar cuestión al Tribunal Constitucional sobre la presunta inconstitucionalidad de la norma que tenía que aplicar en el proceso y no lo hizo, la vulneración por el poder judicial de la Constitución es evidente.

Prosigamos con las restantes características:

- La elevación de dicha autocuestión de inconstitucionalidad por la Sala del Tribunal Constitucional, depende de que se dé el supuesto de hecho previsto por el art. 55,2, es decir, que la Sala haya dictado una sentencia estimatoria del recurso de amparo, circunstancia que, a tenor del citado precepto, obliga a la Sala a remitir dicha cuestión al Pleno.

- La declaración de inconstitucionalidad, como se desprende de la remisión que el art. 55,2 hace a los arts. 38 y ss. (todos ellos de la LOTC), tiene los mismos efectos que las sentencias dictadas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

- En cuanto al carácter concreto o abstracto del instrumento en examen, puesto que el conocimiento de dicha cuestión deviene de un litigio concreto, también tiene ésta cualidad la autocuestión de

inconstitucionalidad.

Obsérvese, sin embargo, que el razonamiento del legislador en este supuesto, es totalmente inverso al motivador de la cuestión de inconstitucionalidad:

Aunque, indudablemente, para que el Pleno conozca de la inconstitucionalidad de la norma que le propone a examen la Sala, es necesario que dicha norma hubiera sido la "causante" del acto que a su vez ha sido el que ha provocado el agravio al derecho fundamental -como ya tendremos ocasión de estudiar- cuando elevada la cuestión de inconstitucionalidad no se deduce del razonamiento del Auto la incidencia de la norma cuestionada en el fallo del proceso "a quo" (art. 37 LOTC), la cuestión de inconstitucionalidad será inadmitida, porque el fin que se protege mediante la misma, no es solamente la "constitucionalidad" en sí de las normas con fuerza de ley, sino también el impedir efectos inconstitucionales en el proceso.

En cambio, puesto que en la autocuestión de inconstitucionalidad, el amparo está ya otorgado, ¿qué es lo que se protege mediante la declaración de inconstitucionalidad de la norma, de la que trae origen el acto infractor del derecho fundamental?.

El procedimiento de la autocuestión de inconstitucionalidad tiene como fin la defensa abstracta de la Constitución, la coherencia de las actuaciones del Tribunal Constitucional, coherencia que, dado la misión que tiene dicho Tribunal -intérprete supremo de la Constitución- impone que en este caso se asuma, no solamente la defensa de la misma frente a un acto vulnerador de un derecho fundamental o libertad pública, sino también su protección como Norma Suprema (118) y, en consecuencia, se proceda a la depuración abstracta del Ordenamiento jurídico.

Además, como las Salas del Tribunal Constitucional, como asimismo el Pleno, no están sujetas a la ley ordinaria sino a la Constitución (art. 1 LOTC), podrán por consiguiente, en base a ella, y aún contradiciendo la ley ordinaria, restablecer el derecho fundamental que la ley ordinaria aplicada en un supuesto concreto ha violado. Caso inverso pues, a lo que sucede con los órganos jurisdiccionales que, al estar sometidos a la ley ordinaria y a la Constitución, deberán, al objeto de cumplir ésta última, promover la cuestión de inconstitu

(118) Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en su S. 37/81 de 16 de noviembre, BOE 28-11-81, f.j.2.

cionalidad.

Como puede apreciarse, la consecuencia que deviene de esta argumentación respecto a la aplicación de la Constitución, ya sea por las Salas del Tribunal Constitucional ó bien por el Pleno, es, de otra parte, obvia, ya que es confirmadora del tenor del art. 1 de la LOTC, que, como hemos comentado, sujeta al Tribunal Constitucional solamente a la Constitución, y a la Ley Orgánica del mismo.

Una opinión interesante ha sido la de García de Enterría (119), cuando considera que el amparo constitucional, "al abrir la declaración de inconstitucionalidad de dichas leyes, (las que dieron causa a la vulneración del derecho fundamental o libertad pública), ha instaurado en la práctica un verdadero recurso directo de inconstitucionalidad", ya que al igual que aquél, la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, tiene como misión la depuración dentro del Ordenamiento jurídico de las normas inconstitucionales.

(119) GARCIA DE ENTERRIA, La posición del Tribunal Constitucional en el sistema español, ... , en El Tribunal Constitucional, Vol.I. op. cit., p. 50.

Si bien ello es cierto, hay que tener en cuenta que, conforme ha declarado el Tribunal Constitucional (120) "lo único que cabe de acuerdo con el art. 55,2 de la LOTC, es la impugnación indirecta o mediata de las leyes que lesionen derechos fundamentales o libertades públicas. Pero, para ello debe impugnarse directamente un acto de un poder público del que derive inmediatamente la lesión del derecho fundamental o de la libertad pública".

Por otra parte -apuntamos nosotros- ¿qué interés tiene el recurrente en amparo, cuyo derecho o libertad pública conculcada ya le ha sido restablecido por la sentencia de la Sala, en la declaración de inconstitucionalidad de la norma en la que tuvo su origen el agravio?

Habiendo estudiado esta problemática a fondo con motivo del presunto derecho de las partes a la emisión de un fallo constitucional, nos remitimos al Capítulo VI (121) en donde tratamos esta cuestión.

(120) Auto 81/80 de 5-11-1980.

(121) Vid. pp.184 y ss.

2).- LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DE COMPETENCIA.

Constitucionalizado el derecho a la autonomía (art. 2 CE.), y organizado territorialmente el Estado en base a las llamadas Comunidades Autónomas (art. 137 CE.), mediante la atribución al Tribunal Constitucional del conocimiento de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de éstas entre sí, ubicados en el Capítulo II del Título VI "De los conflictos constitucionales", el Tribunal Constitucional resolverá aquellos conflictos que puedan surgir como consecuencia de una disposición, resolución, ó acto, emanado por los órganos del Estado ó de las Comunidades Autónomas, así como de la omisión de los mismos (art. 61 LOTC), que vulneren las competencias atribuidas a dichos sujetos, por la Constitución, los Estatutos de Autonomía, o las Leyes orgánicas u ordinarias, dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas (art. 59 LOTC).

Ahora bien, si el acto trae causa de una norma con rango de ley que le hubiere atribuido la competencia controvertida, en contraposición a la distribución de competencias que realiza la Constitución, conforme prescribe el art. 67 LOTC: "El conflicto de competencia

se tramitará desde su inicio, o en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocara la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad".

Como bien dice Almagro Nosete (122), cuando suceda el supuesto de hecho previsto por la norma, se impone por el art. 67 LDTC, un cambio de procedimiento, ya que el iniciado ante el Tribunal Constitucional como un conflicto constitucional de competencia, se trocará por el de un recurso de inconstitucionalidad.

No obstante, respecto del razonamiento que da el autor citado como generador de esta mutación, a saber, que "el acto que reúne las formalidades legales de producción, no puede anularse, en puridad de conceptos, si previamente no ha sido declarada inconstitucional la ley que le sirve de cobertura, por tanto, la declaración de titularidad de la competencia controvertida, pasa por una previa declaración de inconstitucionalidad de determinados preceptos de una ley" (123), debemos expresar

(122) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.305.

(123) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.305.

nuestra disconformidad, ya que contradice -aunque expresamente Almagro sea de la opinión de que al contrario la ratifica- la solución ofrecida por el legislador en el art. 55,2 configurador de la autocuestión de inconstitucionalidad:.

Si la sentencia de la Sala del Tribunal Constitucional podía contradecir a la norma ordinaria otorgando el amparo, sin tener en cuenta si el agravio al derecho fundamental provenía de la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, claramente se puede apreciar que la solución adoptada por el art. 67 LOTC es absolutamente diferente, ya que hace jugar como prejudicial a la solución del conflicto constitucional de competencia, la declaración de inconstitucionalidad de la norma en la que se apoya la competencia controvertida. En cambio, no jugaba como prejudicial al otorgamiento del amparo, la declaración de inconstitucionalidad de la norma de la que traía causa el agravio al derecho fundamental.

Si bien la regulación efectuada nos parece correcta, ya que si la competencia controvertida es inconstitucional, en el caso de que esté atribuida por una norma con fuerza de ley, es que asimismo también es inconstitucional la norma que la contempla, es interesante sin

embargo apreciar que el razonamiento del art. 67 LOTC es exactamente inverso al del art. 55,2 de la misma Ley.

Así, en el supuesto de que el acto emanado por el órgano, ya del Estado ó de la Comunidad Autónoma, provenga de la interpretación correcta de una norma -Estatutos de Autonomía, leyes orgánicas ó leyes ordinarias- que contravenga la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la solución adoptada por el art. 67 es eficaz, ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de que el acto provenga de una interpretación obtusa, y no pareciéndolo así en principio, al Pleno haya cambiado ya el procedimiento del conflicto constitucional, por el del recurso de inconstitucionalidad, y llegado el momento de dictar sentencia aprecie que dicha norma enjuiciada no es inconstitucional, sino que es incorrecta la interpretación efectuada de la misma?.

El Pleno del Tribunal Constitucional, puesto que ha tramitado el conflicto como si de un recurso de inconstitucionalidad se tratase, deberá dictar una sentencia interpretativa de desestimación de la inconstitucionalidad en la que declarará que aunque la norma no es inconstitucional, la interpretación en cambio que originaba la competencia controvertida sí lo es, ya que

si bien para que una determinada interpretación de una disposición pueda ser declarada inconstitucional se necesita que sea plausible, que no sea imaginaria (124), tan bien es cierto que el Tribunal Constitucional habrá de tener en consideración, el significado que los destinatarios de las normas les dan habitualmente a las mismas, y obrar en consecuencia.

En cuanto a la legitimación, dado que según los arts. 62 y 63 LOTC podrán suscitar esta clase de conflictos el Gobierno y los órganos ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas, esta fórmula ha venido a posibilitar la impugnación por parte de éstas últimas, de una ley de otra Comunidad Autónoma que invada sus esferas de competencia constitucionalmente reconocidas, ya que conforme al art. 32,2 (125), las Comunidades Autónomas -como puso de manifiesto Rodríguez Oliver (126)- sólo podían impugnar las leyes del Estado que afectarían a su ámbito de competencias, y nunca las de otras Comunidades Autónomas, aunque éstas, igualmente, incurrieran en el mismo vicio.

(124) Vid. infra, pp 334 y 335.

(125) Art. 32,2 LOTC: "Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto"

(126) RODRIGUEZ OLIVER, Los ámbitos exentos del Tribunal Constitucional Español, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., p.2347.

Por otra parte, si nos fijamos en el dato de que cuando el acto ó resolución trae causa de una norma con fuerza de ley, ésta podrá ser declarada inconstitucional mediante el cambio de procedimiento que relata el art. 67 LOTC, consecuencia inmediata de esta posibilidad es que las normas con fuerza de ley relativas a materia de competencia de las Comunidades Autónomas, podrán ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional para ejercer sobre ellas el control de constitucionalidad en todo momento.

Efectivamente, transcurridos los tres meses previstos para la interposición del recurso de inconstitucionalidad, bastará que dicha norma haya tenido algún acto de aplicación, normativo o no normativo, para con base en dicho acto entablar el conflicto constitucional de competencia, y una vez admitido éste en el Tribunal Constitucional, trocar el conflicto en la sustanciación de un recurso de inconstitucionalidad.

En cuanto a los conflictos negativos de competencia, existieron opiniones contrapuestas acerca de si en los mismos cabe la aplicación del art. 67, y en consecuencia que el conflicto constitucional pueda originar la declaración de inconstitucionalidad de una norma, preferimos dejar simplemente apuntada la posibilidad (127) sin pronunciarnos al respecto.

3).- IMPUGNACIONES POR PARTE DEL GOBIERNO DE DISPOSICIONES SIN FUERZA DE LEY Y RESOLUCIONES ADOPTADAS POR LOS ORGANOS DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS AL AMPARO DEL TITULO V DE LA LOTC.

Conforme prescribe el art. 76 LOTC, "Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación, o en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas".

Dejando fuera de nuestro estudio las severas críticas que han merecido el precepto que nos ocupa (128) el contenido del mismo -ya contemplado en el art. 161,2 de la CE. (129), que ahora se ve desdoblado en la LOTC,

(127) Vid. como sostenedores de posturas contrarias: GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo", Vol.I Madrid 1986, pp. 180 y 181, quien iguala el tratamiento, a estos efectos, de los conflictos negativos y positivos. En contraposición, SANCHEZ AGESTA, Sistema político de la Constitución Española de 1978, Madrid 1980. p.384, sostiene que "por su naturaleza" los conflictos negativos no podrán dar lugar al procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

(128) Vid. SERRERA CONTRERAS "Las Comunidades Autónomas y las impugnaciones del art. 161,1 de nuestra Constitución, en El Tribunal Constitucional, Vol.III. op. cit., pp.2523 a 2537; RUBIO LLORENTE Y ARAGON REYES, La Jurisdicción Constitucional, en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático.. ..op. cit., p.886.

(129) Art. 161,2 CE: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso

respecto de las leyes en el art. 30 LOTC (130) y, respecto de las disposiciones normativas sin fuerza de ley, en el art. 77 LOTC (131)- nos lleva a consecuencias importantes en cuanto a las materias susceptibles de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, los actos administrativos de carácter normativo de las Comunidades Autónomas quedan sometidas al control del Tribunal Constitucional. Esta sujeción, como dice Almagro Nosete (132), dará lugar a que estén sometidos a una duplicidad de jurisdicciones, de un lado, como todos los reglamentos de la Administración, a la jurisdicción contenciosa-administrativa, (art. 106,1 CE), y de otro, a la jurisdicción constitucional, aunque como se ha opinado (133), el Tribunal Constitucional sólo deberá conocer de ellos por motivo de inconstitucionalidad y no por cualquier otro vicio.

deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses".

(130) Art.30 LOTC: "La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se apegue en lo dispuesto por el art. 161,2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades autónomas".

(131) Art.77 LOTC: "La impugnación regulada en este título, sea cuál fuere el motivo en que se base, se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los artículos 62 a 67 de esta Ley. La formulación de la impugnación comunicada por el Tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal resuelva ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia".

(132) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional op. cit., pp.322 y 323.

No quedan aquí las especialidades que imponen el Título X de la LOTC en materia autonómica. Dado que el art. 77 LOTC, remite para la sustanciación de este procedimiento a los arts. 62 y 67 también de la LOTC, y el art. 67 prevé, como ya vimos, un cambio de procedimiento cuando se produzcan determinados requisitos, en buena lógica pues, cuando los requisitos que contempla el art. 67 se produzcan, habrá lugar a esta transformación, por lo cuál, también las impugnaciones que ahora nos ocupan podrán conducir a la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley.

Cuando la inconstitucionalidad de una disposición sin fuerza de ley ó una resolución de las Comunidades autónomas traiga causa de una norma con fuerza de ley, se seguirá el procedimiento establecido para la sustanciación del recurso de inconstitucionalidad, a fin de que sea objeto de conocimiento del Tribunal no sólo la presunta inconstitucionalidad de la disposición sin fuerza de ley, sino también la norma que con dicho rango le sirve de base.

(133) GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español... en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.54.

De lo expuesto cabe sacar las consecuencias siguientes:

- Cuando el reglamento o la resolución impugnada fuesen desarrollo de una norma con fuerza de ley, se seguirá el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad para declarar también la inconstitucionalidad de ésta.

- Dado que el Gobierno podrá impugnar los actos normativos sin fuerza de ley y las resoluciones de las Comunidades Autónomas, en el plazo de dos meses a partir de la publicación de los mismos, ó en su caso, desde que llegare a su conocimiento, es evidente que este plazo otorga al Gobierno unas mayores posibilidades de fiscalización de las normas con fuerza de ley que afecten a materia autonómica, ya que mediante la impugnación de aquéllos podrá lograr la declaración de inconstitucionalidad de éstas.

Desde esta perspectiva, tomando en cuenta este dato podemos afirmar, que el Gobierno tiene una posición preferente respecto de los restantes legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad.

- Aunque haya transcurrido el plazo para ejercitar el recurso de inconstitucionalidad, (arts. 27 y ss. de la LOTC) siempre que una norma afecte a materia autonómica, el Gobierno podrá llevar a cabo las conductas siguientes:

- Esperar que en observancia de dicha ley la Comunidad Autónoma dicte un reglamento ó una resolución, para así -al amparo del 161.2 CE y 76 de la LOTC- impugnar dicho acto, lo que traerá como consecuencia, conforme al art. 76 LOTC, la posibilidad de declarar inconstitucional la norma con fuerza de ley de la que trae causa la resolución recurrida. O,

- Esperar a que la Comunidad Autónoma basándose en dicha norma dicte una resolución, disposición, ó acto, atribuyéndose una específica competencia, y en el plazo de dos meses suscitar un conflicto de competencia, el cuál también llevará a la declaración de inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley en la que se apoyaba.

La única diferencia, respecto al tema que tratamos, tanto se haya iniciado el control de la constitucionalidad por medio de un conflicto de competencia, ó de la impugnación prevista en los arts. 76 y 77 LOTC, no está en los efectos de la resolución del Tribunal Constitucional, que serán los mismos, sino en los diferentes

grados de rapidez que tienen los respectivos procedimientos.

- Si se pretende impugnar una norma con fuerza de ley planteando un conflicto de competencia, el conflicto deberá plantearse en el plazo de dos meses a partir de la publicación del acto que vulnera las competencias, (art. 62 LOTC) (134) pudiendo el Gobierno, ó plantearlo directamente ante el Tribunal Constitucional, ó requerir primero al órgano ejecutivo superior de la Comunidad Autónoma de que se trate (art 63,2 LOTC)(135) para en su caso plantear después el conflicto ante el Tribunal Constitucional (art.63,5 LOTC) (136).

Esto, en el caso de que el órgano recurrente sea el Gobierno. Si lo es un órgano ejecutivo de cualquier Comunidad Autónoma, no podrá nunca plantearlo directamente

(134) Art.62: "Cuando el Gobierno considere que una disposición o resolución de una Comunidad autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes orgánicas correspondientes, podrá formalizar directamente ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de dos meses, el conflicto de competencia, hacer uso del previo requerimiento regulado en el artículo siguiente, todo ello, sin perjuicio, de que el Gobierno pueda invocar el artículo 161,2 de la Constitución, con los efectos correspondientes".

(135) Art.63,2: "El requerimiento de incompetencia podrá formularse dentro de los dos meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia o con motivo de un acto concreto de aplicación y se dirigirá directamente al Gobierno o al órgano ejecutivo superior de la otra Comunidad autónoma, dando cuenta igualmente al Gobierno en este caso".

(136) Art. 63,5: "Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el apartado anterior, el órgano requirente, si no ha obtenido satisfacción, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento y alegando los fundamentos jurídicos en que se apoya".

sino que tendrá que pasar por el trámite de los requerimientos.

- En cambio, la impugnación de una norma con fuerza de ley cuyo origen sea la impugnación prevista en los arts. 76 y 77 podrá formularse en un plazo superior, puesto que el art. 76 establece el plazo de dos meses a partir de su publicación o "desde que llegare a su conocimiento" (del Gobierno).

Una vez descritos todos los procedimientos mediante los cuáles podrá declararse inconstitucional una norma, podemos concluir en que tienen carácter de control concreto y, por tanto, reparador de la actuación del poder legislativo, la cuestión de inconstitucionalidad, las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas que sobrevienen del conocimiento tanto de un recurso de amparo constitucional -de ahí que se le denomine autocuestión de inconstitucionalidad- como de un conflicto constitucional de competencia, ó de la impugnación por el Gobierno de disposiciones normativas sin fuerza de ley a tenor del art. 161,2 de la Constitución.

Según hemos visto, tendrán en cambio carácter abstracto, el recurso de inconstitucionalidad y el con-

trol previo sobre Tratados Internacionales.

En definitiva, en nuestro sistema constitucional el control concreto predomina sobre el control abstracto (137), como lo prueba la abundancia de ésta última clase de controles.

Por último, y a tenor de lo expuesto, debe advertirse que habida cuenta de las facultades tan amplias que tiene el Gobierno para plantear ante el Tribunal Constitucional la presunta inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, el comentario tradicional de que la única vía para la declaración de inconstitucionalidad de una norma, una vez que han pasado los tres meses que el recurso de inconstitucionalidad prevé para su interposición a partir de la promulgación de la misma, es la de la cuestión de inconstitucionalidad, es, al menos, inexacto, ya que, como hemos estudiado, existen otras vías de control de la constitucionalidad, que podrán ser utilizadas con posterioridad a dicho plazo.

(137) Discrepa de esta opinión PEREZ ROYO, La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp. 2192 y ss., considerando que, "el sistema (de control de la constitucionalidad) se inspira en favor del principio abstracto".

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

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.

Sujetar al poder judicial a la Constitución es sujetar a los ciudadanos y a los poderes públicos.

Partiendo de aquella cualidad que predicaba Chioven-
da de la función jurisdiccional, la de ser una función
sustitutoria (138) -en el sentido de que mediante ésta se
realiza aquello que debía haber hecho motu proprio otro
sujeto y que al no realizarlo, el Estado, mediante la
rogación de su actividad jurisdiccional sustituye al
sujeto en cuestión (139)- puede colegirse que si los
órganos jurisdiccionales actúan bajo el imperio de la
Constitución, ello tiene un efecto multiplicador.

Efectivamente, todo instrumento jurisdiccional que

(138) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I, Trad. Gomez Orbaneja, Madrid 1936, pp.2 y 3.

(139) A salvo, como entiende la doctrina procesalista de ciertas funciones, ya que debe recordar

pretende el cumplimiento de la legalidad, sirve mediata-
mente al cumplimiento de la Constitución, ya que como la
ley debe ser conforme con aquélla, podemos decir que los
órganos judiciales cumplen la Constitución, cuando actúan
las leyes procesales, penales, civiles, etc.....

El poder judicial cumple la Constitución aplicando
la ley en cualquier clase de procesos, ya que la protec-
ción jurisdiccional de ésta tiene dos perspectivas: una,
proteger la Constitución como norma jurídica, tutelando
su primacía respecto de las demás fuentes del derecho, y
otra, protegiendo las relaciones jurídicas que la
dinámica de la Constitución, insertada en el Ordenamiento
jurídico, genera.

En este sentido, instituciones que, por ejemplo,
tienen como fin inmediato la defensa de la ley, son
asimismo instrumentos que defienden la Constitución.

Bajo esta perspectiva, el recurso de casación, en
cuanto que está dirigido a reprimir la infracción de la
ley, es un instrumento de defensa de la Constitución res

se toda la polémica sobre las acciones constitutivas necesarias, el proceso de ejecución bajo
ciertas circunstancias y el propio proceso penal.

pecto de las infracciones que de ésta pudieran realizar los órganos judiciales ya que, al defender la ley, indirectamente está coadyuvando a la defensa de la Constitución, dado que toda ley debe ser conforme con ésta.

De igual forma, el recurso contencioso-administrativo puesto que es instrumento de defensa de la ley, lo es también de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá cuando la ley sea contraria a la Constitución?

El poder judicial es el máximo garante de la Constitución (que no supremo ya que éste sólo lo es el Tribunal Constitucional), en el supuesto de que las leyes que aplique sean conformes con la misma. Por ello, si las normas que tiene que aplicar contrarian lo previsto en aquélla, dada la irrevocabilidad que generalmente posee el juicio jurisdiccional, también podría ser uno de sus mayores transgresores

En consecuencia, afirmar que existe el control de constitucionalidad de los actos normativos con fuerza de ley sin afirmar que ese control es jurisdiccional, es una proposición que carece de contenido. Si, como dijera

Calamandrei (140), la jurisdicción es la necesaria prosecución de la legalidad, esa "ayuda" que la "legalidad" necesita de la jurisdicción debe conllevar el control de la constitucionalidad de la legalidad, a fin de que el sistema sea perfecto.

Si la legalidad necesita de la función jurisdiccional, ó bien la función jurisdiccional se adecúa completamente a la legalidad ordinaria (y, en ese caso, se sustrae al cumplimiento de la Constitución en pro de la ley), ó bien a fin de poder cumplir la Constitución revisa la constitucionalidad de los actos del poder legislativo. Ello implica el control constitucional de los actos normativos por parte de la jurisdicción ordinaria. "Tertium non datur".

Piénsese a éste respecto que aunque los órganos administrativos están obligados a cumplir la ley, el legislador constituyente al poner en manos de la Judicatura el instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, habrá logrado en definitiva sujetar la Administración a la Constitución. En efecto, cuando se conozca en vía jurisdiccional de la actividad administra

(140) Vid. nota nº 8.

tiva, si ésta no respetara los valores constitucionales, en función de la sujeción a una norma que parece reputarse como presuntamente inconstitucional, el órgano judicial podrá anular el acto administrativo, promoviendo respecto de la norma de dudosa constitucionalidad, la respectiva cuestión de inconstitucionalidad. En el caso, naturalmente, de que el Tribunal Constitucional declare disconforme con la Constitución dicha norma.

Ello implica la fiscalización de los actos del poder legislativo por el poder judicial. Aunque en nuestro sistema jurídico continental, en el que los principios de la Revolución Francesa se hacen sentir aún, cuesta trabajo entender cualquier clase de limitación que se establezca en detrimento de un poder representativamente legitimado, sobre todo si la limitación se establece en beneficio de otro poder, cual es el judicial (141).

La Constitución de 1978 rompiendo la tradición francesa del sometimiento del poder judicial al legislativo,

(141) Vid. CALAMANDREI, La Casación civil, Vol.II, op. cit., pp.35 a 144, donde el autor al recoger las concepciones originarias sobre el Tribunal de Casación francés muestra con gran claridad, cuáles eran las concepciones que llevaron a configurar el poder judicial como un poder "neutro".

formula el sometimiento del poder judicial a la Constitución.

Y, aunque como hemos expuesto, también se ha creado un Tribunal Constitucional, no cabe duda que al poder judicial se le ha otorgado un relevante papel en el control de la constitucionalidad de las leyes.

El poder judicial está sometido a la Constitución que es la norma emanada del poder constituyente, antes que a la ley, que es la norma emitida por un poder constituido por aquél, el legislativo.

Como se ha dicho (142), el imperio de la ley que consagra la Constitución no cabe confundirlo con la tiranía de la ley, porque como afirma García de Enterría (143), el poder legislativo es "servidor y no señor del Derecho".

Tan importantes efectos implica la sujeción del poder judicial a la Constitución que, aunque no se hubiese creado el Tribunal Constitucional, se podría, con base al

(142) GARCIA BARBON CASTAÑEDA, Justicia y Poder judicial, en El Poder judicial, Vol.II, op. cit., p.1377.

(143) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución, op. cit., p.15.

deber de observancia de la Constitución por el poder judicial, afirmar que existe el control de la constitucionalidad.

No se olvide que así precisamente nació el control. En efecto, si una norma es contraria a la Constitución, el órgano judicial deberá solucionar de alguna forma la contradicción entre la norma ordinaria y la Constitucional, al objeto de decidir el proceso del que está conociendo:

- Si la norma es contraria a la Constitución, el órgano judicial si observa la ley no podrá cumplir la Constitución. De igual forma, si opta por el cumplimiento de la Constitución dejará de observar la ley.

- ¿Qué debe hacer el poder judicial para cumplir la Constitución?

La contestación a este interrogante es el fundamento del control de la constitucionalidad, que nació -como se recordará- cuando en Estados Unidos el Juez Marshall, en el caso Marbury v. Madison (144), se encontró con la dis

(144) La sentencia del caso Marbury v. Madison se puede encontrar en la obra de SANCHEZ AGESTA, Documentos constitucionales y textos políticos, Madrid 1976, pp. 319 a 321.

yuntiva de, ó tener que inaplicar la Constitución y aplicar una Ley Federal, ó por el contrario, actuar a la inversa (145).

Este es el origen de la "judicial review" ó revisión judicial de las normas, ya que a partir de la resolución de ese famoso caso, en el cuál se aplicó la Constitución de los Estados Unidos de América, en vez de la del Estado miembro, se configuró por medio del precedente el control judicial de la constitucionalidad de las leyes.

La novedad en nuestra Constitución no es sólo y como hasta la saciedad se ha repetido la sujección del poder legislativo a la Constitución. La gran innovación -en nuestra opinión- es que ésta sujección del poder legislativo se valga, aparte de la institucionalización de un órgano especial creado para ello -Tribunal Constitucional- de la vinculación a la Constitución del poder judicial.

(145) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas, en, El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., pp. 27 y ss. en concreto, p.30 ; HAMILTON, El Federalista, Mejico, 2.ed. 1957; GRANT, El control de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la Ciencia Política, Rev.Fac.Der. Mejico 1963; LAMBERT, Les origines du controle de constitutionnalité des lois d'Etat par la Judicature fédérale aux Etats-Unis, en Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, T. 50, 1932; EINAUDI, Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli S. U. Turin, 1931.

La Constitución prevé el control de la constitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales en todo tipo de procesos, lo que ocurre es que cuando se produzcan unas determinadas circunstancias -que las normas a aplicar pudiesen ser inconstitucionales, siempre que sean de origen posterior a la Constitución- deberá promoverse la respectiva cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional lleve a cabo el último grado de contraste entre la norma ordinaria y la Constitución, pero, desde luego, la protección de la Constitución respecto de la norma inconstitucional que la conculca, empieza en el proceso, en el enjuiciamiento jurisdiccional.

El poder judicial ocupa, en consecuencia, un puesto importante en la defensa de la Constitución, y en tal forma ello es así, que para los órganos integrantes del mismo se ha ampliado sin duda el haz de funciones en que consiste su función. Así como antes el poder judicial se limitaba a ser la boca que pronunciaba las palabras de la ley, ahora, la existencia de una Constitución rígida les otorga, el deber y el derecho de -como ha dicho Sainz de Robles (146)- administrar una justicia que "no es únicamente la que formalmente cumple las garantías establecidas en la ley, sino la que realiza plenamente

los valores inherentes al Estado de Derecho (art. 1.1) a través del cumplimiento pleno de la ley". El poder judicial respeta, aplica y controla ley.

Si bien es cierto que, partiendo de la imposibilidad que ahora tiene el Juez de controlar formalmente la validez de la ley, podría considerarse que se han disminuidos los poderes del juez ordinario (147), aunque ello es en parte verdad, (el juez ordinario no puede controlar la ley viciada por inconstitucionalidad formal, aún en el caso de inexistencia de la ley (148)), no lo es menos que como dijese Calamandrei (149), "como los Jueces no han sido nunca disminuidos porque no puedan ellos hacer las leyes (ya que ello no entra en sus funciones), tampoco se sentirán disminuidos, de ahora en adelante, porque se encomienda a un órgano sustancialmente no jurisdiccional el cometido de deshacerlas, con los mismos efectos generales que tiene una abrogación legislativa".

(146) SAINZ DE ROBLES, El Poder Judicial en la Constitución, en El Poder judicial, Vol.I, op. cit., p.31.

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

(148) Vid. infra p.424.

(149) CALAMANDREI, Corte Constitucional y Autoridad Judicial, en Derecho Procesal Civil III, (Estudios sobre el proceso civil) op. cit., p.152.

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.

Comienza el art. 1. de la nueva LOPJ de 1 de Julio de 1985, con la copia fidedigna del art. 117,1 de la CE, al que agrega, como norma a la que también estará sometida el poder judicial, la Constitución. A su tenor:

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables, y sometidos únicamente a la Constitución y a la ley".

Mucho más afortunada nos parece la redacción de éste precepto al mencionarse expresamente la Constitución, que la del art. 117,1 CE cuya fórmula incurre en un lamentable descuido al omitir la Constitución, aunque obviamente, ésta tenga el carácter de ley (150).

En efecto, si bien el principio del sometimiento del Juez a la ley supuso en una época pretérita la implantación del Estado de Derecho, con su gran significado ó intento de negación y exclusión de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos, en la época actual, el nuevo papel del Parlamento como consecuencia de la entra

(150) Vid. en este sentido GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de Derecho y ... , op. cit., p.14.

da de los partidos políticos, y del fenómeno de las corruptelas parlamentarias, el Estado de Derecho no tiene ya sino una significación formal, y en consecuencia también éste carácter posee el antedicho principio.

Si el Estado de Derecho únicamente implica que las relaciones jurídico-políticas de un determinado Estado se encuentran reguladas por la ley, sin que ésta tenga por qué estar acompañada de garantía material alguna ni tener que ser expresión de la soberanía popular, pobre resulta ésta fórmula tradicional para intentar declarar mediante ella la sumisión del Juez, no sólo a la ley, sino también a la Constitución.

Las repercusiones de la omisión que denunciábamos no se han hecho esperar. Como era previsible, la insuficiencia del art. 117,1 CE ha provocado la necesidad de interpretación sistemática del mismo en concordancia con los distintos preceptos constitucionales que se dirigen directa o indirectamente al poder judicial.

En éste sentido, Serrano Alberca (151) opina que el principio de sometimiento del Juez a la ley para que quede precisado, hay que ponerlo en relación con el art. 9,1 CE, debiendo entenderse por "ley", no solamente a ésta categoría formal de fuente de producción del

Derecho, sino también a la Constitución, y al resto del Ordenamiento jurídico, ya que como expone Gimeno Sendra (152), por Ley "no cabe entender cualquier disposición normativa, sino que antes al contrario, el Juez está sometido, en primer lugar a la Constitución".

Mas, no sólo el art. 9,1 impone esta interpretación del art. 117,1, ambos de la CE. Otros preceptos constitucionales abonan la misma.

Así, por ejemplo, si la Administración Pública -según el mandato constitucional- debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, (art. 103,1 CE) (153), siendo revisable su actuación por los Tribunales (art. 106,1 (153_{b,m})), cómo podrían éstos controlar si aquélla ha actuado bajo el Derecho, estando ellos únicamente sujetos a la ley?.

La reducción al absurdo que conllevaría pensar que

(151) SERRANO ALBERCA, (Comentario al art. 117 CE,) en la obra colectiva, Comentarios a la Constitución, dirigidos por GARRIDO FALLA, Madrid 1980, p.1190.

(152) GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit.: p.48.

(153) Art. 103.1: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho".

(153_{b,m}) Art. 106,1: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

el poder judicial únicamente está vinculado a la ley y no a la Constitución, conduciendo ello a la inobservancia de un buen número de preceptos constitucionales. Vgr: arts. 9,1; 53; 106,1; 163 etc...) es suficiente para que no haya duda alguna sobre el sentido amplio en el que ha que entenderse el término "ley" al que alude el art. 117,1 CE.

No obstante, y sin perjuicio de que sea imposible malentender al legislador constituyente, es de agradecer al legislador de la LOPJ que haya subsanado la omisión efectuada en el art. 117,1, despejando cualquier duda sobre el sentido del mismo, ya que si alguna existía todavía, el Título Preliminar de la LOPJ, y en concreto, los arts. 5 y 7, no dejan ya resquicio alguno para dudar del sometimiento del poder judicial a la Constitución.

Volviendo al tema que nos ocupa, y según declara el art. 1,1 de la LOPJ, los órganos judiciales actuarán sometidos al imperio de la Constitución y de la ley, de lo que cabe predicar, el sometimiento a su vez de éstos al Ordenamiento jurídico, ya que como quiera que es la Constitución la que recaba la observancia del mismo (art.9,1CE), y el poder judicial se encuentra sometido a ella, el silogismo se cierra predicando la vinculación del poder judicial a aquél.

III.- INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION EN LA APLICACION DE LAS FUENTES DEL DERECHO. SU CONSECUENCIA INMEDIATA: LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Después de haber establecido el art. 1 LOPJ que los Jueces y Magistrados están sujetos a la Constitución y a la ley, el art. 5 reitera los mandatos constitucionales dedicándose, y en ello es encomiable, a pormenorizar la incidencia de la Constitución dentro del sistema de fuentes.

A fin de lograr claridad en la exposición de este asunto, repasaremos la incidencia de los citados arts. respecto a la aplicación tanto de las fuentes ordinarias como de la propia Constitución.

La vinculación que prescribe el art.5 de todos los Jueces y Tribunales a la Constitución como norma jurídica suprema, recabándola asimismo como criterio hermeneútico de la aplicación de cualquier ley o reglamento, es un gran acierto del precepto que glosamos.

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 Constitucional en todo tipo de procesos."

La especificación que el art. 5,1 realiza respecto del carácter hermeneútico de la Constitución es precisa y

clara. A su tenor, la aplicación de cualquier fuente del Derecho deberá hacerse conforme a la Constitución, conforme a los preceptos y principios constitucionales.

La consecuencia a sacar de este precepto es importante. De aquí arranca que los preceptos y principios constitucionales tienen una dualidad de funciones: como fuentes directas, y como criterios hermeneúticos (154).

El sometimiento a la Constitución impone la observancia de la misma en los límites y con el contenido que ella misma establece. Así, habrá que aplicarla como norma jurídica suprema y directa cuando ella así lo prescriba, ó como criterio hermeneútico para la interpretación del Ordenamiento jurídico cuando así lo disponga (155), teniendo en cuenta además, como establece el inciso último del art. 5.1, que la utilización de los preceptos y principios constitucionales como criterios de interpretación, deberá adecuarse a la interpretación

(154) En contra parece estar GARRIDO FALLA, La Constitución y las fuentes del Derecho en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Vol. I, op. cit., p.43, ya que afirma que, "desde el momento en que un principio se positiviza una de dos: o el principio se convierte en norma (es decir, en ley con su peculiaridad, como fuente del Derecho) o la norma se convierte en principio, remitiendo a la específica problemática que esta otra fuente tiene".

(155) Vid. a título de ejemplo, los arts. 53,2 CE, donde ésta se califica como norma directamente aplicable, y 52,3 CE, donde, en cambio, asume el carácter de criterio interpretativo.

que de estos haya realizado el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el poder legislativo desacata la Norma Suprema?, ¿qué comportamiento tendrá ante esta vulneración el poder judicial?. Observemos cuál es el tratamiento que reciben las normas de dudosa constitucionalidad.

Preceptuado por los arts. 1, 5,1 de la LOPJ y 9.1 CE la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales de respetar la Constitución, los arts. 163 CE, 5 LOPJ en sus nº. 2 y 3 y 35 y ss de la LOTC (156), refieren las actuaciones que deberán llevar a cabo los órganos judiciales cuando duden de la constitucionalidad de la norma que tienen que aplicar.

Dejando aparte el tratamiento que recibirá en el proceso jurisdiccional, la norma inconstitucional que regule un derecho fundamental (157), la obligación

(156) Art. 163 CE: Cuando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Art.5,2: Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que la norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.

Art.5,3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

(157) Vid. infra, pp. 379 y ss.

de respetar siempre la Constitución como norma jurídica suprema, por tanto, respetando el principio de jerarquía normativa y el de competencia, y en consecuencia, no pudiendo aplicar ninguna norma que la contradiga, bien formal o materialmente, se conseguirá a través de las siguientes actuaciones:

- Cuando una disposición tenga interpretaciones diversas, en el caso de que alguna (o algunas) de ellas fuera de dudosa constitucionalidad, procederá la interpretación que resulte compatible con la Constitución.

- Cuando la norma sea contraria a la Constitución ó suscite dudas, se promoverá sobre la misma cuestión de inconstitucionalidad a fin de que el Tribunal Constitucional dilucide su presunta contradicción. Desde ésta perspectiva, el proceso jurisdiccional sirve de causa eficaz para el nacimiento del proceso constitucional en el que se revisara la constitucionalidad de los actos normativos con fuerza de ley.

Al cumplimiento de la Constitución coadyuva por lo demás, el número 4 del art. 5 LOPJ, a cuyo tenor:

4. "En todos los casos en que según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo

la infracción de precepto constitucional. En este supuesto la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional."

Después de este breve resumen superfluo resulta justificar, cómo la función jurisdiccional ha visto complicarse cualitativamente la actividad en que ella consiste:

- La aplicación del derecho al caso concreto comporta, desde la entrada en vigor de la Constitución, la realización de una labor de calificación jurídica sobre la norma que en cada caso le sirve de fundamento al órgano judicial, para declarar la producción de un efecto jurídico.

- El órgano judicial tendrá como tarea previa a la de emitir cualquier resolución, enjuiciar constitucionalmente la norma que vaya a aplicar. Queda obligado pues, para poder aplicar cualquier norma, a recomponer la jerarquía normativa preceptuada por la Constitución.

Importante es por tanto la función que la Constitución le ha encomendado al Poder Judicial, ya que es condición "sine quanum", para la consolidación del Estado social y democrático de Derecho en que España se ha constituido.

Aunque el Poder Legislativo se afane en poner en concordancia la legislación anterior con la Constitución, e igualmente, el Tribunal Constitucional trabaje con una prolijidad sin límites, como indica Ollero (158), "sin la Judicatura la Constitución tardaría largos años en entrar prácticamente en vigor".

La labor que tiene que realizar la Judicatura podría expresarse diciendo que, desde la promulgación de la Constitución los órganos judiciales para aplicar cualquier norma, deberán aplicar también otra, la Constitución, ó mejor dicho, la aplicación de cualquier norma exige la aplicación tácita o expresa, directa o indirecta de la Constitución.

Antes el Juez conocía de unos determinados hechos para darles una calificación jurídica, ahora también deberá realizar la calificación jurídica de las normas que vaya a aplicar.

En conclusión, el poder judicial observa el cumpli

(158) OLLERO, La Judicatura tras la Constitución de 1978, en Interpretación del Derecho y positivismo legalista, Madrid 1982, p.181.

miento de la Constitución -en virtud del art. 9,1 CE y 1 LOPJ- mediante la aplicación de la ley, (art 117,1 CE.) y, en el caso de que ésta pudiera ser inconstitucional, y conforme al art. 163 CE., remitiendo cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional para que éste decida sobre la constitucionalidad de la misma. Esta obligación sin embargo, no es uniforme respecto de toda clase normas, ya que la conculcación normativa de los derechos fundamentales contenidos en la sección segunda del capítulo primero del Título I de la CE tiene una dinámica específica (159), así como las normas preconstitucionales (160). En lo que respecta a los reglamentos, dado que carecen de fuerza de ley, la propia jurisdicción ordinaria podrá controlar la constitucionalidad de los mismos (161).

(159) Vid infra, pp. 379 y ss.

(160) Vid infra, pp. 339 y ss.

(161) Vid infra, pp. 322 y ss.

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

Permitiéndonos un juicio previo, si las diferencias entre el actual sistema de fuentes y el producido por la Reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 son ya sensibles, las que se pueden apreciar entre aquél y el que existía antes de dicha reforma, son absolutamente radicales.

En primer lugar, frente a la concepción positivista legalista imperante hasta el año 1974, en que la Ley equivalía al Derecho, si bien es verdad que a partir del mencionado año se produjo una cierta relajación, a partir de la Constitución Española de 1978 existe una auténtica separación.

"El Derecho aparecería como un conjunto de leyes -opina Ollero (162)- cada uno de los doce primeros arts. del Código, aludían expresamente en su primer párrafo a las leyes", consagrándose, en consecuencia, la identificación propia del positivismo legalista: "sólo es jurídico el derecho positivo, y por positividad, se entiende, legali

(162) OLLERO, La Judicatura tras la Constitución de 1978, op. cit., p.167.

dad pura".

La costumbre y los principios generales del Derecho -añade- se reservaban sólo al caso, de que se careciera de disposición legal, y ello, "con un carácter subsidiario lleno de excepcionalidad".

El anterior Ordenamiento estaba dominado pues, por una concepción positivista del Derecho, cuyas manifestaciones concuerdan con las que señala Pérez Moreno (163) como propias de todo Ordenamiento positivista. A saber:

- Monopolio de las fuentes de normatividad por el Estado con absoluto predominio de la ley, y necesidad de reconocimiento para la costumbre que será de aplicación subsidiaria.

- Predominio de la exégesis literalista con reducción de la función del Juez a la subsunción del supuesto en la red de preceptos vigentes.

- Rigurosa identificación entre validez formal y va

(163) PEREZ MORENO, El Concepto de Ordenamiento Jurídico en la Constitución, en La Constitución Española y las Fuentes del Derecho, Vol.III, op. cit., p.1635.

lidez efectiva, derogación formal, y extinción de la norma.

Aunque se podrá objetar que la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (164), al fundamentar su art. 83,2 (165) en la infracción del Ordenamiento jurídico parecía haber superado el positivismo, ante lo que cabría colegir que a partir de esa fecha el positivismo legalista se relajó, como González Pérez (166) demuestra, basándose en el análisis de la jurisprudencia que dicho precepto motivó, ello no sucedió.

Por lo que se refiere a las leyes, ó mejor dicho, a los actos normativos con fuerza de ley, prueba del régimen al que estaban sometidos son las palabras de Prieto Castro (167) en el año 1972, respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

(164) La Exposición de Motivos de la LJCA sobre el art. 83,2 expresaba que tal precepto "refiere la conformidad o disconformidad del acto genérico al Derecho, al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirlo simplemente a las leyes, equivale a incurrir en un positivismo superado".

(165) Art.83,2: "La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto o la disposición incurriere en en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

(166) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la jurisdicción Contenciosa-Administrativa, Madrid 1978, pp. 1029 a 1032.

(167) PRIETO CASTRO, Sistema de principios esenciales de la Ley Orgánica del Poder judicial, R.D.P. 1972, p.17. Vid en el mismo sentido ALMAGRO NOSETE, Fiscalización de la constitucionalidad de las leyes, R.D.P. 1972, pp.28 a 35, en concreto pp. 28 y 29 donde expresaba que, "los principios informadores de la LOPJ de 15-9-1870 responden, en parte a la influencia francesa,

"Aún cuando no falte nada esencial en la Ley respecto del control de la Legalidad, sin embargo no existen en la misma ni atisbos de norma que señalen al Juez el camino a seguir, en el caso de que su decisión hubiera de fundarse en una ley ó en un precepto que repunte contrario a una Ley Fundamental del Estado" (168).

No obstante, y a fin de ofrecer una breve síntesis del pensamiento doctrinal de la época respecto a éste particular, debemos también exponer cómo en cambio otros autores opinaban (169), que la prescripción del nº1

entonces de moda, y en consecuencia, a los esquemas constitucionales propios del parlamentarismo que establece la rectoría de la ley sobre todas las funciones estatales, y la sumisión, en último extremo al poder legislativo, del ejecutivo y del judicial".

(168) Vid. en el mismo sentido GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, op. cit., p.605, quien considera que el Juez únicamente podrá controlar las normas reglamentarias, dentro de las cuáles deberá incluirse la legislación delegada, cuando exceda de los límites de la delegación, "en cuanto que la norma esté dentro de los límites de la delegación o autorización, tiene toda la fuerza de una ley; en otro caso, el de simples disposiciones reglamentarias". De la misma opinión es también CLAVERO AREVALO, Justicia constitucional y Justicia administrativa: Reflexiones sobre el recurso de contrafuero, en Anales de la Universidad Hispalense, nº4, 1969, p.4, donde afirma, que "en nuestro Ordenamiento no existe en relación con las leyes un precepto análogo al art. 7 de la LOPJ, que opera sólo respecto de los Reglamentos". Para una mayor profundización en el tema, GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, op., cit.

(169) Vid. FENECH, La posición del juez en el nuevo Estado, Madrid 1941, quien exponía que, "la jurisprudencia en España controla hasta la constitucionalidad de las leyes" basándose en que en una reunión de los jueces de Madrid, se acordó la inconstitucionalidad de la ley de inquilinato de 1920 y decidieron no aplicarla. (Nos ha sido imposible encontrar el mencionado trabajo, vid la referencia que de él hace PEREZ GORDO en Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, Barcelona 1982, p.111). En el mismo sentido, PEREZ GORDO, El control de la constitucionalidad de las leyes en el derecho positivo español, R.J.Cat III, 1972, pp.571 a 582.

del art. 7 de la LOPJ de 1970 (170), contemplaba el control de la constitucionalidad, ya que al incluirse en el mismo el deber de no aplicar "las disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes", dado el amplio significado que tiene el término "leyes" habían de entenderse incluidas en el precepto las Leyes Fundamentales del Estado; interpretación que además venía avalada -según la opinión que se expone (171)- por el art. 23 de la LRJAE de 26-7-1957.

Así el panorama legislativo hasta el año 1974, la Reforma del Título Preliminar del Código Civil según Decreto de 31-5-1974 produjo un cambio profundo en el sistema de fuentes.

La Reforma introduce el control de la constitucionalidad de las leyes a nivel formal en su art. 1.2. Conforme al mismo: "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior". El control que establece es -como decimos- únicamente a

(170) Art.7 de la LOPJ de 1970: "No podrá los Jueces, Magistrados y Tribunales: 1. Aplicar los Reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes."

(171) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, Barcelona 1982, p.111.

nivel formal, porque dado que conforme a la legislación entonces vigente la ley podía darse a sí misma el rango dentro de la jerarquía normativa que a ella conviniese (Constitución flexible), con atribuirse uno superior el problema de contradecir una norma anterior de rango determinado estaba resuelto (172).

No obstante, con la Reforma se producen, aparte de la anterior, otras innovaciones importantes. Así, la introducción del concepto de Ordenamiento jurídico, el otorgamiento a los principios generales del derecho del valor de fuente subsidiaria, la introducción de criterios interpretativos, y el reconocimiento aunque indirecto del papel de la jurisprudencia como fuente complementadora del derecho.

Mas, aunque la Reforma supuso una cierta relajación, ésta únicamente se hizo sentir a nivel teórico, ya que como el propio Decreto sancionador de aquélla reconocía, se había modificado "el modo de formulación, pero no el criterio inspirador.

(172) Vid. DE VEGA GARCIA, Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, op. cit., p.96.

A partir de esta brevísimas reseña, evidentes resultan las diferencias entre el sistema de fuentes recogido en la Constitución Española de 1978 y el régimen jurídico anterior.

El actual está regido por una concepción iusnaturalista del Derecho, entendido el término no en su acepción más estricta ó de predominio del derecho natural sobre el derecho positivo, sino en la amplia, considerando pues integrado en él, todo pensamiento jurídico que propugna, en base a ciertos presupuestos que estima vitales y esenciales (173), un determinado ideal de Justicia, de Derecho, como instrumento regulador de las relaciones sociales y políticas. El anterior, fué un sistema positivista, en el que el sistema de valores era el que derivaba de la norma positiva.

Aunque la Reforma supuso un gran avance, al menos en cuanto al reconocimiento de la inviabilidad práctica del esquema legalista, cierto es que también dado que se produjo en 1974, y en 1978 se promulgó la Constitución,

(173) GARCIA SAN MISUEL, prólogo a Introducción al pensamiento jurídico, de KARL ENGEL, Madrid 1967.

no podemos hacer balance de sus éxitos. Fué breve el tiempo que en base a la Reforma se tuvo que administrar justicia.

Realizada la incursión en torno al sistema de fuentes en la legalidad anterior, puede apreciarse que la labor del Juez quedaba reducida a una labor automática de aplicación de la ley.

Por último, respecto a la existencia de controles de constitucionalidad distintos a los jurisdiccionales, aunque la LOE de 10-1-1967, creó el recurso de contrafuero (174) (arts.59 a 66), desarrollado por la Ley de 5-4-1968, en cuyo art.3 se establecía, que podrían ser objeto del recurso de contrafuero, las leyes, los proyectos o disposiciones elaborados por las Cortes que hayan de ser sometidos a referéndum nacional, los decretos leyes, y los demás decretos y disposiciones de carácter general dictados o aprobados por el Gobierno o sus Comisiones delegadas", no se puede decir que haya constituido un auténtico control de la constitucionalidad:

(174) Vid. sobre tal recurso, CLAVERO AREVALO, Justicia constitucional y Justicia administrativa: Reflexiones sobre el recurso de contrafuero, en Anales de la Universidad Hispalense, nº4, 1969, pp.4 y ss.

En primer lugar, porque su decisión estaba atribuida a un órgano de carácter político, el Jefe del Estado. En segundo, porque la legitimación para proponerlo era muy reducida (el Consejo Nacional, la Comisión permanente de las Cortes, e indirectamente, los ciudadanos, quienes podrían denunciar el contrafuero a los órganos anteriores, a través del ejercicio del derecho de petición), y en último término, por el brevísimo plazo existente para su interposición, pasado el cuál la ilegalidad quedaba convalidada.

Por lo demás, aunque definido el contrafuero por el art.59 LOE, como todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnerase los principios del Movimiento Nacional o demás Leyes fundamentales del Reino, no puede considerarse como un control constitucional. Como ha expuesto De Vega García (175), "Carece de sentido hablar de justicia constitucional, sino es en el marco de las constituciones rígidas, en las cuáles la Constitución se configura como ley suprema". En consecuencia pues, el único antecedente español de control de la constitucionalidad, estaría en la Constitución española de la II República, con la creación del Tribunal de Garantías de la República.

(175) DE VEGA GARCIA, Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, op. cit., p.96.

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 CONSTITUCIONAL147

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 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 JUDICIAL.

Trasladando todo cuanto se ha dicho a la esfera del proceso, existirán ocasiones en que éste fenómeno de aplicación de la Constitución, bien directamente como norma jurídica ó como criterio hermeneútico, será una operación mental más que tendrá que realizar el juzgador y que unicamente se reflejara en el proceso a la hora de dictar sentencia. Así ocurrirá por ejemplo, cuando las normas ordinarias que deban aplicarse esten en conformidad con la Constitución ó sea posible adecuarlas a ella. En otras ocasiones en cambio, al recabar el cumplimiento de la Constitución una serie de actuaciones externas, la observancia de la misma provocará unos enjuiciamientos específicos.

Habida cuenta de la obligación que tiene todo órgano jurisdiccional de actuar sujeto a la Constitución, de aplicar, para poder aplicar cualquier norma, también la Constitución, si las partes del proceso "a quo" suscitan al órgano judicial la duda respecto de la constitu-

cionalidad de la norma, o ésta surge en el órgano judicial, deberá, en conformidad con el art.35 LOTC y concordantes, dar audiencia a las partes para que en ella puedan alegar lo que estimen pertinente, y promover después la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

Solamente en el caso de que la duda cumpla los requisitos del art.35 LOTC el órgano judicial promoverá la cuestión. En los demás casos, denegará su promoción. El proceso constitucional en vía incidental únicamente puede ser iniciado a través del acto del órgano jurisdiccional elevando la cuestión de inconstitucionalidad (176).

Este acto del órgano jurisdiccional, requisito

(176) Art.35: 1º. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancias 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 esta Ley.

2º. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y antes del plazo 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 que medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír 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 LOTC: 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.

"sine quantum" para la iniciación del proceso constitucional, ¿a qué fines responde?, ¿qué clase de acto es?, ¿qué naturaleza jurídica tiene?

El intento de determinar la naturaleza jurídica de esta facultad del órgano jurisdiccional, no es un esfuerzo valdío y meramente teórico. De la determinación de esta surgirán importantes consecuencias, y no sólo para el proceso "a quo", sino también para el proceso constitucional.

Como decimos, el órgano judicial es el único sujeto capaz de abrir, digámoslo así, el proceso constitucional, no pudiéndolo hacer las partes del proceso a cuya "litis" va a ser aplicada o inaplicada -según sea el contenido de la resolución del Tribunal Constitucional, respecto de la cuestión promovida- la norma presuntamente inconstitucional.

Vistas así las cosas debemos reflexionar sobre una premisa esencial, ¿cuál es la situación jurídica que se intenta tutelar en el proceso constitucional iniciado en virtud de este acto?

Sabemos que el órgano judicial lo que remite es su duda respecto de la constitucionalidad de la norma que

tiene que aplicar en el proceso del que está conociendo. Mas, con la atribución de esta facultad al órgano jurisdiccional, ¿qué es lo que ha intentado el legislador?, ¿velar por los intereses de las partes en el proceso a fin de que no se les aplique una norma inconstitucional?, ¿proveer que el órgano judicial no incumpla la Constitución? ó, ¿depurar el Ordenamiento jurídico?.

Si el acto del órgano judicial es el que va a posibilitar el enjuiciamiento respecto de la constitucionalidad de una norma, es obligado, desde una perspectiva procesal, intentar aprehender el contenido del derecho cuya actuación se pretende. Al igual que el derecho privado califica al proceso civil, haciendo de él un proceso regido por los principios dispositivo y de aportación de parte, y el proceso penal, por el contrario, al ser el único medio de aplicación del "ius puniendi" del Estado, lo está por los principios de oficialidad de la acción y de investigación de oficio, habrá que definir la situación jurídica a cuya tutela responde la actuación del Tribunal Constitucional a fin de poder enunciar los principios procesales, a los que debe someterse el proceso en el ámbito constitucional.

Al fin de dar respuesta a las interrogantes aludidas, sugerimos en principio tres hipótesis de

trabajo:

- En primer lugar cabría considerar que el órgano judicial debe elevar la cuestión de inconstitucionalidad en "pro" de la salvaguarda del Ordenamiento jurídico.

- Otra opción podría venir dada por la consideración de que la situación jurídica que se pretende tutelar, mediante la elevación por el órgano judicial de la cuestión al Tribunal Constitucional, podría tener su origen, en el hipotético derecho de las partes a que no se les aplique una norma inconstitucional. Es decir, el órgano judicial al elevar la cuestión de inconstitucionalidad, estaría actuando por un derecho ajeno, el de las partes.

- La tercera alternativa sería considerar, que el Juez eleva la cuestión en virtud de un derecho propio, ya que como tiene el deber de aplicar la Constitución (arts. 9,1 CE y 1 LOPJ), tiene también el correlativo derecho a iniciar un proceso constitucional, a fin de que disipadas sus dudas respecto de la inconstitucionalidad en que pudiera incurrir una específica norma, pueda cumplir con su deber de actuar sujeto a aquélla. La denominación que quepa dar a este derecho, en el sentido de potestad, facultad, ó derecho, es tema que expondremos al hilo del desarrollo de esta opción.

II.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL ORGANO JURISDICCIONAL EN INTERES DE LA TUTELA O SALVAGUARDA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Basándonos en que la necesidad para el órgano judicial de promover la cuestión de inconstitucionalidad nace sólo cuando la norma incide en su fallo, y esta exigencia es en tal grado preceptiva que -como dice Villari (177)- si el Juez aprecia la existencia de un defecto en la constitución de la relación jurídico procesal, y la norma cuestionada incide en la cuestión de fondo, no debe promover cuestión sobre la misma, ya que en definitiva tal norma no incidiría en su fallo (que tendrá que ser de absolución en la instancia), ello quiere decir que la iniciativa del órgano judicial no tiene como fin primario la depuración del Ordenamiento jurídico.

El órgano jurisdiccional no tiene un interés a la "regularidad constitucional" (178). Si existiese éste, una vez que le hubiese surgido la duda respecto de la constitucionalidad de una norma debería poder promover cuestión sobre la misma, con independencia del hecho de

(177) VILLARI, Il processo costituzionale, Napoli 1963, pp. 123 y 127.

(178) Vid. sobre el derecho a la regularidad constitucional, VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., p.127.

que el juicio principal pudiera ser resuelto sin tener que aplicar en él tal norma.

Como hace notar Satta (179), el impulso del Juez está mediatizado, ya que el demandante renunciando al juicio en curso, ó el demandado allanándose, podrán excluir la obligación del Juez de elevar la cuestión de inconstitucionalidad, siempre que, claro está, el Juez todavía no hubiese promovido la respectiva cuestión. Es decir, la obligación del Juez de elevar la cuestión existe si está pendiente el proceso, mas desaparece si el proceso se extingue.

Desde esta perspectiva, el proceso principal constituye "la causa eficaz" para que se depure el Ordenamiento jurídico. El Juez no es un defensor abstracto de la constitucionalidad porque ello equivaldría a hacerle asumir otra función que la de administrar justicia.

Bajo el prisma del Ordenamiento jurídico, la iniciativa del órgano jurisdiccional puede considerarse —como lo hace Pierandrei (180)— como un instituto ambivalente

(179) SATTA, Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo, R.I.D.P.C. 1959, p.593.

(180) PIERANDREI, Corte Costituzionale, Voz en Enciclopedia del Diritto, Milano 1963, p.948. nota 258. Vid. también REDENTI, Legittimità costituzionale delle leggi e Corte Costituzionale, Milano 1957, pp. 40 a 42.

ya que está dirigido a la satisfacción del interés general del Ordenamiento jurídico, pero condicionado en su nacimiento a la existencia de un caso concreto que resolver.

III.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL ORGANO JURISDICCIONAL EN VIRTUD DEL DERECHO DE LAS PARTES DEL PROCESO A QUO A UN FALLO CONSTITUCIONAL.

Si según el art.9.1 CE, los ciudadanos están sujetos a la Constitución, ¿podríamos predicar -amparándonos en este precepto- que existente esta sujeción, esta obligación de los ciudadanos de actuar conforme a aquélla, este deber implica la existencia de un correlativo derecho, a saber, el de que sus relaciones jurídicas se resuelvan conforme a la misma, ya que sólo así podrán los ciudadanos dar cumplimiento a lo dispuesto en ésta?

Tomando como base indiscutible el valor normativo de la Constitución, se impone precisar cuál es el instrumento adoptado en nuestro Ordenamiento para la efectiva eficacia, si es que existe, del derecho de la parte a un fallo constitucional.

Pues bien, de existir éste derecho, dado que los arts. 163 CE, 35 y ss. de la LOTC y 5 de la LOPJ, atribuyen el monopolio de acceso al Tribunal Constitucional para elevar cuestiones de inconstitucionalidad, al órgano judicial, viniendo a ser éste, como metafóricamente expresara Calamandrei (181) "el portero de la

Corte Costituzionale", hay que preguntarse -como hace Giocoli Nacci (182)- si será posible encuadrar este fenómeno en algunos de los institutos ya conocidos por la Ciencia procesal, en los que no hay identidad entre el sujeto que actúa en juicio y el titular del derecho pretendido.

Dado que el órgano jurisdiccional es el único sujeto legitimado para instaurar el proceso constitucional en vía incidental, cabría pensar en una primera aproximación que, quizás, éste podría estar actuando ante el Tribunal Constitucional como representante ó como sustituto de la parte, ó hasta como representante técnico ó profesional de la misma. Pasemos al estudio de cada una de estas posibilidades.

(181) CALAMANDREI, Carta dedicatoria a Enrico Redenti, en La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.23.
(182) GIOCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale, Napoli 1963, pp.76 a 119.

1).- ACTUACION DEL ORGANO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL A TITULO DE REPRESENTANTE DE LA PARTE.

Siendo evidente que todo sujeto de derechos es capaz de comparecer en juicio, a no ser que, como dice el art. 2,1 LEC, al que remite el art.80 de la LOTC (183), no esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, ó bien no sea una persona física, equiparar la actividad que desarrolla el órgano jurisdiccional con la actuación de un representante es imposible.

Si como sabemos, en ningún caso las partes del proceso "a quo" podrán promover ante el Tribunal Constitucional cuestiones respecto de la inconstitucionalidad de una norma, esta equiparación que tratamos de establecer entre la actuación del órgano judicial y la del representante, sería en todo caso con la del representante necesario puesto que la parte tiene cerrado el acceso al Tribunal Constitucional.

(183) Art.80: "Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de comparecencia en juicio, recusación, y abstención, publicidad y forma de los actos, comunicaciones y actos de auxilio jurisdiccional, día y horas hábiles, cómputo de plazos, deliberación y votación, caducidad, renuncia y desistimiento, lengua oficial y policía de estrados".

Dado que el presupuesto de la representación legal necesaria es la incapacidad, siendo la representación -como expresa Gómez Orbaneja (184)- un instrumento que suple la falta de capacidad jurídico-procesal, (transposición procesal de la capacidad para ser sujetos de derechos y de deberes), puesto que es en virtud de ésta carencia de capacidad por lo que otro sujeto, el representante, tiene la facultad de actuar en nombre del sujeto incapacitado, no es posible asimilar la actuación del órgano judicial con la del representante, ya que no es posible sostener que las partes del proceso "a quo" están incapacitadas para acudir al Tribunal Constitucional en defensa de sus derechos, y es en virtud de ésta incapacidad, por la que sólo el órgano judicial es el que puede promover cuestiones de inconstitucionalidad. Pero aún hay más razones:

Siguiendo al mismo autor (184), si la representación, en los casos en que es exigida por la ley (representación preceptiva o necesaria), es un mecanismo que utilizado para suplir la falta de capacidad jurídica no

(184) GÓMEZ ORBANEJA Derecho Procesal Civil, op. cit., pp.143 y 144. Vid para un estudio en profundidad de la representación, GÓMEZ ORBANEJA, Legitimación y representación, en Estudios de Derecho histórico y moderno, (Colegio Notarial de Barcelona) Barcelona 1947.

puede sino por menos de favorecer siempre al representado, siendo precisamente el fin del instituto beneficiar al incapaz, (motivo por el que en su propio interés se le impone la prohibición de poder ejercitar sus derechos), claramente se puede apreciar que si la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad no tiene por fin favorecer a las partes del proceso, no podemos hablar de representación.

Desde esta perspectiva, si el órgano judicial fuese un representante, no podría elevar la cuestión de inconstitucionalidad, cuando la declaración de inconstitucionalidad de una específica norma no sólo no favoreciese a las partes, sino hasta pudiese perjudicar a alguna de ellas, supuesto que podrá muy bien suceder, cuando se eleve cuestión sobre la norma en que una de las partes haya fundamentado la tutela jurídica que solicita del órgano judicial.

De otra parte, dado que el representante necesario debe actuar en nombre y en interés de la parte a quién representa, en el caso de que ninguna de las partes haya instado en el proceso principal la promoción de la cuestión, ¿a quién representaría el órgano judicial?

Cuando el órgano jurisdiccional, aún en contra de la voluntad de las partes -que por múltiples circunstancias pueden no estar interesadas en la promoción de la cuestión- eleva al Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, no actúa guiado por el interés de la parte, sino por fines superiores y objetivos de justicia. Claro ejemplo de ello nos lo ofrece el supuesto en que el órgano judicial cuestiona la norma en que una de las partes ha fundamentado sus pretensiones.

Pero es más, aún cuando la parte, ó las partes, ins-
ten la cuestión, la motivación de éstas y la del órgano
judicial es totalmente diferente:

- Las primeras -como con posterioridad veremos-
intentan tachar la norma de inconstitucional al objeto de
verse libres de su mandato coactivo, y aquél, para fallar
el litigio con sujeción a la Constitución (185).

Si los principios del proceso civil, aún con la exis

(185) CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, Milano 1957, p.82 donde se puede deducir que, para los jueces, el interés en elevar la cuestión de inconstitucionalidad, estaría en sustraerse al estado de sujeción que respecto de los mismos, opera la norma inconstitucional. Vid sobre el diferente interés de las partes y el órgano judicial, con respecto a la declaración de inconstitucionalidad de las normas, VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., pp.122 a 127.

tencia de la prejudicial constitucional, siguen siendo los mismos, y de esto no cabe la menor duda, el interés de la parte es por definición un interés parcial, particular, constreñido a la defensa de sus intereses, y no, por supuesto, a la defensa de la observancia de la Norma Suprema.

Las partes del proceso "a quo" no pueden ser consideradas como incapaces procesalmente para actuar sus derechos ante el Tribunal Constitucional, y desde luego, el órgano jurisdiccional no actúa en interés de las mismas sino sujeto a la obligación de fallar el litigio con arreglo a la Constitución.

En coherencia con las razones aducidas, debemos también negar la posibilidad de que el órgano judicial actúe en calidad de representante técnico de la parte, ya que -volvemos a repetir- el Juez que promueve la cuestión de inconstitucionalidad no lo hace en interés y en nombre de la parte.

2).- ACTUACION DEL ORGANO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL A TITULO DE SUSTITUTO DE LA PARTE.

Con respecto a la posibilidad de que el órgano judicial al solicitar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, estuviese actuando en interés propio por un derecho ajeno, análogas consideraciones a las realizadas impiden asimilar la conducta del órgano judicial con la actividad que desarrolla un sustituto procesal.

Varios obstáculos existen para asimilar la actuación del órgano judicial a la de un sustituto.

En primer lugar, la sustitución, a no ser por razones puntuales, no elimina el derecho de acción del sustituido (186). En nuestro Ordenamiento jurídico son raros los casos en que se priva al titular del derecho material, del poder de disponer del mismo (187), supuesto -dentro de la sustitución- con el que en todo caso cabría equiparar la actuación del órgano judicial, ya que

(186) Así, la acción pauliana (art. 1111 C.c.), la del acreedor prendario para reclamar o defender contra tercero la cosa pignorada (art. 1869 C.c.), la del usufructuario para reclamar los créditos vencidos que forman parte del usufructo (art. 507), no privan de acción al titular del derecho material.

(187) Únicamente se le priva del poder de disposición al sustituido por fines concretos. Por ejemplo, para evitar acciones fraudulentas como sería la que podría llevar a cabo el quebrado o el concursado (art. 1218 LEC), o aquellos casos en que existe indeterminación del titular del derecho material como los de abintestato y testamentaria (art. 1008 LEC).

conforme al art. 35 LOTC, sólo éste es el que puede elevar la cuestión al Tribunal Constitucional.

Así las cosas, y puesto que a las partes del proceso "a quo" se les priva de poder acceder al Tribunal Constitucional, pensar que estamos ante un supuesto de sustitución procesal supondría, desde luego, la atribución de un exorbitante poder de disposición al órgano judicial, sobre derechos materiales ajenos, ya que el único legitimado para hacerlos valer ante el Tribunal Constitucional sería él, aún cuando es el justiciable sobre el que va a recaer el mandato de la norma inconstitucional.

La única razón que podría existir para privar a las partes de la capacidad de disponer de su derecho, sería la consideración de que conllevaría mayores inconvenientes, hasta el punto, incluso, de poder defraudar a la propia Constitución, la atribución del mismo a las partes del proceso.

Y ello, por varias razones. De una parte, por las facilidades que tendría de convertirse en un expediente dilatorio, utilizable por la parte que tuviere interés en retrasar el curso del proceso. De otra, por el colapso de trabajo que para el Tribunal Constitucional podría

provocar la abundancia de cuestiones de inconstitucionalidad infundadas, lo que redundaría en perjuicio del control constitucional.

De todas maneras, aunque pudiera sostenerse (183) que la restricción respecto de los sujetos capaces de instaurar el proceso constitucional, podría tener como fundamento hacer eficaz el control constitucional en vía incidental, la falta de interés del órgano judicial en obtener una resolución de contenido determinado, diferencia absolutamente la actuación de éste de la del sustituto procesal:

Si la sustitución es un instituto que va dirigido a favorecer el derecho de otros sujetos distintos del propio titular del derecho material, habida cuenta que al Juez le es indiferente el contenido de la decisión del Tribunal respecto de la presunta inconstitucionalidad de la norma sobre la que ha elevado la cuestión, ya que no ha promovido la misma en orden a sus fines particulares, que no los tiene, puesto que en su actividad enjuiciadora se sitúa en una posición "supra partes" y juzga una actividad ajena, sino que lo único que pretende al elevarla es estar cierto de la constitucionalidad de la

(183) Vid. infra, pp. 195 a 200.

norma que está llamado a aplicar, esta circunstancia distingue absolutamente la actuación del órgano judicial de la del sustituto procesal, ya que éste tiene siempre un interés determinado.

De otra parte, la sustitución necesita de una relación jurídica de derecho material entre las partes y el órgano jurisdiccional, que no es posible imaginar cuál sería en esta ocasión.

Una vez aquí, puesto que el órgano jurisdiccional no actúa en interés de la parte (por tanto no es un representante, ni legal, ni técnico) ni en nombre propio por un derecho ajeno (lo que indica que no es un sustituto procesal), agotaremos las posibilidades que nos quedan respecto de la naturaleza de la iniciativa del órgano jurisdiccional al elevar la cuestión de inconstitucionalidad.

Si el órgano judicial no actúa en interés de la parte, ni en interés propio, ¿en interés de quién actúa? ó formulándolo de otra manera, ¿quién tiene interés en que el órgano judicial eleve la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional?

3).- ACTUACION DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL EN INTERES DE LA COLECTIVIDAD.

Como en su momento oportuno desarrollaremos (189), las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma tienen efectos "erga omnes" (art. 164 CE). Así pues, si la norma cuestionada, una vez que sea declarada inconstitucional, va a salir del Ordenamiento jurídico considerándose nula (art. 39 LOTC), es obvio que los posibles sujetos afectados por la resolución del Tribunal, son todos los destinatarios de la norma anulada, y entre ellos, naturalmente, hay que incluir a las partes del proceso "a quo" que, únicamente se diferencian -a nuestro parecer- del resto de los sujetos que se verán afectados por la desaparición de la misma, en que ellos van a ser los primeros sujetos en cuyas relaciones no va a incidir la norma que ha sido declarada inconstitucional.

De lo dicho, creemos que puede desprenderse la hipótesis de considerar, que puesto que en definitiva el órgano judicial actúa en interés de la colectividad, ésta facultad suya podría ser parangonable con la del Ministerio Fiscal. Veamos las posibles similitudes.

(189) Vid. infra pp. 740 y ss.

En el orden penal, la tutela de los ciudadanos respecto de las conductas ilícitas tipificadas por el Código penal, no sólo se lleva a cabo a través del derecho penal y la jurisdicción, sino que -como expone De la Oliva (190)- existe un tercer instrumento que es el Ministerio Fiscal, en el cuál se personifica el interés público a la legalidad. En consecuencia, está encargado de las siguientes actuaciones:

Según el art. 1 Est.M.Fis., el Ministerio Fiscal tiene por misión "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la ley, de oficio ó a petición de los interesados", en atención a lo cuál, podrá pedir tanto la condena del procesado, como la absolución del mismo (arts. 2 y concordantes de la Lecrim).

Al ser su función entre otras, "velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas, con cuantas actuaciones exija su defensa" (art. 2,3 Est.M.Fis.), es

(190) DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, Barcelona 1980, p.111.

obvio que tanto o más está defendiendo la legalidad el Ministerio Fiscal, cuando pide el sobreseimiento de la causa, como cuando solicita la apertura del juicio oral, siendo por ello, precisamente, por lo que el art. 2.4 Est.M.Fis. prescribe que corresponde a éste "ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros cuando proceda".

Ahora bien, como aprecia Giocoli Nacci (191), aunque tanto el órgano jurisdiccional como el Ministerio Fiscal actúan en interés de la observancia de la norma, cuando éste promueve la acción de la justicia en defensa de la legalidad -como dice el art. 124 de la CE- lo hace no tanto como un fin genérico en sí mismo, sino, sobre todo, como medio para obtener en los singulares casos un fin determinado: la atribución de la comisión de un determinado delito y su correspondiente pena, ó, por el contrario, la absolución de un sujeto específico. En cambio, el Juez, al elevar la cuestión de inconstitucionalidad no tiene ese interés variado y diverso según los

(191) GIACCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale, op. cit., pp. 83 a 85.

casos. Siempre persigue el mismo fin, siempre tendrá la misma actuación: pedir un pronunciamiento al Tribunal Constitucional, que disipe sus dudas respecto de la presunta inconstitucionalidad de una norma.

Es esta razón la que priva de sentido, que el órgano judicial que ha elevado la cuestión de inconstitucionalidad, lleve a cabo actividad alguna ante el Tribunal Constitucional, ya que tiene un absoluto desinterés en el contenido del pronunciamiento del Tribunal al respecto de la constitucionalidad de la norma. Lo único que solicita del mismo, es la aclaración de "su duda" para poder fallar conforme a la Constitución el asunto del que está conociendo.

Así las cosas, las dos grandes notas diferenciadoras de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, y la del órgano judicial en el proceso constitucional en vía incidental, serían dos. Primera, la indiferencia del órgano judicial ante el contenido de la decisión (estimatoria o desestimatoria) del proceso constitucional, frente al interés, en cambio, del Ministerio Fiscal por obtener un pronunciamiento determinado. Segunda, la imposibilidad del órgano judicial de actuar en el proceso constitucional, frente a la obligación del

Ministerio Fiscal de actuar en el proceso penal.

¿Qué es lo que está en el fondo de la facultad que estudiamos?. Sencillamente la inexistencia del derecho de acción procesal. Por ello, la similitud de ésta facultad con cualquier otra, atribuida a los sujetos que son parte de cualquier proceso, y que en consecuencia ejercitan la acción procesal, es imposible.

En este sentido, el camino de investigación escogido estaba abocado al fracaso. Ahora bien, gracias a ello, conseguiremos demostrar la naturaleza del instituto que venimos estudiando.

Hasta aquí, y por comparación con diversos sujetos procesales, hemos ido perfilando poco a poco lo que no es ésta facultad de iniciativa del órgano judicial, queda pues ya el camino expedito, para estudiar su naturaleza.

IV.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO DERECHO-DEBER DEL ORGANO JURISDICCIONAL.

El órgano judicial, al ejercitar su función jurisdiccional, función pública, se encuentra sujeto a una serie de obligaciones (prohibición de non liquet, etc...) a las que hay que añadir a la luz de la Constitución y desde la entrada en funciones del Tribunal Constitucional, el deber de promover cuestiones de inconstitucionalidad respecto de normas que incidiendo en el fallo a emitir, susciten duda en lo concerniente a su conformidad con la Constitución.

"La situación del juez que propone la cuestión, es -como ha expresado Villari (192)- una situación de deber interna a su potestad, por la que la ordenanza (promoviendo la cuestión) -en nuestro Ordenamiento el auto- es acto de ejercicio de una función, en los límites y para los fines de esta".

Se trata de una obligación, que es a su vez un presupuesto para poder cumplir la de administrar justicia, mas, no cualquier justicia, sino como ha sido dicho, aquélla que realiza los valores inherentes al Esta

(192) VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., p.127.

do de Derecho. Es por consiguiente, una obligación conexas al ejercicio de la función jurisdiccional, tal como ésta debe ser entendida según la Constitución.

La facultad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional es, para el Juez que la promueve, un derecho-deber que opera respecto del proceso constitucional como un presupuesto absoluto de procedibilidad, lo que supone, en consecuencia, que el órgano judicial tiene atribuida la potestad de iniciar ese proceso.

Definida así la iniciativa del órgano judicial, pasemos a analizar cada una de las cualidades atribuidas.

1).- EL DERECHO DEBER DEL ORGANISMO JURISDICCIONAL DE ELEVAR LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

En lo que concierne a la primera cualidad asignada, esto es, la de que la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad sea un derecho-deber, creemos -con Giocoli Nacci (193)- que la facultad del órgano judicial dentro de los poderes jurídicos, es encuadrable en de la categoría de derechos-deberes que no pueden ser reconducidos al esquema tradicional del derecho subjetivo, ya que en ellos están presentes dos notas que los diferencian de éstos: potestad y objetividad ó ajeneidad.

Que pensemos que el poder cuestionar una norma ante el Tribunal Constitucional, no tiene como base la titularidad de un derecho, sino que se trata de un poder conectado a una función, la jurisdiccional, que el Ordenamiento le reconoce al órgano judicial por los intereses de los que es portador, en virtud de la exigencia de fallar las causas con arreglo a la Constitución, es una consideración que se impone, dada la carencia de utilidad personal que tiene para el órgano judicial, la elevación de la cuestión de inconstitucio

(193) GICCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale en via incidentale, op. cit., p.96.

nalidad al Tribunal aludido.

El órgano judicial no tiene interés "ad agire" (194), le es indiferente el contenido de la decisión del Tribunal. Actúa en virtud de la exigencia de un deber constitucional que le es impuesto por los arts. 9.1 y 163 de la Constitución, ratificado a su vez tanto en la LOTC como en la LOPJ.

Como se deduce de los citados preceptos, el órgano judicial tiene obligación de remitir la cuestión cuando se den los presupuestos que en los mismos se fijan. No se deja pues su planteamiento a la discrección (195) del Juez, sino que se ordena su promoción cuando se den las condiciones previstas en la normativa al respecto.

Esta imperatividad es una circunstancia que, si aún nos quedaba alguna duda respecto a la posibilidad de así

(194) Vid. sobre el concepto de interés ad agire, CALAMANDREI, Derecho Procesal Civil, Vol.I (Instituciones de Derecho Procesal Civil) Buenos Aires 1962, Trad. Sentis Melendo, pp. 268 a 274. Vid también, MUÑOZ ROJAS, El interés en el proceso civil, Zaragoza 1959.

(195) Por lo demás aún cuando se quiera ver este acto del órgano judicial como un acto discrecional, dado que como bien ha puesto de manifiesto la doctrina administrativista, el acto discrecional es revisable, ya que siempre existen en el mismo elementos reglados, en nada, creemos, alteraría la naturaleza de dicho acto, la atribución de dicho carácter. Vid. sobre el acto discrecional, GARCIA DE ENTERRIA, La lucha contra las inmunidades del poder, op. cit., pp.24 a 49.

milar esta iniciativa con el derecho de acción, viene a disiparla por completo. El derecho de acción -salvo para el Ministerio Fiscal, que tanto tiene el derecho como el deber- para los demás sujetos es un derecho. Mas, tratado ya la imposibilidad de asimilar la conducta del Juez con la de aquél, no se podría considerar al órgano jurisdiccional como parte formal en el proceso constitucional, puesto que no se le permite en dicho proceso ninguna actuación, salvo ésta de promoción, y con ella no persigue la obtención de una resolución en un determinado sentido, como si persigue, en cambio, el Ministerio Fiscal.

La facultad que tiene el órgano jurisdiccional es una potestad en sentido carnелuttiano, es decir, un poder de mandar en interés ajeno, en contraposición al derecho subjetivo, que sería poder de mandar en interés propio (196), porque esta facultad la tiene atribuida para el debido desenvolvimiento de la función jurisdiccional.

El órgano judicial actúa este derecho-deber, en cuan

(196) CARNELUTTI, Teoría general del Derecho, Madrid 1941, pp 193 y 194. Vid. también, SANTI ROMANO, "Poteri, potestà" en Frammenti di un Dizionario Giuridico, Milano 1953, pp. 173 y 174, para quien, tanto el derecho subjetivo como la potestad, serían manifestaciones de la capacidad jurídica.

to ejerciente de la función jurisdiccional, y no como persona física receptora y operadora en el Ordenamiento jurídico, datos todos ellos que llevan a pensar, que el término idóneo para referirnos a la iniciativa del órgano judicial, debe ser el de competencia, de gran tradición en nuestro derecho positivo, (igual término se utiliza para referirse a la facultad que tiene el juez civil de pasarle el tanto de culpa al juez penal, actuación realmente parecida a la que ahora nos ocupa), y altamente sugerente del contenido y naturaleza de la misma.

2).- DERECHO DE INICIATIVA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.

Si como se deduce de los arts 36 y 37 LOTC, el proceso ante el Tribunal Constitucional se iniciará una vez que se haya elevado a este Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad, no cabe duda que el órgano judicial tiene en sus manos el poder o la posibilidad de iniciar este proceso.

Esta ha sido la circunstancia que ha llevado a confundir la naturaleza de la iniciativa del órgano judicial:

- Como quiera que en el proceso civil la acción se hace valer en la demanda, que es a su vez el acto que inicia dicho proceso, el problema de la iniciativa del proceso se ha identificado a menudo con la problemática de la acción, mas, como dice Fenech (197), no todos los poderes de iniciativa pueden reconducirse al concepto de acción, y esto es lo que ocurre precisamente con la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial.

(197) FENECH, El proceso penal, Madrid 1984, p.286.

Adviértase que, así como en el proceso penal tuvo que abordarse la creación del concepto de acción, porque de ella hablaba la Lecrim (198), no estamos en este proceso constitucional en el mismo supuesto, ya que ni la LOTC, ni la Constitución, se refieren en alguno de sus preceptos a la "acción de inconstitucionalidad", sino a la "cuestión de inconstitucionalidad".

Así también lo viene a refrendar el Tribunal Constitucional (199), al declarar que:

"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 a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución".

Como vemos, el Tribunal Constitucional omite afirmar que la cuestión de inconstitucionalidad sea una acción. Si bien se podría aducir que la denominación que utiliza ("instrumento"), es ambigua, esta falta de claridad es absolutamente expresiva de que el Tribunal Constitucional considera que mediante este acto del órgano judicial, no se ejercita ninguna acción, ni para impugnar con carácter abstracto ni concreto la validez de una ley.

(198) DE LA OLIVA con FERNÁNDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Vol. I, Madrid 1984, p. 110.
(199) STC. 17/82 de 1 de junio BOE 16-6-1981.

3).- LA INICIATIVA DEL ORGANO JURISDICCIONAL COMO PRESUPUESTO ABSOLUTO DE PROCEDIBILIDAD DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.

En cuanto al carácter de requisito absoluto de procedibilidad que respecto del proceso constitucional cumple ésta iniciativa, ello deviene de la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional entre a conocer de cuestiones de inconstitucionalidad si éstas no le han sido remitidas por un órgano judicial.

De la misma forma que en el proceso penal no podemos imaginar la iniciación de un sumario por un particular, sino siempre por una determinada resolución judicial: auto de incoacción del sumario, el proceso constitucional en vía incidental no se puede iniciar sino en virtud del auto de elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial.

Como se puede observar, las argumentaciones que estamos dando son puras consecuencias lógicas de los intereses tutelados por el derecho constitucional. La iniciación del proceso constitucional en vía incidental depende de un requisito de procedibilidad, y no del ejercicio de la acción. Lo que ocurre es que hasta ahora el proceso más estudiado -el civil- se inicia mediante el

ejercicio de la acción, y ello ha hecho que las categorías dogmáticas se contruyan en base al mismo.

El axioma "no hay jurisdicción sin acción", no se puede reducir a la acción tal como es entendida en el proceso civil (200).

A este respecto deben recordarse las palabras de Gómez Orbaneja cuando decía -a propósito del tema de la acción penal- que aunque externamente el proceso penal se configura como el civil, (*nemo iudex sine actore*), la analogía no es sino formal (201). Por ello, aunque en el proceso constitucional, como dijo Calamandrei, es imposible ver la existencia de una acción ("quién quiera ver a toda costa en la Corte Costituzionale un órgano jurisdiccional, habrá de pensar que se encuentra aquí ante un caso de jurisdicción sin acción" (202)), no nos parece que de ello deba derivarse la negación de naturaleza jurisdiccional a la actividad que desarrolla el Tribunal Constitucional en este caso (203).

(200) Vid. la exposición que realiza respecto de la unidad ó diversidad del concepto de acción en las diferentes ramas procesales, ALCALA ZAMORA en Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires 1946, pp.791 a 794.

(201) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, Madrid 1984, p.86.

(202) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes, op. cit., p.127.

(203) Vid. infra Cap. XVII y Cap. XIX.

Por último, en lo que respecta al carácter del acto en el cual se plasma este derecho deber, visto que el órgano jurisdiccional no ejercita acción alguna, pero que en cambio, provoca que el Tribunal Constitucional entre a enjuiciar la norma, creemos que se trata de una denuncia (204), ya que como ésta en nuestro Ordenamiento no supone ejercicio de acción alguna, es el acto, de los que provocan el ejercicio de la actividad jurisdiccional, que se parece más a esta facultad de iniciativa. Por otro lado, dado su acuñamiento en el derecho italiano, nos parece que denominarla de otra forma produciría una mayor confusión.

En lo que se refiere al tipo de denuncia, partiendo de la distinción que realiza Alcalá Zamora (205) entre, denuncia obligatoria, denuncia facultativa y denuncia deber, esta facultad, al ser dimanante del ejercicio de la función jurisdiccional, es indudablemente una denuncia-deber.

(204) La polémica surgida en Italia respecto de si se trata de una acción ó de una denuncia, debemos aclarar que, sobre todo, se produjo por la intervención que el Ordenamiento italiano, atribuye a las partes del proceso principal en el constitucional. La discusión académica -como la ha calificado PIERANDREI, Corte Costituzionale, op. cit., p.948 nota 258- tiene una gran mayoría a favor del carácter de denuncia. Vid. en este sentido CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes, op. cit., pp.52 y ss.; ANDRIOLI, L'intervento nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale, en Giur. Costit. 1957, p.283, y VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., p.120.

(205) ALCALA ZAMORA, Estudios de Derecho Procesal, Madrid 1934, pp.92 y 93.

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

Dado que la actividad desarrollada desde la iniciación del sumario hasta la fase intermedia por el Juez penal sin que haya mediado querrela de parte de acusadores populares ó particulares, nos parece que guarda cierta analogía con la actividad del Tribunal Constitucional, creemos conveniente detenernos en aquélla, ya que nos servirá de valiosa ayuda para entender la relación que guarda la iniciativa del órgano judicial al promover la cuestión de inconstitucionalidad, con la actividad desarrollada por el Tribunal Constitucional.

Expone Gómez Orbaneja (206), que para comenzar la instrucción de delitos perseguibles de oficio, no se requiere el ejercicio de la acción penal, ya que la mera "noticia criminis" crea el derecho-deber del Juez Instructor de proceder a la averiguación del hecho y a dictar medidas aseguratorias respecto de las persona del inculpado".

De la misma opinión es Muñoz Rojas (207), cuando ex

(206) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.149.

(207) MUÑOZ ROJAS, Notas sobre la jurisdicción y la acción en el ámbito del proceso penal, RDP 1977, p.188.

presa que aunque el ejercicio de la función jurisdiccional está condicionado por el ejercicio de la acusación, existe una excepción a la regla general, que sería la incoación del sumario de oficio.

No es que el órgano instructor penal esté ejercitando la acción, ya que del axioma no hay proceso sin acción podría inducirse que el auto incoando el sumario supone el ejercicio de ésta, sino que el proceso penal puede iniciarse sin el ejercicio de la misma, lo que es absolutamente diferente.

Por esta razón se dice que en el proceso penal rige el principio de oficialidad de la acción, definido por De la Oliva (208), como "aquél criterio derivado del interés público predominante, o el derecho del Estado, por lo cuál el proceso, los actos de que se compone y su objeto, no están subordinados al poder de disposición de sujetos jurídicos particulares, sino que dependen de que aquél interés o derecho, se pongan de manifiesto al Juez, o se hagan valer por otros órganos públicos ante situaciones subsumibles taxativamente determinados por la ley".

(208) DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Vol.I op. cit., p.76.

Igual que el Juez penal, llegado a su conocimiento la "noticia criminis", tiene el derecho deber de iniciar el sumario, el Tribunal Constitucional, cuando recibe la noticia de la presunta inconstitucionalidad de una norma, tiene el derecho-deber de iniciar el proceso para la declaración de inconstitucionalidad de la norma dudosamente constitucional, sin que sea necesario el ejercicio de acción alguna.

Por ello nos dice Fenech (209), que "la iniciación del proceso de instrucción, está sujeta a un presupuesto absoluto de procedibilidad, sin cuya concurrencia no puede procederse a la iniciación del sumario en ningún caso" y que está constituido, "por las circunstancias que ha de reunir un hecho de la vida real, para que pueda ser considerado prima facie como constitutivo de un delito" (210). Como puede apreciarse, nada dice respecto de que tenga que ejercitarse la acción procesal.

Tenemos pues, que cuando el Juez penal recibe la "noticia criminis", y cuando el Tribunal Constitucional recibe la noticia de la dudosa constitucionalidad de una

(209) FENECH, El proceso penal, Madrid 1984, p. 296.

(210) Debemos advertir que si el Juez instructor duda de la existencia de esas circunstancias puede iniciar las diligencias previas que prescribe el art. 780. Lecrim, y en su caso, iniciar posteriormente la instrucción del sumario.

norma, en ambas ocasiones se comienza a realizar una actividad, sin que hayan mediado ejercicio de acción procesal.

Soslayando la polémica respecto de si la actividad sumarial es jurisdiccional ó administrativa (211), si se considerase que lo es jurisdiccional, en el caso que hemos descrito cuál es el de un sumario iniciado de oficio, nos encontramos con una actividad desarrollada por un órgano jurisdiccional, que se inicia sin que haya habido ejercicio del derecho de acción. De aquí, que podamos parangonar esta actividad con la del Tribunal Constitucional, ya que nos encontramos con las siguientes analogías:

- La actividad del Tribunal Constitucional al conocer de la cuestión de inconstitucionalidad, y la de los órganos penales en determinados casos, no suponen el previo ejercicio del derecho de acción.

- Dependen las dos de presupuestos absolutos de procedibilidad. A saber, la actividad del Tribunal Constitu

(211) Partidario de la naturaleza mixta del sumario es, PASTOR LOPEZ, El sumario, su función y naturaleza jurídica, R.D.P. 1960. A favor de la naturaleza procesal la mayoría de la doctrina procesalista española, vid por todos FENECH, El proceso penal, op. cit., p.220; así como HERCE QUEMADA con GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.142.

cional, del auto del órgano jurisdiccional promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad; la del órgano penal, de hechos que puedan ser constitutivos de delito ó falta.

- Al igual que el Juez penal debe comenzar la instrucción cuando se den determinadas circunstancias, el Tribunal Constitucional debe conocer de la inconstitucionalidad de la norma, en determinados supuestos.

Ambos actividades responden a un interés público, objetivo, desinteresado e imparcial, teniendo como fundamento la existencia de un poder jurídico, inherente a la función jurisdiccional, que se concreta en un derecho-deber para el desenvolvimiento de una actividad de naturaleza predominantemente publicista que, en el caso del proceso penal, deriva del interés público a la represión de los actos punibles, como instrumento para asegurar la convivencia social, y en el caso del proceso constitucional, del interés del Estado a la sujeción de los órganos judiciales a la Constitución como medio de defender la jerarquía normativa de la misma dentro del proceso jurisdiccional (212).

(212) Vid. PIERANDREI, Corte Costituzionale, op. cit., p.948, donde afirma que la cuestión de inconstitucionalidad responde al fin general de satisfacer el interés público respecto de la validez de los actos legislativos.

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.....	189
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

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

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.

Aunque el art. 163 de la Constitución, únicamente contemplaba la posibilidad de que fuera el órgano jurisdiccional quien planteara la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, el art. 35 LOTC al desarrollar el precepto en cuestión, ha introducido que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser alegada al órgano jurisdiccional, por las partes de dicho proceso.

A partir pues del art. 35, el Juez puede plantear la cuestión al Tribunal Constitucional, ó bien porque le haya surgido a él la duda sobre la constitucionalidad de la norma, ó bien porque se la hayan puesto de manifiesto las partes del proceso. Es, como decimos, el art. 35 de la LOTC, -este punto debe quedar fijado- el que confiere esta facultad a las partes del proceso "a quo" de poder instar en el mismo la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

Debe quedar claro que, aunque las partes tienen dicha facultad, ésta únicamente puede ejercitarse dentro

del proceso "a quo". Es decir, las partes no tienen legitimación para instar la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Ya sean las partes del proceso las que hayan suscitado la inconstitucionalidad de la norma, ó bien haya sido el órgano jurisdiccional, en todo caso, dicha cuestión habrá de pasar por el filtro judicial, siendo éste el que únicamente puede, debe, en caso de que dude, plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

Por consiguiente, la fase de promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso "a quo", es idéntica a la existente en la legislación italiana (arts. 1 de la Ley constitucional de 9-2-1948, y 23 de la Ley nº 87 de 11-3-1953 (213), salvando la excepción, a nuestro

(213) Art.1 de la Ley de 9-2-1948: "La cuestión de ilegitimidad constitucional de una Ley o de un acto con fuerza de ley de la República, planteada de oficio o instada por una de las partes en el curso de un juicio, que no haya sido estimada por el Juez manifiestamente infundada, será elevada a la Corte Costituzionale, para su decisión".

Art.23 de la Ley nº 87 de 11-3-1953: En el curso de un juicio ante una Autoridad jurisdiccional, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán plantear la cuestión de ilegitimidad constitucional mediante la correspondiente instancia en la que se determinará

La Autoridad jurisdiccional, en los supuestos en que el juicio no pueda ser resuelto independientemente de la decisión sobre la cuestión de ilegitimidad constitucional planteada o cuando no considere que ésta fuere manifiestamente infundada, dictará un auto, en el que con expresa mención de los plazos y de los motivos expresados en la instancia, dispondrá de la inme

entender, de la posibilidad que tiene el Ministerio Público aún sin ser parte del proceso "a quo", de insinuar también cuestiones de inconstitucionalidad (art. 23). En nuestro Ordenamiento en cambio únicamente la podrá suscitar si está actuando como parte en el proceso.

La diferencia, y aprovechamos para explicar por qué la facultad de las partes ha sido un tema tan tratado por la doctrina italiana, es que las partes del proceso "a quo" tienen -en el ordenamiento italiano- permitida su intervención en el proceso constitucional, dato que unido al vocablo "excepción de inconstitucionalidad" que utiliza el art. 24 de la Ley nº87 de 11-3-1953 (214), para denominar ésta facultad de las partes dentro del proceso principal, ha inducido a algunos autores (215) a pensar que las partes tenían un verdadero derecho de ac

diata elevación de las actuaciones al Tribunal Constitucional con suspensión del juicio en curso. La cuestión de ilegitimidad constitucional podrá ser planteada de oficio por la Autoridad jurisdiccional ante la cual pende el juicio, mediante un auto que contendrá las indicaciones previstas en"

(214) Art.24 de la Ley nº87 de 11-3-1953: "El auto que rechaza la excepción de inconstitucionalidad por manifiestamente irrelevante o infundada, estará adecuadamente motivado. La excepción podrá ser planteada nuevamente al comienzo de cada etapa ulterior del proceso". Vid. la traducción que de estas leyes ofrece GONZALEZ RIVAS, La Justicia Constitucional, Derecho Comparado y Español, Madrid 1985, pp.300 a 311.

(215) La confusión que parece haber en España, en torno al tema de la legitimación activa de las partes, respecto a la posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad en Italia, creemos que viene dado, por la peculiar redacción del art. 1 de la ley de 9-2-1948, que parece atribuir la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, a las partes o al Ministerio Público, aunque eso sí, supeditada al juicio positivo del órgano jurisdiccional, con lo que obviamente, el resultado práctico es el mismo, que en nuestro país: es el órgano jurisdiccional el que va a decidir acerca del planteamiento de dicha cuestión ante el Tribunal Constitucional

ción ante la Corte Constitucional.

No obstante, volvemos a insistir, las partes, al igual que en el caso español, no tienen acción ante el Tribunal Constitucional. Tienen sólo intervención. Conforme al art. 25 de la Ley de 11-3-53, para lo único que se les facultad es para presentar alegaciones en el proceso constitucional. Mas, no tienen ningún poder de dirección del mismo.

Dejando ya esta cuestión, es necesario ver primero, qué fin tiene esta "insinuación" -como la llama Pérez Gordo (216)- para los sujetos que tienen la facultad de suscitara en el proceso principal, así como también la que cumple respecto del control constitucional.

Cuando estudiábamos en páginas anteriores, la naturaleza jurídica de la facultad de iniciativa del órgano jurisdiccional, formulamos entre las hipótesis expli

De aquí, que PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p. 173, haya dicho que las diferencias en la regulación de la facultad de las partes de instar cuestiones de inconstitucionalidad en ambos países son puramente semánticas, ya que conforme al art. 1 de la Ley 9-2-1948, y 23 de la ley 11-3-1953, únicamente podrá plantearla ante la Corte Constitucional el órgano judicial y nunca las partes...

(216) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p. 126.

cativas de la causa por la que el órgano jurisdiccional podría tener atribuida la facultad de promover la cuestión, la de que el órgano jurisdiccional elevara la cuestión en función de un derecho de las partes, que denominábamos "derecho a la sujeción del fallo por la norma constitucional", es decir, el derecho de las partes a que el fallo que recayese en el pleito en que lo eran, fuese conforme a la Constitución. La base de éste presunto derecho, la localizábamos en el art. 9,1 CE, que prescribe la sujeción a la Constitución, tanto de los ciudadanos como de los poderes públicos.

La formulación de este hipotético derecho, y consiguientemente, la investigación respecto de su existencia, nos lanza de lleno sobre el art. 9,1 CE, a fin de comprobar cuáles son las consecuencias jurídicas que cabe predicar de dicho precepto, conjugándolo, claro está, con el resto de la normativa contenida en nuestra Constitución.

II.- ANALISIS DEL PRESUNTO DERECHO DE LAS PARTES A PROMOVER ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- LA LEGITIMACION EN EL RECURSO DE AMPARO Y EN LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Expone Aragón Reyes (217) --mostrándose partidario de haberles concedido a las partes, incluido el Ministerio Fiscal, legitimación para promover ante el Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad de las normas, ya fuera por vía indirecta o de excepción-- que, "por qué si la Constitución, ampara por igual a todos, sólo se concede expresamente a todos el derecho de buscar el amparo de la Constitución si la amenaza proviene de un acto de la autoridad, pero no si procede de una ley, cuando tan grave amenaza pueda ser una que la otra".

Cierto es que el ataque que le infringe a la Constitución la existencia de una norma contraria a ella es grave, mas, hay una gran diferencia entre los actos que compara el citado profesor.

Cuando una norma no ha sido aún aplicada, no sabien

(217) ARAGON REYES, El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978, R.E.P. nº7 1979, p.191.

do el ciudadano, la parte, si lo va a ser o no, ¿qué resultado produce dicha norma en el ámbito de las relaciones jurídicas de éste?. Si todavía no se ha producido el acto mediante el cual ha dejado de ser una declaración de voluntad abstracta, para pasar a proyectarse sobre una relación jurídica, y por consiguiente, a concretarse, hay que convenir en que todavía pues, no hay ninguna vulneración de derechos.

Esta -creemos- es la clave de la diferencia de por qué el recurso de amparo es un recurso que puede ejercitar todo ciudadano en los supuestos previstos por la ley, y en cambio la cuestión de inconstitucionalidad no puede ser sino planteada al Tribunal Constitucional, por el órgano judicial del proceso en cuyo fallo va a incidir la norma, respecto de la que se promueve la cuestión.

El recurso de amparo constitucional previsto en la Constitución, (art. 161,b) CE y 41 y ss. LOTC), protege a todos los ciudadanos -como declara el art. 41,2 de éste último texto legal- "frente a las violaciones de los derechos y libertades, a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de

carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios y agentes."

Del precepto transcrito se deduce, que para poder recurrir en amparo es necesario un acto de aplicación que, vulnere, infrinja, determinados derechos y libertades (art. 53,2 CE.), es decir, se requiere una infracción a un derecho fundamental que cause un resultado concreto (218).

En el recurso de amparo estamos ante un acto individualizador, en la cuestión de inconstitucionalidad, aún no lo ha habido. Los fines del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad son diferentes. El mecanismo de la cuestión es, por excelencia, una institución para la defensa de la Constitución, como norma jurídica reguladora del sistema de fuentes en el proceso, mientras que el amparo lo es para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El amparo es un instrumento por antonomasia reparador, la cuestión es, respecto de la conculcación de la Constitución por el poder judicial, un instrumento preventivo. Su utilización impedirá que en el proceso se apliquen normas inconstitucionales.

(218) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., pp. 191 a 213.

Efectivamente, si las leyes son aplicadas coactivamente sólo por los poderes públicos, ejecutivo y judicial, si todo acto administrativo es revisable jurisdiccionalmente (art. 106.1 CE) (219), el instituto de la cuestión de inconstitucionalidad, evita que puedan recaer sobre el justiciable los efectos de las normas inconstitucionales. En todo caso, si la Administración aplicase una norma inconstitucional, al ser este acto revisable en vía jurisdiccional, el órgano judicial que conociese del asunto podría promover la respectiva cuestión de inconstitucionalidad.

En consecuencia, la parte no está afectada por la norma inconstitucional más que lo está cualquier ciudadano que sea titular de una relación jurídica en la que recaiga dicha norma. Sobre este argumento volveremos después.

(219) Art. 106.1: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican". Por ello del art. 40.f de la LJCA que excluía ciertos actos administrativos del recurso contencioso-administrativo, ha declarado el T.C. en S.n.39/1983 de 16 de Mayo, BOE 17-6-83, f.j.2) que como "el art. 40.f) excluía del recurso contencioso-administrativo, actos que normalmente debieran permitirlo y que contra los que no se admite ninguna otra clase de tutela judicial. En este sentido, el art. 40.f) ha de entenderse derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución, y lo mismo ha de decirse por las mismas razones de la disposición adicional tercera de la Ley 78/1968".

2).- LA LEGITIMACION EN EL RECURSO INCIDENTAL DE IMPUGNACION DE REGLAMENTOS Y EN LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Disconforme también con la imposibilidad de acceso de la parte del proceso "a quo" al Tribunal Constitucional es González Pérez (220), quien tras comparar el sistema procesal administrativo de impugnación de reglamentos de la LJCA con la cuestión de inconstitucionalidad que, en definitiva, es también un instrumento de impugnación de normas jurídicas, opina que, en contra de lo que sucede en la impugnación indirecta de reglamentos, en la que siempre se le otorga legitimación al administrado para plantear la ilegalidad de la disposición aplicada cuando el acto le afecta individualmente, "en el proceso constitucional, aquella persona que ha de soportar una ley anticonstitucional, no tiene legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad".

Igual idea subyacente, en lo que se refiere a la semejanza entre el recurso indirecto de reglamentos y la cuestión de inconstitucionalidad, parece tener García de

(220) GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., pp. 262 y 263. y La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.II, op. cit., pp.1226 y 1227.

Enterría, llegando éste incluso a afirmar, que el recurso de inconstitucionalidad en vía incidental, tiene "una situación de fondo idéntica a la del recurso indirecto contra reglamentos" (221).

La reflexión sobre las opiniones de estos autores es importante. Si realmente existiera esa semejanza o similitud entre ambos procesos, el mismo interés tendría la parte del proceso "a quo" en promover la cuestión de inconstitucionalidad, que el administrado a impugnar un determinado reglamento, y si así fuese, esta restricción de aquéllas en lo tocante a poder promover cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, podría ser hasta inconstitucional.

No obstante, como a continuación veremos, creemos que es imposible realizar esta comparación, dados los diversos presupuestos de los que parten dichos procesos:

Cuando en el proceso contencioso-administrativo se regula el recurso indirecto contra reglamentos, es presupuesto de su interposición, (no debe olvidarse que la jurisdicción contenciosa-administrativa es siempre una ju

(221) GARCIA DE ENTERRIA, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, op. cit, p.228.

jurisdicción revisora), el acto de aplicación de dicho reglamento (art.39 de la LJCA) (222). Lo que se impugna directamente no es el reglamento, sino un acto de aplicación suyo cuya nulidad se pide en base a la ilegalidad de aquél (223).

Mientras que el recurso indirecto de impugnación de reglamentos, está arbitrado para reestablecer una situación jurídica lesionada por la aplicación de dicho reglamento, y por ello, como señala la STS de 23 de Junio de 1977, no está sujeto a ninguna regla especial de legitimación (224), la cuestión de inconstitucionalidad intenta impedir que tal lesión se pueda producir, por consiguiente no necesita de acto de aplicación de la norma jurídica, que, precisamente, intenta evitar que se aplique.

(222) Art. 39,2: "También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundadas en que tales disposiciones no son conformes a derecho", estableciendo por su parte el art. 28, que regula las diversas clases de legitimados según el acto administrativo que se recurra, que: 1."Estaran legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración. 2.Si se pretendiere, además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, y el restablecimiento de la misma, unicamente estará legitimado, el titular de un derecho derivado del ordenamiento, que se considere infringido por el acto o disposición impugnados".

(223) Vid. sobre el tema de la innecesariedad de impugnar la disposición general, en que se funda el acto administrativo impugnado, GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, op. cit., pp.594 a 596.

(224) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción, op. cit., p.593.

Para nosotros -igual que hemos dicho con ocasión de la comparación que hemos establecido entre el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad- la característica que diferenciar el control constitucional en vía incidental de otros institutos similares, es la de que el acto de aplicación al caso concreto -presupuesto tanto del recurso de amparo, como del recurso indirecto contra reglamentos- no se ha producido aún en el proceso "a quo".

Es cierto que -como expone González Pérez (225)- la jurisprudencia ha admitido que junto a la impugnación del acto de aplicación del reglamento, se impugne el acto normativo, sin necesidad de la legitimación especial, que para impugnar las disposiciones normativas es necesaria, mas, no podemos olvidar, que existe un acto individualizador del reglamento, que es el que el recurso ataca, y que la impugnación de aquél viene como consecuencia del primero.

Este sentido es el que recoge la sentencia de 18 de diciembre del Tribunal Constitucional (226), que transcribimos dada su importancia:

(225) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción. ..., op. cit., p.594.

(226) STC. 141/81 de 18 de diciembre, BOE 14-1-82, f.j.1.

"Es verdad que el apartado 3 del art. 41 de la LOTC, dirá que en el amparo constitucional, no pueden hacerse valer otras pretensiones, que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades, por razón de los cuáles se formuló el recurso. Sin embargo es también cierto, que el apartado 2 del art. 55, se contempla el supuesto de estimación de un recurso de amparo, por lesionar la ley aplicada derechos fundamentales o libertades públicas, y este caso permite que elevándose al Pleno del Tribunal la cuestión, pueda decidirse sobre la inconstitucionalidad de una ley. Una interpretación racional de este precepto obliga a entender, que la inconstitucionalidad de la ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas, puede ser alegada por el recurrente de amparo. De este modo puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coartan los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 al 30 de la Constitución, y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos, y siempre que sea inescindible el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley".

Como cabe observar, el Tribunal Constitucional responde al mismo planteamiento que estamos exponiendo. Sólo si la norma jurídica ha sido aplicada -al igual que ocurría con la impugnación del reglamento en vía incidental- podrá el recurrente en amparo alegar la inconstitucionalidad de la norma, en base a la cuál se le ha causado el agravio al derecho fundamental ó libertad pública.

Volviendo a nuestro tema, el papel que juega la cuestión de inconstitucionalidad respecto del proceso "a quo", es el mismo que el art.6 de la LOPJ establece respecto de los reglamentos ilegales. Así como el Juez, de oficio, debe inaplicar el reglamento, el Juez, de