

oficio, para poder inaplicar la norma inconstitucional, debe remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.

Lo que sucede es que al ser la jurisdicción contenciosa-administrativa una jurisdicción revisora, hablar de impugnación indirecta de reglamentos, supone siempre la existencia de un acto administrativo que en sujeción a dicho reglamento la Administración ha emitido. Esta circunstancia, en cambio, no se produce en la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, a salvo el supuesto de que el particular litigue frente a la Administración pública, supuesto en que al administrado ya se le ha aplicado la norma inconstitucional.

Como cabe observar, a excepción de que la Administración haya aplicado tal norma inconstitucional, el sujeto que es parte en un proceso civil, no está ante la norma inconstitucional en una situación diferente a la del ciudadano titular de una relación jurídica en la que recae dicha norma. Por ello, si se le atribuyese a aquél legitimación para promover cuestiones de inconstitucionalidad (227), también debería atribuirse legitimación a todos los ciudadanos en general.

(227) Vid. a favor del acceso de las partes al Tribunal Constitucional, SAAVEDRA GALLO, La duda de inconstitucionalidad, Córdoba 1985, p.158.

3).- CONSECUENCIA DIRECTA DEL PRETENDIDO DERECHO DE LAS PARTES DEL PROCESO "A QUO" A PROMOVER LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA ACCION POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Aunque el ciudadano debe crear sus expectativas jurídicas en torno a la Constitución, y no sobre la norma ordinaria que pudiera contradecir a ésta, si la mera integración dentro del Ordenamiento jurídico de una norma que pudiera ser inconstitucional, causa trastornos para la seguridad jurídica -y ello es cierto - como obviamente, una norma jurídica tiene alcance general, siendo sus posibles destinatarios todos los sujetos del Ordenamiento, a todos éstos tendría, en buena lógica, que corresponder el poder de impugnar dicha norma, y no sólo a las partes del proceso, y a esta argumentación cabe oponer graves objeciones:

En primer lugar estaríamos ante una acción popular, pues su ejercicio correspondería a todos los ciudadanos, y no sólo a las partes que se sintieran lesionados en sus expectativas jurídicas por la inserción de dicha norma en el Ordenamiento. Además, sería una acción directa y autónoma, y por consiguiente abstracta, en el sentido de que no sería requisito necesario para su ejercicio, la previa aplicación de la misma.

Ahora bien, nuestra Constitución ha atribuido legitimación en el caso del recurso de inconstitucionalidad, configurado como una acción directa o abstracta, sólomente a unos determinados órganos (art. 32 LOTC) y por un plazo determinado (art 33 LOTC) (228). Ello no puede sino responder al intento de hacer eficaz esta garantía.

- Si todos pudiéramos interponer recursos de inconstitucionalidad, para la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas que aún no se han aplicado, el Tribunal Constitucional dejaría ipso facto de poder funcionar por el inevitable colapso de trabajo -y mucho nos tememos en su mayor parte inútil- en que se le sumergiría.

Lo que se estaría proponiendo sería, en definitiva, la existencia de una acción popular, autónoma y abstracta, instrumento ya conocido en nuestra historia jurídica y desechado aún antes de llevarlo a la práctica.

Ciertamente, la Constitución de la II República Española, estableció en su art.123, que estaban legítima

(228) Están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados y cincuenta senadores, siendo el plazo que tiene dicho recurso para poder ser formulado, de tres meses, como prescribe el art. 33 "a" partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado".

dos para acudir al Tribunal de Garantías, "toda persona individual o colectiva, aunque no hubiere sido directamente agraviada". Ahora bien, no obstante haberse configurado una auténtica acción directa a favor de cualquier persona -como reza el art. transcrito, y, recalcamos el término cualquier persona, ya que aún es más amplio que el de ciudadano- esta legitimación -como pone de manifiesto Pérez Gordo (229)- fué restringida tacitamente por los arts. 30 y 31 de la Ley del Tribunal de Garantías, donde únicamente se atribuía legitimación para acudir ante el citado Tribunal al titular de derecho que resultara agraviado por la aplicación de la ley.

Los inconvenientes de la acción popular creada por la Constitución, provocaron la transformación de la misma, cuyas diferencias, en definitiva respecto de la actual legislación española, son las siguientes:

- La parte, aún cuando podía formular su "excepción de inconstitucionalidad" ante el propio Juez que está conociendo del asunto, no obtenía una respuesta del mis

(229) Vid. PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., pp.164 y 165 y 168 a 172; vid. también, RUIZ LAPERA, El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española, Barcelona 1982, pp.234 a 238.

mo, puesto que una vez que al órgano judicial le había sido alegada esta excepción, éste debía formular consulta al Tribunal Supremo, quien decidía respecto de la pertinencia de proponer la cuestión ante el Tribunal de Garantías. En caso de que el juicio del Tribunal Supremo fuese positivo, el proceso "a quo" se suspendería mientras que las cuestiones se resolvía por el Tribunal de Garantías. En caso contrario, la parte quedaba en libertad para interponer ante el citado Tribunal, recurso de inconstitucionalidad, quedando la interposición de éste -que no suspendía el curso del proceso- sujeta a una fianza.

En resumen, aunque la legitimación se restringió bastante, la parte seguía teniendo acceso al Tribunal Constitucional, aunque eso sí, el obstáculo de la fianza, así como la prosecución del proceso principal, bastaban para que la parte no intentase servirse de la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad como expediente dilatorio.

La solución ofrecida, aunque quizás en los años de la República tuviese sus ventajas, sigue sin parecernos adecuada, ya que -insistimos- al ser la norma jurídica una declaración de voluntad que se dirige a un número indeterminado de sujetos, todos ellos deberían poder

impugnar la norma que intenta regular sus relaciones sociales, políticas o económicas, de forma contraria a la prevista por la Constitución.

La atribución pormenorizada a todos los ciudadanos de la acción de inconstitucionalidad haría realmente inefectiva la garantía del control constitucional (230).

Pero aún hay más razones. Como dice Villari (231), negando la existencia de lo que algunos autores italianos denominaron "derecho a la regularidad constitucional", y que legitimaría a cualquier ciudadano para poder interponer acciones de inconstitucionalidad, ¿tienen los ciudadanos un derecho de control preventivo sobre las leyes? ó mejor dicho, ¿tienen los ciudadanos un derecho de control sobre las normas antes de que éstas les sean aplicadas?. Evidentemente, no.

Como vemos, es inimaginable un derecho de todos los ciudadanos a poder promover cuestiones respecto de la presunta inconstitucionalidad de una norma.

Avanzando en el argumento y, dado que lo único que

(230) Vid. sobre los inconvenientes que tendría el otorgamiento de una acción popular, PIERANDREI, Corte Costituzionale, op. cit., p.949.

(231) VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., p.124.

diferencia a la parte del proceso "a quo", del ciudadano no envuelto en el litigio, es la aplicación más inmediata de la norma inconstitucional, en el caso de que el órgano jurisdiccional no remitiese la cuestión, creemos que la solución razonable es la ofrecida por la LOTC. Esto es, otorgarles la posibilidad de suscitar dicha cuestión en el proceso "a quo", en todas sus instancias y grados en tanto no se llegue a sentencia firme (232).

En el momento en que la parte del proceso a quo insta la cuestión, todavía no ha habido aplicación de la norma, no hay por tanto lesión de derechos. Dado además que el derecho se aplica de oficio -iura novit curia- en buena técnica jurídica, la parte no puede saber con certeza cual va a ser la norma que le va a ser aplicada, aquélla en la que el juez va a subsumir los hechos y deducir el efecto jurídico pretendido.

Así pues, la parte del proceso "a quo", y el ciudadano no interviniente en el proceso, están en una situación muy semejante. A los dos les puede estar lesio

(232) Debe tenerse en cuenta, que la solución propugnada no contempla las leyes autoaplicativas, que, evidentemente tienen una problemática diferente, así como las aplicadas por la Administración pública.

nando sus expectativas jurídicas -repetimos- la presencia de una norma inconstitucional, la diferencia, es que la parte va a tener que sufrirla -en el caso de que el órgano jurisdiccional no considere que la norma pudiera ser inconstitucional- en un momento más próximo, más inmediatamente, pero no por ello el ciudadano, también posible receptor de dicha norma, no se ve afectado por la misma. Y la consecuencia de nuestro argumento es evidente, ó todos los ciudadanos tienen derecho a impugnar las normas inconstitucionales -lo que hemos visto es absurdo- ó nadie lo tiene.

III.- FUNDAMENTO DE LA INICIATIVA DE LA PARTE AL INSINUAR AL ORGANO JUDICIAL LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- LA FACULTAD DE INSINUACION COMO DEBER DE LAS PARTES DEL PROCESO.

Partiendo del valor jurídico de la Constitución y en consecuencia, considerando el art. 9,1 de la misma como una norma jurídica de carácter vinculante y no simplemente programático, hay que señalar que el precepto mencionado, se dirige a los ciudadanos imponiéndoles la obligación de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento jurídico.

Fijada esta precisión, debemos analizar cómo se articula técnicamente esta obligación de los ciudadanos de cumplir la Constitución y, más concretamente, cuál es la proyección del art. 9,1 CE, respecto de los derechos y deberes de las partes de un proceso.

El art. 9,1 prescribe al ciudadano, y por consiguiente a la parte, el cumplimiento de la norma constitucional. ¿Qué debe hacer la parte para cumplir la Constitución?, ¿existe alguna norma en la Constitución que se dirija al justiciable cuando acoge la situación de

que se dirija al justiciable cuando acoge la situación de "parte procesal", prescribiéndole un determinado comportamiento?

En el momento de iniciarse un proceso, si la norma que incide en el fallo parece dudosamente constitucional, puesto que todavía no se ha aplicado en el mismo, no se puede decir que haya habido incumplimiento de la Norma Suprema.

Se ha incumplido en cuanto que como "norma normarum" se ha alterado su valor jerárquico. El legislador ha vulnerado el sistema de fuentes establecido en la misma, pero esa infracción, a excepción de las leyes auto-aplicativas, no implica el que los demás sujetos del Ordenamiento jurídico, tanto poderes públicos como ciudadanos, la hayan incumplido.

Es más, como quien en todo caso podrá quebrantarla en el proceso, es el órgano jurisdiccional, por ello mismo es al que la Constitución, la LOTC, y la LOPJ, atribuyen la facultad de plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad.

¿Qué valor constitucional se vulnera, con que la parte no inste la cuestión de inconstitucionalidad?

Evidentemente ninguno. La parte no sabe si esa norma presuntamente inconstitucional va a ser aplicada. Aunque la parte tiene la obligación de cumplir la Constitución, no puede considerarse que esté incumpliendo aquella si no insta la cuestión de inconstitucionalidad. Es, en cambio, el órgano jurisdiccional, quien debe plantear la cuestión, ya que a él tocaría - de no actuar de esa forma - aplicar la norma inconstitucional.

Habría incumplimiento, vulneración de la Constitución, cuando la norma ordinaria se aplique, pero mientras esto no suceda, no se puede decir que las partes están contribuyendo con su conducta al quebranto de la Constitución.

En consecuencia, estamos de acuerdo con Murillo Ferrrol, cuando afirma que esta función atribuida a los órganos jurisdiccionales de promover la cuestión de inconstitucionalidad, es una facultad preventiva de inconstitucionalidad (251), ya que cuando el órgano jurisdiccional remite al Tribunal la cuestión, la Constitución no se ha incumplido en el proceso, y precisamente a éste fin se dirige la mencionada.

(251) MURILLO FERROL con RAMIREZ JIMENEZ, Ordenamiento Constitucional de España, Madrid 1980, p.152.

Los ciudadanos están sujetos a la Constitución. Tienen el deber de respetarla y cumplirla. Nótese que no decimos defenderla. Como opina Murillo Ferrrol (234), "respetar la Constitución y cumplirla, es obligación de todos los protagonistas de la vida política de un país. Pero protegerla, defenderla, es especial deber de alguna de las instituciones por ella regulada".

Existente un instrumento para aclarar las dudas que pudiesen existir respecto de la conformidad de una norma con la Constitución, el órgano jurisdiccional utilizándolo no tendrá que aplicar una norma inconstitucional.

Si el fundamento de la facultad de las partes, de poder promover en el proceso "a quo" la cuestión de inconstitucionalidad no es un deber, por ello tampoco tienen un derecho a impugnar las normas dudosamente constitucionales, ¿cuál es el fundamento de esta facultad de la parte dentro del proceso "a quo"?

(234) MURILLO FERROL y RAMIREZ JIMENEZ, Ordenamiento Constitucional de España, op. cit., p.148.

2).- LA FACULTAD DE INSINUACION COMO INSTRUMENTO DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA.

Empezemos haciéndonos algunas interrogantes. ¿Qué fin persigue la parte al promover la cuestión de inconstitucionalidad?, ¿qué obtiene en el caso de que promovida la cuestión respecto de la norma de la que insinúo su presunta inconstitucionalidad, ésta sea declarada inconstitucional?. Por último, ¿qué ha pretendido el legislador al prever esta facultad de las partes dentro del proceso "a quo"?.

Si el actor puede fundamentar su pretensión en la norma que crea susceptible de basar la tutela jurídica que recaba, independientemente de que el precepto jurídico sea de carácter constitucional u ordinario, correspondiéndole asimismo al demandado igual facultad, puede colegirse que cuando el fundamento jurídico del que pretendan asistirse éstos se vea contradicho por una norma dudosamente constitucional, útil les será a las partes, insinuar al órgano jurisdiccional esta presunta inconstitucionalidad de la norma que, de serles aplicada, les impediría obtener la tutela que recaban.

La posibilidad que les confiere a las partes el art. 35 LOTC, cobra sentido cuando las partes, viendo amenazado su derecho por la presencia de una norma in-

amenazado su derecho por la presencia de una norma inconstitucional, insinúan al Juez la presunta inconstitucionalidad de la misma, al objeto de que el Juez apreciándolo así, promueva la respectiva cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional y pueda -en caso de que aquél la declare inconstitucional- inaplicar la norma objeto de duda.

Bajo este prisma, no cabe duda que la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad, adquiere para la parte una dimensión importante, ya que coadyuva a lograr "la tutela efectiva" que, evidentemente, pasa por la aplicación en el proceso de normas conformes a la Constitución.

Si según el art 24 CE: "Todos los ciudadanos tienen derecho a la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión", podríamos decir que la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes del proceso "a quo", es uno de los instrumentos a utilizar para lograr la tutela efectiva, ya que de aplicarse la norma inconstitucional, ésta, desde luego, no se logrará.

Compartimos por tanto la opinión de Almagro Nosete (235), cuando opina que "la instancia concedida a la

parte, no es una legitimación para el ejercicio del derecho a la jurisdicción constitucional, sino una manifestación de las facultades que confiere el derecho a la jurisdicción ordinaria" (236).

Tema totalmente tangencial al derecho de la parte, e indiferente al mismo, es la previsión constitucional dirigida al órgano judicial obligándole, cuando dude de la constitucionalidad de la norma que va a incidir en su fallo, a remitir dicha cuestión al Tribunal Constitucional.

La tutela efectiva se dá con la posibilidad de esta alegación al órgano jurisdiccional del proceso "a quo", que además, a tenor del art. 35,2 LOTC in fine, "podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme".

Por consiguiente, el que la parte no tenga acceso

(235) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.158.

(236) En esta línea sostiene ABBAMONTE, (cit. por ANGELICI, Giustizia Costituzionale, Milano 1974, p.321) que las partes actúan en su propio interés al promover la cuestión de inconstitucionalidad, ya que, opina, si todos tienen derecho a actuar en juicio para la tutela de su propio derecho e interés legítimo, no se puede ver de otra manera, la posición de las partes en el juicio de legitimidad constitucional. La opinión del citado se produce en contestación a aquellos autores que apoyándose en la intervención en el proceso constitucional de las partes del proceso a quo, sostienen que son valedoras en dicho proceso de un interés público, cuál es la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

al Tribunal Constitucional para mantener esta cuestión, no menoscaba en absoluto su derecho a la tutela efectiva ante los Tribunales de Justicia, ya que se le da la posibilidad de fundamentar su acción y, no cabe duda, que esto es lo que pretende la parte al instar la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso.

Casi dogmática a la hora de explicar los recursos jurisdiccionales, es la alocución, "para que el derecho sea justo tiene que ser seguro". Si bien se puede decir que quizás, mayores garantías -puesto que "quizás" es un Tribunal más cualificado- proporcionaría la decisión de esta cuestión por el Tribunal Constitucional, sin tener que pasar primero por el filtro del órgano judicial, también hay que decir, en beneficio de la justicia objetiva, que el acceso masificado al Tribunal Constitucional, conduciría al colapso del mismo, y en consecuencia, a su fracaso.

Es necesario conciliar la justicia con la seguridad. Y es más, aunque la cuestión de inconstitucionalidad es una institución que tiende a lo justo, precisamente, para conseguir el fin que pretende, necesita ser articulada técnicamente de forma que pueda operar con eficacia respecto de las normas que lo necesiten.

De otra parte, como expresase Calamandrei (237), si las partes pudieran acceder al Tribunal Constitucional, para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, los litigantes, las más de las veces, lo que harían es servirse de ésta como expediente dilatorio, al sólo objeto de retardar el curso de la justicia.

No obstante ser ello cierto, es éste un argumento entorpecedor, ya que parece al decir "si las partes pudieran acceder", que se ha privado a las partes de algo que podían tener. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional (238), el derecho a la tutela efectiva, se realiza con la posibilidad de que un órgano jurisdiccional resuelva sobre la petición de tutela jurídica, y no haya indefensión. Otra cosa, es utilizar mal los instrumentos procesales.

Siguiendo con nuestro estudio podemos decir, que la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad para las partes del proceso "a quo", es un argumento de defensa (239), bien para fundamentar la tutela jurídica que se recaba, bien para oponerse a la acción ejercitada por el

(237) CALAMANDREI, Carta dedicatoria a Enrico Redenti, en La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.24.

(238) Vid. por ejemplo la STC 46/82 de 12 de julio BOE 4-8-1982, f.j.2.

(239) Vid. sobre la utilización del concepto de argumento de defensa, DOUTURE, Las garantías constitucionales del proceso civil, en Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina

actor. Es pues, un modo de colaborar con el Juez para la obtención del debido proceso, ó como lo llama Chiavario (240), el justo proceso.

Realmente, si el "justo", el "debido" proceso, es aquél que se obtiene cuando el proceso responde a los principios y garantías jurisdiccionales insitos en la Constitución, la primera fórmula para obtener éste es respetar la Norma Suprema.

Si como afirma Rubio Llorente (241) "la primera y más imprescindible de estas garantías (se refiere a las garantías constitucionales) es evidentemente la destinada a asegurar la inmodificabilidad de la Constitución por el legislador ordinario", no cabe duda que es en aras de dar cumplimiento al debido proceso -aquél, pensamos, en que las normas que se actúan son conformes a la Constitución- por lo que eleva el órgano judicial la cuestión de inconstitucionalidad, ya que no existirá justo proceso si en éste se aplica una norma contraria a aquélla. Al mismo fin coadyuva la facultad de las partes de insinuar al órgano jurisdiccional la correspondiente cuestión dentro del proceso "a quo".

Buenos Aires 1946, p.179.

(240) CHIAVARIO, Proceso y garantías de la persona. Milano 1976, p.4.

(241) RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el

Expresando lo expuesto en términos más prácticos, Villari (242) opina que, la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad dentro del proceso "a quo", se convierte en un medio probatorio de la acción deducida en dicho proceso. Con palabras similares la califica Romano (243), estimando que respecto de la parte dicha insinuación es como una defensa.

No obstante, aunque es cierto que la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes, opera, respecto de la acción que la parte deduce en juicio, como un medio de traer al proceso el fundamento jurídico de su acción (244), no puede ser considerada como un medio de prueba en el sentido clásicamente entendido por la doctrina procesal, ya que ello sería darle a la Constitución el mismo tratamiento que se otorga en el proceso a los fundamentos de hecho.

Consecuentemente con lo aducido hasta aquí, no podemos estar de acuerdo con quienes opinan que, al no tener intervención las partes del proceso "a quo" en el proceso

ejercicio de la jurisdicción constitucional, op. cit., pp.57 y 58.

(242) VILLARI, Il processo costituzionale, op. cit., p.122.

(243) ROMANO, L'ordinamento giuridico ed il sistema positivo della giurisdizione in generale e della giurisdizione costituzionale in particolare, Milano 1961, p.199.

(244) Las mismas consideraciones, aunque con ciertos matices, valen para el caso de que la norma impugnada sea una norma procesal, ya que en su caso, esta impediría también, el que la parte pudiera probar con las debidas garantías constitucionales su derecho.

constitucional, éstas quedan desprotegidas (245), debiendo paliarse esta indefensión con la aplicación por vía de analogía con la LJCA (246), y por tanto considerar que deberían poder tener intervención en el proceso constitucional (247).

Siendo la pretensión de la parte fundamentar la tutela jurídica que solicita, dado que ésta posibilidad se le da con toda garantía ante la jurisdicción ordinaria donde además podrá volver a proponer la cuestión en las sucesivas instancias y grados, no cabe considerar que existe indefensión.

Ahora bien, ¿la tutela efectiva se satisface sólo con el auto del Juez "a quo", denegando o promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad?, ¿el órgano judicial tiene que pronunciarse separadamente respecto de la misma

(245) GONZALEZ PEREZ, La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol II, op. cit., p.1227 donde llega a decir que la imposibilidad de las partes de poder promover ante el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad "niega uno de los derechos fundamentales: el de acceso a la justicia".

(246) Así GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., p.68.

(247) Son partidarios de que las partes debieran tener intervención en el proceso constitucional GONZALEZ PEREZ, op. cit., pp. 262 y 263. GARCIA DE ENTERRIA, Curso de Derecho Administrativo, Vol.II. op. cit., p.178. También SAAVEDRA GALLO, La duda de inconstitucionalidad, op. cit., p.158, y AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, en EL Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.132, quien planteándose este problema de las partes del proceso "a quo" de no poder actuar ante el Tribunal Constitucional, ofrecía como posible solución, las vías del art. 81 LOTC, por cierto, posteriormente negadas por el propio Tribunal Constitucional, para poder actuar ante el Tribunal Constitucional.

ó puede hacerlo, por ejemplo, en la sentencia, ó incluso tacitamente?

Nuestras dudas son fundadas. El Tribunal Constitucional -como ya hemos hecho mención (248)- con motivo de la interposición de un recurso de amparo con base en la indefensión que había causado al recurrente el silencio del órgano jurisdiccional, respecto de la insinuación de la cuestión de inconstitucionalidad, tras desestimar el amparo, negándolo por motivos que no vienen al caso, ha aprovechado la ocasión para sentar doctrina respecto de este particular.

- Según el Tribunal Constitucional, no es necesario que el órgano judicial abra el trámite de audiencia previsto por el art. 35,2 LOTC, y se pronuncie expresamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad insinuada por las partes del proceso, en el caso de que la considere manifiestamente infundada.

Verdaderamente, no podemos estar de acuerdo con el Tribunal Constitucional en la interpretación que realiza respecto del art. 35,2. De mantenerse, muchos nos tememos que vamos a tener que dar la razón a Galeotti y Rossi

(248) Auto 791/84 de 19 de diciembre.

(249), cuando afirmaban que, al estar en el Ordenamiento italiano esta facultad de las partes de instar cuestiones de inconstitucionalidad, prevista prevista en una Ley constitucional y no en una ley ordinaria como en España, ello aseguraba una tutela más amplia que la prevista en el sistema español.

El pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto de la insinuación de las partes, tiene una importancia considerable. Así ha sido considerado en Italia, donde a no ser que el órgano jurisdiccional pueda en su auto (ordenanza) motivar la manifiesta falta de fundamento de la duda respecto de la inconstitucionalidad de la norma puesta en cuestión, ó su falta de incidencia sobre el fallo, deberá siempre remitir la cuestión a la Corte Costituzionale.

La necesidad de este pronunciamiento tiende a evitar que el Juez, por decirlo gráficamente, sea de manga estrecha, y no eleve al Tribunal cuestiones que lo requieran. Obligándole a que se pronuncie sobre la insinuación, y fundamente su denegación de promover la cuestión, se logra el control de la decisión del órgano

(249) GALEOTTI Y ROSSI, El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución Española, R.E.P. n.º 7, 1979, pp. 132 y 133.

judicial.

Aunque el Ordenamiento español no es tan estricto como el italiano, ya que el órgano judicial deberá únicamente promover la cuestión si tiene dudas, y no como en aquél donde el Juez debe siempre remitir la cuestión a no ser que la considere manifiestamente infundada, de todas formas, el "silencio" como respuesta, no es fórmula mediante la cuál deba resolver un órgano jurisdiccional, sobre las peticiones que las partes le hagan dentro de un proceso so pena de incongruencia.

Es cierto que habida cuenta que el derecho se aplica de oficio (*iura novit curia*) no teniendo necesidad de prueba, esta alegación de la parte instando la cuestión de inconstitucionalidad, sería, por así decirlo, gratuita o superflua, mas, por ello, precisamente la LOTC ha tenido un gran acierto con prever esta facultad, desarrollando además ciertos trámites para su desarrollo, como es por ejemplo, la necesidad de pronunciamiento especial respecto de la misma, que además tendrá que revestir la forma de Auto.

Aunque expone Almagro (250) que, "la carencia de las condiciones de admisibilidad, minimamente exigibles

en relación con las peticiones de las partes, encaminadas a promover la cuestión eximen al órgano jurisdiccional de la tramitación del incidente referido a las reglas anteriores. Simplemente, deberá pronunciarse sobre estas peticiones en la sentencia...", no creemos que el argumento de este autor, pueda explicar el caso que comentamos, ya que Almagro utiliza la expresión "condiciones mínimamente exigibles", concepto que, aunque indeterminado y ambiguo, no es posible equiparar al que utiliza el Tribunal Constitucional en su mencionado auto, a saber, el de "inexistencia de dudas respecto de la norma cuestionada".

Aunque al ser una cuestión de derecho y no de hecho, el órgano jurisdiccional podría muy bien manifestarse sobre la misma en la resolución final, no dudamos en discrepar de la doctrina del Tribunal Constitucional a este respecto, en base al art.35 de la LOTC. Estableciendo éste que la cuestión de inconstitucionalidad, dentro del proceso "a quo" se resolviera mediante auto, nos parece forzar mucho el contenido del mismo, interpretar que cuando la duda sea infundada ni siquiera haya de dictarse una resolución judicial para resolver sobre la misma.

(250) ALMAGRO NOSETTE, Justicia Constitucional, op. cit., p.160.

3).- LA FACULTAD DE INSINUACION COMO INSTRUMENTO AUXILIAR DEL DERECHO-DEBER DEL ORGANO JUDICIAL DE PROMOVER LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Decíamos páginas atrás, que había dos perspectivas para estudiar la alegación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes del proceso "a quo". Una, desde la posición de ésta, otra, desde el prisma del Ordenamiento jurídico. Estudiemos ahora la segunda.

Igual que en el proceso penal el Estado se sirve de los particulares otorgando a todos ellos en los delitos perseguibles de oficio la acción popular (art. 100 de la Lecrim y 125 CE), a fin de mejor ejercer su "ius puniendi", también las partes del proceso "a quo" pueden ser vistas, a los fines del control de constitucionalidad de las leyes, como colaboradores del órgano jurisdiccional, en la tarea de remitir al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad.

Al igual que las leyes italianas permiten la intervención de las partes del proceso "a quo" en el constitucional; no porque se les haya hecho portadoras de un interés público, sino para aprovechar la colaboración de los particulares al fin de eliminar la norma inconstitucional, igual fin persigue la normativa española (251), como además así lo entendido el Tribunal Constitucional

(252).

Buena prueba de ello, como dice Angelici (253), e igual sucede en el caso español, es el hecho de que una vez acogida la cuestión de inconstitucionalidad por la Corte Costituzionale, el proceso constitucional proseguirá aunque se extinga el juicio a quo.

Aunque en principio el fin de la la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad, es impedir efectos inconstitucionales en el proceso, una vez que la cuestión de inconstitucionalidad ha sido admitida por el Tribunal, ni siquiera, por ejemplo, la extinción del proceso principal, sería cuestión que suspendiese a su vez la de aquél. Ello demuestra fielmente - como ya hemos expresado (254)- que la cuestión de inconstitucionalidad es un instituto ambivalente ya que aunque está dirigida a la satisfacción de un interés general del ordenamiento jurídico, está condicionada en su nacimiento a la existencia de casos concretos.

(251) De este parecer es ANGELICI, La Giustizia Costituzionale, op. cit., pp. 319 a 321, quien opina que el interés de la parte es utilizado como medio puramente instrumental, por el ordenamiento jurídico.

(252) STC 21/85 de 15 de febrero, BOE 5-3-85, a cuyo tenor: "El tramite del art. 35,2 de la LOTC está destinado a garantizar que no sólo las partes del proceso a quo, sino también el Ministerio Fiscal puedan contribuir a depurar el control de la constitucionalidad al alegar sobre la pertinencia de plantear la cuestión. . .

(253) ANGELICI, La Giustizia Costituzionale, op. cit., p.320.

(254) PIERANDREI, Corte Costituzionale, op. cit., p.948.

IV.- LA ACCION MERAMENTE DECLARATIVA ANTE LA JURIS-
DICCION CIVIL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA CONSTITUCIONAL.

Expone Andrioli, que si a cualquiera contra el cuál se hace valer en juicio un derecho, le es consentido oponer la ilegitimidad constitucional de la ley sobre la cuál el derecho se funda, de la misma forma, a cualquiera que quiera verse libre de la obligación sancionada por la ley inconstitucional, debería serle consentido actuar en juicio para el enjuiciamiento de la inconstitucionalidad de la norma sobre la cuál tal obligación está fundada (255).

Prescindiendo del fin que se proponía Andrioli con tales argumentos (256), creemos nosotros que sus consideraciones, aunque iban dirigidas a la jurisdicción constitucional, fundamentan la utilización de las acciones meramente declarativas ante la jurisdicción ordinaria, respecto de la existencia de específicas obligaciones jurídicas que a juicio del actor, pudieran estar basadas en una norma inconstitucional.

(255) ANDRIOLI, Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, en Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile, Padova 1953, p.47.

(256) ANDRIOLI, Profili processuali del controllo op. cit., p.46, donde el citado se expresaba de esta forma, y de ello hace expresa mención, considerando unicamente los preceptos constitucionales que regulaban la cuestión, sin en ese momento tener en cuenta las reglas que sobre legitimación establecieron las leyes que desarrollaron esta materia.

¿El sujeto que dude de la constitucionalidad de una norma que regula sus obligaciones, podrá ejercitar una acción meramente declarativa, para que, habida cuenta de la norma inconstitucional en que se basan el Juez ordinario promueva cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma?.

Dado que como dice el propio Andrioli (257), el interés "ad agire" en el proceso civil es atípico, (a excepción de las acciones constitutivas) es decir, que únicamente necesita del genérico daño que se podría sufrir si no se ejercita la acción, no cabe duda que este interés "ad agire" existiría. El justiciable que presume la inconstitucionalidad de una norma en base a la cuál debe realizar una serie de prestaciones, en caso de que la norma fuese declarada inconstitucional, ello modificaría en tal forma su obligación, que debe considerarse que tendría interés en obtener una resolución judicial sobre este particular.

Ahora bien, la posible utilización de este tipo de acciones respecto del Tribunal Constitucional supondría casi una "fictio litis", ya que como el Juez -para decla

(257) ANDRIOLI, Profili processuali del controllo giurisdizionale ... op. cit., p.47.

rar la certeza de esa obligación jurídica- tendría que aplicar la norma en cuestión, si considerase que puede ser inconstitucional, deberá suspender el procedimiento, y remitir cuestión respecto de la posible inconstitucionalidad de dicha norma al Tribunal Constitucional.

Si bien mediante este acción, el justiciable no tendrá que esperar a pie firme (258), el ataque que el titular del derecho le dirigirá ante el Juez ordinario por incumplimiento de sus obligaciones, ya que provocando una resolución sobre la existencia de éstas, podrá librarse de la duda respecto de la constitucionalidad de la norma que le obliga a realizarlas, ello no nos puede llevar a pensar que éste instrumento se pueda utilizar para hacer gozar de los efectos de la cosa juzgada a la declaración del órgano judicial ordinario, declarando la existencia de dichas obligaciones jurídicas, y ello, por la carencia de cosa juzgada de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.

Como entrar en este tema, supondría meternos de lle

(258) Vid. ANERIOLI, Profili processuali del controllo giurisdizionale .. op. cit., p.50, quien utiliza este razonamiento a contrario, ya que solamente se plantea la posibilidad de esta acción declarativa ante el Tribunal Constitucional.

no en los efectos de las sentencias desestimatorias, quede ahora sólo planteada esta cuestión, que desarrollaremos en su momento oportuno (259). Baste ahora con decir, que las sentencias desestimatorias no pueden tener efectos "erga omnes", ya que ello supondría, como dice Expósito (260) "investirlas de "un eterno título, de un incontestable status de legitimidad", que choca con la circunstancia de que una norma hoy constitucional, puede ser inconstitucional mañana.

Así pues, si bien el ejercicio de una acción meramente declarativa, en el caso de que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la norma, si servirá para librar de la duda al justiciable inmerso en una situación jurídica sobre la que se proyecta la misma, no ocurrirá lo mismo con la decisión desestimatoria.

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

(260) EXPOSITO, Il controllo giurisdizionale, sulla costituzionalità delle leggi in Italia, en Atti del Congresso internazionale di Diritto Processuale Civile, Milano 1950, p.41.

PARTE TERCERA :
EL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

SECCION I:
LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO CUESTION
PREJUDICIAL.

CAPITULO VII: PREJUDICIALIDAD Y PROCESO CIVIL.

I.- NECESIDAD DE SU ESTUDIO DESPUES DE LA CREACION DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.....	223
II.- CONFIGURACION JURIDICO-TECNICA DEL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD.....	227
1).- Concurrencia de significados.....	227
2).- La aportación de Menestrina.	
A).- Prejudicialidad cronológica.....	232
B).- Prejudicialidad lógica.....	233
C).- Prejudicialidad jurídica. Causas prejudiciales y cuestiones prejudiciales jurídicas.....	235
III.- ANALISIS DIFERENCIAL DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES.....	245
1).- El concepto de cuestión incidental en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	245
2).- Cuestiones prejudiciales y cuestiones incidentales en el proceso civil.	

CAPITULO VII: PREJUDICIALIDAD Y PROCESO CIVIL.

I.- NECESIDAD DEL ESTUDIO DEL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD DESPUES DE LA CREACION DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.

El que una de las vías para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y actos a ella asimilados, se haya configurado como un control, que todo órgano judicial ebe realizar sobre la norma que va a incidir en el fallo, estableciéndose que, cuando dude de la constitucionalidad de la misma, deberá, suspendiendo el proceso en curso, elevar al Tribunal Constitucional dicha cuestión, ha determinado que la mayoría de los autores denominen a éste control constitucional que se realiza en vía incidental, cuestión prejudicial de inconstitucionalidad (261).

Así las cosas, connatural parece que en un trabajo dedicado monográficamente a la cuestión de inconstitucionalidad, nos planteemos si este mecanismo de conocimien

(261) Así en España, GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., p. 262; PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p. 34; En Italia puede verse, CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p. 66; CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, op. cit., pp. 9 y ss.; CARNELUTTI, Limiti dell'accertamento legislativo, en Riv. Dir. Proc. 1950, p. 56; AZZARITTI, Gli effetti delle pronuncie sulla costituzionalità delle leggi, en Problemi attuali di diritto costituzionale, Milano 1951, pp. 151 y ss.

to y declaración en su caso de la inconstitucionalidad de las leyes es una cuestión prejudicial, ó mejor, si juega como prejudicial en el proceso en que surge.

Ahora bien, dado que hasta ahora los atributos y el concepto de cuestión prejudicial se han elaborado a partir de cuestiones prejudiciales que recaían sobre hechos ó estados jurídicos, y nunca sobre normas, forzoso es que las definiciones sobre las mismas, ignorando determinados fenómenos jurídicos (inexistentes en la realidad procesal anterior a la Constitución), se hayan circunscrito a las cuestiones prejudiciales habidas en nuestro derecho positivo. Por ello, a fin de investigar si es posible encuadrar este nuevo instituto, dentro de la clásica categoría de las cuestiones prejudiciales, debe/remos primero analizar el significado jurídico que la cuestión prejudicial tiene en el proceso (262).

(262) Vid. en general, ALSINA Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil, Buenos Aires 1959; VIADA, Cuestiones prejudiciales, Voz en NEJS, T.VI pp. 100 y ss.; CARRETERO, Teoría general de las cuestiones prejudiciales, R.D.J 1963; JIMENEZ ASENJO, Las cuestiones prejudiciales en materia civil, R.J.Cat. 1951, pp.234 y ss.. Por último, una buena síntesis de las diversas posturas que ha adoptado la doctrina ante el fenómeno de la prejudicialidad, la ofrece DEVIS ECHANDIA, en De la prejudicialidad. Influencia del proceso penal en el civil y viceversa, R.D.P 1963, pp.629 a 635.

Para ello será necesario caracterizar jurídicamente lo que es una cuestión prejudicial, así como trazar el perfil de la cuestión de inconstitucionalidad, sopesando las analogías y diferencias que ésta tiene, con las demás prejudiciales del proceso civil, ya que es éste ámbito jurisdiccional al que nos ceñiremos en el estudio del control constitucional que se realiza mediante la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

Solamente conjugando estos datos podremos llegar a distinguir entre lo que es intrínsecamente esencial a la categoría de cuestión prejudicial en el proceso civil, y aquéllo, por el contrario, que es puramente coyuntural, y únicamente propio de una específica y determinada clase de cuestiones prejudiciales.

Si determinadas circunstancias han provocado que las cuestiones prejudiciales se definan de una específica forma atribuyéndoseles unos determinados efectos, nada debe obstar que a la vista de nuevos institutos muy similares (cuestión de inconstitucionalidad, cuestión prejudicial comunitaria), se integren dentro del concepto aquéllos datos que no formaban parte del núcleo del mismo, porque criterios de política legislativa no deben servir para la elaboración de un producto científico, en

éste caso, de la categoría de cuestión prejudicial (263).

El rechazo o la admisión de éste nuevo instrumento dentro de la categoría de las prejudiciales, debe de pasar por un estudio que aunque sintético revise la última "ratio", el nexo común de todas ellas. Sólo valorando el fin de las mismas, podremos valorar si existiendo tales diferencias es aconsejable referirnos a la cuestión de inconstitucionalidad con dicho término.

(263) No debe olvidarse que -como ha dicho DE LA OLIVA con MIGUEL ANGEL FERNANDEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Vol.II, op. cit., pp.28 y 29- "Los conceptos han sido deducidos por regla general, de las disposiciones vigentes (ó hipotéticas) del procedimiento, basándose éstas en su mayoría, en razones de oportunidad y prudencia, que por su naturaleza son cambiantes".

II.- CONFIGURACION JURIDICO-TECNICA DEL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD.

1).- CONCURRENCIA DE SIGNIFICADOS EN EL CONCEPTO DE PREJUDICIALIDAD.

Posiblemente el término prejudicial sea uno de los más polémicos y ambivalentes del derecho. Es natural que ello sea así:

Teniendo en cuenta que -como dijera Gómez Orbaneja (264)- un proceso es una serie o sucesión ordenada de actos que se dirigen a un fin, definir en un procedimiento que es lo previo, lo prejudicial, depende naturalmente de la perspectiva que se adopte. Nótese que si el punto de mira se pone en el fin, esto es, en la resolución final, prejudicial es hasta el mismo procedimiento; la adopción, en cambio, de un criterio selectivo en relación al fin a obtener, introduce lógicamente restricciones respecto de los actos que, dentro de ese procedimiento, deberán considerarse como prejudiciales.

Basándonos -como expuso Goldschmidt (265)- en que "el proceso no ha de considerarse como una serie de actos

(264) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, op. cit., p.2.

(265) GOLDSCHMIDT, Principios generales del proceso, Buenos Aires 1961, p.25.

aislados", sino como "un complejo de actos encaminados a un mismo fin", al ser el enjuiciamiento jurisdiccional una serie concatenada de juicios lógicos, cada uno apoyado en el anterior, puede decirse que inherente al mismo es la existencia de cuestiones prejudiciales.

Es así como el acercamiento a la prejudicialidad se convierte en un tema complejo, estribando -a nuestro parecer- la dificultad, en que como en el proceso todo acto menos la sentencia firme (y aún así, ésta es prejudicial respecto del proceso de ejecución de sentencias), es prejudicial de otro, para llegar a un concepto de cuestión prejudicial que sea operativo, habrá que fijar con precisión que características son aquéllas que, a modo de "plus", se añadirán a las que en sentido lato también podrían denominarse cuestiones prejudiciales (266).

Como en el proceso declarativo -volvemos a insistir- todo acto menos la sentencia firme, podría, en un sentido

(266) La búsqueda del concepto de prejudicial, es -nos parece- lo que ha llevado a la doctrina a la elaboración de la diversa terminología que encontramos al adentrarnos en el fenómeno prejudicial. Descriptiva de la situación, y sin pretender, por supuesto, agotar los términos que se han utilizado, es la existencia dentro del "mundo de la prejudicialidad", de un ambiguo lenguaje. Así, se ha hablado de puntos prejudiciales, cuestiones prejudiciales, causas prejudiciales, demandas incidentales, incidentes, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales lógicas, prejudiciales jurídicas, prejudiciales al juicio, y prejudiciales a la acción.

u otro, considerarse prejudicial, se impone la búsqueda de un concepto de prejudicialidad que reserve esta denominación a los actos que tengan un mismo régimen procesal.

No es nueva, por otra parte, esta situación de confusión. Como señala Menestrina, incluso en las propias fuentes romanas, el término "praeiudicium" tuvo diversas significaciones. Es más, según este autor, el oscurantismo y la ambigüedad, son las dos cualidades básicas que el término "praeiudicium" tuvo, si se analiza su variopinto significado en la historia jurídica (267).

Más, si como decíamos, en un sentido cronológico cualquier resolución es prejudicial respecto de la resolución final, aún hay otras perspectivas de analizar el fenómeno prejudicial.

Conforme al Diccionario Ideológico de la Lengua Española (268), es prejudicial aquello que "requiere decisión previa a la sentencia de lo principal", en cam

(267) MENESTRINA, La pregiudiziale nel processo civile, Milano 1963, pp.1 a 28; DE MARINI, Praedictum, Voz en Novissimo Digesto T.XIV, Torino 1967, pp.540 y ss.; PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., pp.13 a 26.

(268) CASARES, Diccionario Ideológico de la Lengua Española, Barcelona 1982, p. 674.

bio prejuicio, es "la acción de juzgar" que a su vez consiste en "juzgar de las cosas sin tener de ellas cabal conocimiento".

En consecuencia, un prejuicio es lo que impide hacer un juicio, y por el contrario prejudicial, aquéllo que debe formar parte de aquél.

Como puede apreciarse, los significados de ambos términos no son sino la doble cara de una misma moneda. Integran todo aquéllo que debe tener lugar antes del juicio final, como también aquéllo que no forma parte y que impide que se lleve a cabo éste.

Traemos a colación esta dualidad de significados, por ser preciso para entrar a analizar el significado jurídico del concepto de prejudicialidad, observar las diversas acepciones que tiene dicho término, ya que indudablemente han ejercido su influencia en la realidad jurídica.

En este sentido, nos parece, por ejemplo, que la clasificación de origen francés, entre prejudiciales a la acción y prejudiciales al juicio (269), puede verse fundamentada en este doble plano positivo y negativo del

concepto de prejudicialidad (270).

Dejando fuera de nuestro estudio este sentido negativo ("quod impedit iudicium") de la prejudicialidad, ya que, compartiendo la opinión de Menestrina (271) nada aporta el estudio conjunto de ambas perspectivas, abordaremos el tema en su sentido positivo, es decir, considerando que lo prejudicial, es aquéllo que debe formar parte del juicio.

En nuestro estudio seguiremos a Menestrina, ya que aunque compleja su teoría, tiene la gran virtud de integrar cualquier cuestión de las que se promueven y sustancian en un proceso.

(269) Vid. al respecto, GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.106.

(270) Recuérdese que se denominan cuestiones prejudiciales a la acción aquéllas que impiden la incoación del procedimiento mientras no haya recaído resolución por el Tribunal correspondiente, caso que únicamente se produce en nuestro Derecho con la sentencia de calificación civil de la quiebra (de la que a su vez es prejudicial el Auto de declaración de la misma), sin la cuál no podrá procederse por los delitos de quiebra fraudulenta y culpable (art.869 C.co), Vid. GONZALEZ MONTES, La calificación civil de la quiebra en el proceso penal, Pamplona 1974, pp. 281 a 301.

(271) MENESTRINA, La pregiudiziale nel processo civile, op. cit. pp. 115 a 118.

2).- LA APORTACION DE MENESTRINA.

A).- PREJUDICIALIDAD CRONOLOGICA.

Tres perspectivas propone Menestrina para el estudio de la prejudicialidad: la cronológica, la lógica y la jurídica.

Escogiendo como punto de partida la primera aludida (272), sería prejudicial todo juicio que antecede al juicio final (sentencia firme).

Esta acepción que, como es fácil observar, conlleva una concepción procedimentalista del proceso, no aporta sino la distinción entre resoluciones judiciales que ponen fin al mismo, y aquéllas otras que preparan y posibilitan que dicha resolución se pueda emitir.

Desde este punto de vista son igualmente cuestiones prejudiciales, tanto las resoluciones tendentes únicamente a impulsar el proceso, como aquéllas que dirimen puntos controvertidos sobre presupuestos procesales ó sobre relaciones jurídicas de carácter sustantivo. En consecuencia es una distinción infecunda, ya que agrupa enjuiciamientos que sólo tienen de común, que deben emi

(272) MENESTRINA, La pregiudiziale nel processo civile, op. cit., pp.97 a 99.

tirse antes de la resolución final que ponga fin al proceso.

B).- PREJUDICIALIDAD LÓGICA.

Acogiendo una perspectiva lógica desde la que enfocar el concepto de prejudicialidad, sería prejudicial toda cuestión que debe decidirse antes que otra porque su resolución incide en aquélla. Bajo el prisma del proceso declarativo ello nos lleva a decir que, cuestión prejudicial es todo antecedente lógico de la sentencia.

Si desde un punto de vista cronológico prejudicial sería cualquier acto que se realiza antes del enjuiciamiento final, revisando en éstos el nexo lógico que tienen con la decisión de la cuestión de fondo, se llega a la prejudicialidad lógica (273).

Por consiguiente, lógicamente prejudiciales serán todas aquéllas cuestiones controvertidas, ya traten sobre la relación jurídico procesal, como sobre cualquier relación jurídica de carácter sustantivo, que influyan

(273) MENESTRINA, La pregiudiziale nel processo civile, op. cit., pp. 110 a 102.

sobre la resolución de la cuestión de fondo, ya que tan antecedente lógico de la sentencia es determinar si existen los presupuestos necesarios para que ésta entre el fondo, como la determinación de algún punto del contenido de la misma.

En consecuencia, la perspectiva lógica del concepto de prejudicialidad integra enjuiciamientos de carácter sustantivo y de carácter procesal, siempre, claro está, que sean antecedente lógico de la resolución final.

Como es fácil observar, tampoco esta acepción corresponde con lo que entiende la doctrina procesal por cuestión prejudicial, y es que, dado el tratamiento tan diverso que ofrecen en el proceso aquellas cuestiones que afectan a las relación jurídico procesal y actos a ella dirigidos o por ella provocados (274), y las cuestiones de carácter sustantivo, se hizo necesario buscar un criterio que diferenciara entre ambas clases de cuestiones. Este fue el de la naturaleza jurídica, en el sentido de procesal o sustantiva, de la cuestión lógicamente prejudicial.

(274) Sobre la comparación y relación entre presupuestos procesales y condiciones de la acción. vid. CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I. op. cit., pp. 72 a 74.

Planteándose Menestrina si era oportuno incluir dentro de la prejudicialidad, todos los raciocinios que, aunque sean en línea mediata, han influido sobre la formación de las sentencia, ó por el contrario, si sería mejor restringir el campo a aquéllos juicios que tienen naturaleza común a la decisión final, desembocó en el concepto de prejudicialidad jurídica.

C).- PREJUDICIALIDAD JURIDICA. CAUSAS PREJUDICIALES Y CUESTIONES PREJUDICIALES JURIDICAS.

La prejudicialidad jurídica tiene como presupuesto la prejudicialidad lógica, es decir, la cuestión ha de ser antecedente lógico necesario de la sentencia, pero al objeto de excluir aquéllas cuestiones que lo son de índole procesal, el concepto lógico se concreta añadiendo que solamente serán cuestiones prejudiciales en sentido jurídico, las que siendo antecedentes lógicos de la sentencia, tienen la misma naturaleza que el objeto del juicio principal, o lo que es igual, son de carácter sustantivo.

La prejudicialidad jurídica nace al unirse un nuevo elemento a la prejudicialidad lógica: a saber, la igual naturaleza del juicio prejudicial y del principal ó

final. De aquí se sigue que todo juicio que es jurídicamente prejudicial lo es también lógicamente, mas no al contrario. La prejudicialidad jurídica se configura como una especie dentro del género que sería la prejudicialidad lógica (275).

Esta diferenciación es de máxima importancia. Únicamente apoyándose en ella, es posible decir -como así lo ha hecho Prieto Castro (276)- que las cuestiones incidentales son también cuestiones prejudiciales.

Volviendo a la prejudicialidad jurídica, como en el concepto anteriormente propuesto se encuentran integradas todas aquéllas cuestiones, que teniendo de común su carácter sustantivo son antecedente lógico de la sentencia, debe observarse que quedan absorbidas dentro del mismo todos los enjuiciamientos que lleva a cabo el Juez que necesitan de la aplicación de una norma de carácter sustantivo, con independencia del tratamiento que reciban en el proceso. Así, por ejemplo, la calificación jurídica de un bien como mueble, será una cuestión prejudicial jurídica, al igual que la determinación de la existencia

(275) MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, op. cit., p.103.

(276) PRIETO CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. Pamplona 1985, pp. 359 y 361. Vid. también, MUÑOZ ROJAS, *Perfiles de la prejudicialidad y de otros institutos procesales afines*, en R.F.Dº.U.Gr. p.61

y validez de un contrato (277).

Aceptando esta distinción, prejudiciales lógicas serian tanto las cuestiones de indole procesal como sustantivo, pero solamente serian prejudiciales juridicas éstas últimas, con independencia de que sean susceptibles de ser objeto de un juicio autónomo o no.

No obstante, la mayoría de los autores (278) han restringido aún más el concepto de prejudicialidad jurídica, usando el término de cuestión prejudicial, unicamente para designar aquéllas cuestiones que, teniendo carácter sustantivo, pueden ser objeto de un juicio autónomo al cuál pueden parangonarse.

Este es el caso de Bölmér (279), para quién cuestión prejudicial es unicamente aquélla que reuniendo los requisitos apuntados por Menestrina, podría dar lugar a un proceso independiente.

(277) MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, op. cit., pp. 103 a 109.

(278) Vid. en este sentido, ALSINA, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, op. cit., p. 66. GOMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal Penal*, op. cit., p. 104. DEVIS ECHANDIA *De la prejudicialidad. Influencia del proceso penal en el civil y viceversa*, op. cit., p. 636, ya que aunque sin plantearlo directamente, al aludir sin embargo a la necesidad de que la cuestión pueda ser objeto de conocimiento por otro Tribunal, ello implica, obviamente, que la cuestión pueda ser objeto de un juicio autónomo.

(279) BOLMER cit. por MENESTRINA, en *La pregiudiziale nel processo civile*, op. cit. p. 102.

Partidario de esta idea también parece ser Salemi (280), quien afirma que "la cuestión prejudicial implica un juicio verdadero y propiamente dicho, que hay que realizar -o ya está realizado- imprescindible para que en el proceso en que surge, se llegue a la cuestión de fondo".

Como puede notarse, la referencia a la necesidad de que la cuestión prejudicial implique, "un juicio verdadero y propiamente dicho", no puede sino significar la necesidad de que sea susceptible de ser objeto de un proceso declarativo.

No obstante ser ésta concepción más estricta la que late en las páginas que se han escrito sobre prejudicialidad, no creemos que ello sea un obstáculo que impida contemporizar ambas en supuestos excepcionales.

Decía Chiovenda (281) que la importancia de considerar una cuestión como prejudicial en un proceso determinado, residía en que si era considerada como tal, no produciría el efecto de cosa juzgada que de suyo normal

(280) SALEMI, La pregiudiziale nei rapporti fra la giurisdizione amministrativa e penale. Riv. Dir. Proc. Parte primera, 1924 y 1925, cit. por GOMEZ ORBANEJA en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T.I, Barcelona 1947, p.136.

(281) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I. op. cit., p.421.

mente produciría, y la resolución sobre la misma solamente tendría efectos "incidenter tantum".

De las palabras del citado autor es fácil inferir su adscripción a la concepción estricta de la prejudicialidad. Si Chiovenda no considerarse que cuestión prejudicial es la que puede dar lugar a un juicio autónomo, no se comprendería cómo la resolución sobre la cuestión prejudicial produciría, en caso de que no fuera prejudicial a otro proceso, el efecto de cosa juzgada.

Si la resolución de una cuestión causa efecto de cosa juzgada, de no ser prejudicial, es que, evidentemente, dicha cuestión, puesto que puede causar tales efectos, es apta para poder ser objeto de un juicio autónomo.

Aquí está además el fundamento en que reposa la oportunidad de considerar como cuestiones prejudiciales únicamente a las que pueden ser objeto de un juicio autónomo:

Si una cuestión de carácter sustantivo no puede ser objeto de un juicio autónomo, siempre la resolución que se dicte sobre ella será "incidenter tantum". Nunca podrá tener el efecto de cosa juzgada. De ahí, que su tratamiento procesal no ofrezca problema alguno -siempre es el

mismo, siempre será con efectos "incidenter tantum"- y por ello, que no haya habido necesidad de integrarla dentro de las cuestiones prejudiciales, para poder explicar su régimen procesal.

Si una cuestión nunca puede ser enjuiciada por un órgano jurisdiccional con el carácter de principal, la resolución que se emita sobre la misma será siempre "incidenter tantum". En todo caso, dichas prejudiciales son prejudiciales intrínsecamente, no pueden tener otro carácter. De aquí la inutilidad de su consideración en tal categoría, y que, en consecuencia, se haya reservado el término prejudicial a aquellas que si podrán ser objeto de un juicio autónomo, y que surgiendo como prejudiciales, su resolución, en cambio, por el propio juez que conoce del objeto principal, únicamente tiene efectos para el caso concreto.

Es útil denominar a una cuestión que puede ser objeto de un juicio autónomo como prejudicial, ya que indica que pudiendo gozar de efectos de cosa juzgada, si es resuelta por el Juez que está conociendo del asunto principal su resolución tiene solamente efectos "incidenter tantum."

En cambio, la cuestión que no es susceptible de ser

objeto de un proceso independiente, carece de sentido calificarla como prejudicial, porque siempre, por fuerza, su resolución será con efectos para el caso concreto.

Mas, si efectivamente son sólo razones prácticas las que han circunscrito el concepto de prejudicialidad, a las cuestiones que, siendo antecedentes lógicos de la sentencia, y teniendo igual naturaleza que ésta, pueden ser objeto de un juicio autónomo, esta circunstancia no debe obstaculizar la integración en la categoría de cuestiones prejudiciales, a aquéllas que, aunque no pueden dar lugar "ab initio" a procesos autónomos, el proceso que tiene lugar para el conocimiento de las mismas, acontece, si cabe, con mayor autonomía respecto del proceso principal que en muchos otros casos. Nos estamos refiriendo a la cuestión prejudicial constitucional.

La reflexión que hemos hecho en torno a éste tema viene demandada por las características con que se ha configurado en nuestro sistema jurídico el control constitucional de las normas:

- Habida cuenta que el conocimiento y declaración de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley y actos a ella asimilados, después de que haya transcurrido el plazo de tres meses a partir de la promulgación de una

norma, plazo en el cual es posible interponer contra la misma el recurso de inconstitucionalidad, necesitará para poder sustanciarse, que la duda respecto de la constitucionalidad de la misma, surja como prejudicial en un proceso (ó como corolario del mismo, como es el caso de la autocuestión de inconstitucionalidad), debemos convenir que el objeto de la cuestión prejudicial constitucional no puede dar lugar a un proceso autónomo (282).

Aclarado por qué nos hemos detenido en la exposición de éste problema, y estudiado lo que es una cuestión prejudicial en sentido jurídico, aún cabe hacer otra distinción dentro de la misma según que la prejudicial jurídica pueda ser resuelta por el órgano judicial que está conociendo del proceso principal, ó bien necesite sustanciarse mediante un verdadero proceso, caso en que la cuestión prejudicial jurídica ha sido denominada, "causa prejudicial", o "demanda de declaración incidental".

Efectivamente -para Menestrina- causa prejudicial es la cuestión prejudicial en sentido jurídico que necesita

(282) A salvo del recurso de inconstitucionalidad, y del control previo de tratados internacionales, como expusimos en el cap. III

salir de la órbita del proceso principal, porque su resolución requiere un proceso (283).

Asimismo, para Chiovenda (284), lo que distingue a la declaración incidental de las cuestiones prejudiciales, es que la solución que requiere, necesita de las mismas condiciones y produce los mismos efectos que los de un proceso autónomo, recabando, en consecuencia, no "un simple conocimiento", sino una "verdadera declaración incidental", que tendrá efectos de cosa juzgada (285).

Analizado lo que es la prejudicialidad lógica (cuestiones prejudiciales procesales), y la prejudicialidad jurídica (cuestiones prejudiciales de carácter sustantivo), así como diferenciado dentro de éstas últimas, entre aquellas que deberán ser resueltas mediante un íntegro proceso de declaración (causas prejudiciales ó demandas de declaración incidental) y aquéllas otras que no requieren este tratamiento (cuestiones prejudiciales), pasamos a identificar las diferentes cuestiones que pueden surgir en el proceso civil, a fin de situar la prejudicial constitucional que puede nacer en el mismo, en la categoría conceptual que corresponda (286).

(283) MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, op. cit., pp. 151 a 214.

(284) CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, op. cit., pp 431 a 437, en especial, 437.

(285) Tengase en cuenta que, el que se le atribuya fuerza de cosa juzgada, no quiere decir que este efecto vincule fuera del orden jurisdiccional en que fué producido. Ello dependerá de la regulación que haya al respecto en cada orden jurisdiccional.

(286) Otra clasificación muy conocida sobre la prejudicialidad es la que nos llega a través de SALEMI, La pregiudiziale nei rapporti fra le giurisdizioni amministrativa e penale, op. cit., pp. 322 y 323, quien distingue entre punto prejudicial, cuestión prejudicial y causa prejudicial: "Punto prejudicial sería el antecedente lógico no controvertido por las partes o ya resuelto, que el Juez deduce de las alegaciones de las partes o del fallo de otro Juez. La cuestión prejudicial es el antecedente controvertido, propuesto por las partes al Juez, pendiente el proceso, inapto para originar un proceso nuevo y decidido por el mismo Juez. la causa prejudicial es el antecedente (sobre el cuál se ha entablado o está por entablarse un litigio) surgido antes o después que el proceso principal pero que pende justamente con éste, suspendiendo su curso hasta la resolución del nuevo proceso a que da lugar".

III.- ANALISIS DIFERENCIAL DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES.

Dado que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se albergan tanto cuestiones incidentales como cuestiones prejudiciales, determinar si la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil es un incidente ó una cuestión prejudicial, requiere analizar primero ambas categorías en dicho proceso.

1).- EL CONCEPTO DE CUESTION INCIDENTAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Como nuestro interés por las cuestiones incidentales es puramente instrumental, en cuanto que su estudio aquí y ahora va dirigido exclusivamente a determinar si realmente la cuestión incidental es diferente de la cuestión prejudicial, ó en el caso de que no lo sea qué puntos de conexión hay entre las mismas -a fin de situar dentro del complejo de cuestiones que pueden surgir en el proceso civil a dicha prejudicial- centraremos nuestro estudio en el tema siguiente:

Las cuestiones incidentales (287) ¿son cuestiones

(287) Vid. en general, DE MIGUEL Y ALONSO, Incidentes, Voz en NEJS, T.XII, pp.135 y ss. Vid. respecto de la afinidad entre cuestión incidental y cuestión prejudicial, MUÑOZ ROJAS, Perfiles de la prejudicialidad y de otros institutos procesales afines, en Rev.Fac.Dº.Un.Gr. n.º5, 1984, p.61.

prejudiciales?. En caso positivo ¿en qué categoría de las expuestas en el apartado anterior cabría integrarlas?.

Dado que las cuestiones prejudiciales jurídicas son las prejudiciales lógicas que se refieren a una cuestión de carácter sustantivo (y en la concepción estricta, que además pueden ser objeto de un proceso autónomo), ¿podríamos decir respecto de las incidentales intentando contraponerlas a las anteriores, que son las que se refieren a cuestiones de índole procesal, y por ende, que son únicamente prejudiciales lógicas y no jurídicas?.

¿Podríamos afirmar que la LEC denomina cuestiones prejudiciales a las cuestiones de fondo, y cuestiones incidentales a las de naturaleza procesal?. Rotundamente hay que contestar que no.

A tenor del art. 742 LEC, para que una cuestión pueda ser calificada como incidente "debera (n) tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promueva (n)".

En consecuencia, las cuestiones incidentales puesto que son antecedentes lógicos de la sentencia son cuestiones prejudiciales. Ahora bien, puesto que el art. 742

no diferencia en lo que respecta a la naturaleza de las cuestiones que reciben dicha denominación, es decir, si son de carácter procesal o material, no podemos identificar las cuestiones incidentales con las cuestiones prejudiciales jurídicas, ya que éstas -como se recordará- eran únicamente las que siendo antecedentes lógicos de la sentencia poseían carácter material, y en la concepción estricta, que además podían ser objeto de un juicio autónomo.

La LEC denomina incidentes tanto a las cuestiones prejudiciales civiles (puedan ser o no objeto de un juicio autónomo) como a las cuestiones prejudiciales de carácter procesal, siempre que para su resolución sea necesario seguir el procedimiento de incidentes previsto en los arts. 741 y ss.

El art.742 -e igual sucedía en su anterior redacción a la reforma por la que se vió afectado en agosto de 1.984 (288) - no distingue entre las cuestiones que se refieren a las cuestiones de fondo, de las que en cambio lo hacen a presupuestos del proceso. El "incidente" es cualquier cuestión, siempre que -como dice el citado precepto- "tenga (n) relación inmediata con el asunto principal, que sea objeto del pleito en que se promuevan".

Así lo ha entendido también el profesor De la Oliva, al definir la cuestión incidental como, "toda aquélla que requiere de una decisión judicial específica, distinta de la que resuelve sobre el objeto u objetos principales del proceso, por suscitarse sobre asuntos relacionados con dicho objeto, o con la concurrencia de presupuestos y requisitos del proceso o de sus actos (presupuestos y requisitos de la sentencia sobre el fondo o de la validez y eficacia del procedimiento en su conjunto o en alguna porción del mismo)" (289).

No obstante, dentro de las cuestiones incidentales, y aparte de la distinción entre incidentes de previo y de especial pronunciamiento (arts. 741, 744 y 746), existen también las que participando de las mismas características que las de carácter estricto, no necesitan en cambio de un pronunciamiento independiente, no requieren ser sustanciadas a través del procedimiento de incidentes. El Juez resolverá sobre las mismas al propio tiempo que emita la resolución con la que guarde inmediata conexión.

(288) El contenido del art. 742 antes de la Reforma decía: "Dichas cuestiones para que deban ser calificadas de incidentes, deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan o con la validez de dicho procedimiento".

(289) DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal, Vol II, op. cit., p.464.

El art.55 LEC proporciona la base legal. A tenor del mismo: "Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvencción en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efectos las providencias y autos que dictaren y para la ejecución de la sentencia".

Como cabe apreciar, el concepto de "incidencias" a que se refiere el precitado artículo, alberga más cuestiones que las contenidas en el art. 741. Tengase en cuenta por ejemplo, que el conocimiento de un hecho impeditivo es naturalmente una cuestión incidental, ya que tiene relación inmediata con el asunto del objeto principal. Por ello también es una cuestión prejudicial. Ahora bien, su resolución tendrá lugar en la sentencia. Es una cuestión incidental en sentido amplio, no requiere de un pronunciamiento específico e independiente, mas ello no significa que no sea una cuestión incidental, y por ende que no sea una cuestión prejudicial.

Las cuestiones incidentales tanto en sentido estricto como en sentido amplio son cuestiones prejudiciales. Cuando para su resolución sea necesario un procedimiento, aunque sea incidental, son cuestiones inci-

dentales en sentido estricto. En otro caso, cuando no necesiten de pronunciamiento separado y específico, alegadas como las anteriores por medio de excepciones, se denominan cuestiones incidentales en sentido amplio. En ambos casos la resolución sobre las mismas únicamente tendrá efectos "incidenter tantum".

Tengase en cuenta -como expusimos- que la cuestión prejudicial para serlo, lo que requiere es que sea antecedente lógico necesario de la sentencia, no que suspenda el procedimiento ni que su resolución requiera un pronunciamiento específico. Por lo demás, tan sólo las llamadas causas prejudiciales ó demandas de declaración incidental, necesitaban salir de la órbita del proceso principal, y ser resueltas en un procedimiento independiente en el cuál la resolución sobre la misma -puesto que era objeto principal- tendría naturalmente efectos de cosa juzgada.

Como vimos, tales circunstancias lo que decidiran es pues la clase de cuestión prejudicial, mas no el que una cuestión posea o no este carácter. Una cosa es los efectos que otorgue la LEC a una determinada resolución y el procedimiento que deba seguirse para llegar a su emisión, y otra la naturaleza de la cuestión.

La cuestión prejudicial lógica es aquélla que es antecedente lógico necesario de la sentencia. Esta cualidad la posee la cuestión incidental, tanto las que lo son en sentido amplio como en sentido estricto. Que para su resolución no siempre sea necesario un pronunciamiento separado y específico, no altera la naturaleza de la cuestión, como tampoco que no suspenda la tramitación del procedimiento. El Juez es competente para conocer de todas ellas con efectos "incidenter tantum", precisamente porque son cuestiones prejudiciales.

Las cuestiones incidentales se proponen mediante excepciones, entendido este término en su sentido amplio (290), es decir, integrando en consecuencia tanto aqué

(290) Si la acción es el derecho subjetivo público a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia de fondo de contenido concreto, la excepción es la fórmula mediante la cual el demandado se opone a la estimación de la demanda, de cualquier manera que no sea la mera negación de los hechos, ó de los fundamentos de derecho de la misma. Debe tenerse en cuenta que no solo puede excepcionar el demandado. También el actor, puede introducir un hecho que excepcione a su vez la excepción alegada por el demandado. Esto es, un hecho impositivo extintivo ó excluyente, del hecho traído al proceso por el demandado, y que impidiendo, la aplicación, de la norma jurídica invocada por éste, impide que el Juez tome en consideración la excepción del actor. Se excepciona pues, tanto cuando se niega el derecho del actor al proceso alegando la existencia de óbices procesales, ó la carencia de presupuestos de esa misma naturaleza, en virtud de los cuáles se pide al juez que no entre en el fondo de la acción afirmada, como también cuando se niega el derecho de acción, mediante la introducción de hechos nuevos (impositivos, extintivos ó excluyentes) fundamentadores de la aplicación de una norma distinta de la invocada por el actor y que favorece el demandado, por mor de los cuáles se pide al Juez que desestime en el fondo la acción deducida en la demanda.

Desde ésta perspectiva, excepción se contrapone a mera negación, integrando tanto a excepciones de naturaleza procesal, como de naturaleza material, y dentro de éstas últimas, a hechos de muy variada significación jurídica. Vid. sobre este tema, GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., pp. 270 y 271. Vid. también, DE LA PLAZA, Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones, R.D.P. 1945, n.1, pp. 29 a 58, en concreto, p. 32, donde ofrece una visión

llas que niegan, ó bien el válido nacimiento de la obligación jurídica de la que nace el derecho, ó la pervivencia del mismo, ó la validez de la relación jurídico procesal, así como también, las que sin negar el fundamento jurídico de la acción suponen el ejercicio de un contraderecho frente a la misma, es decir, "de un derecho de impugnación" y por tanto "potestativo, dirigido a la anulación de la acción" (291).

En consecuencia, dado que entre las cuestiones incidentales (en sentido estricto y en sentido amplio) puede haber cuestiones prejudiciales de carácter civil, que

sin-tética de los diversos significados de "excepción". En este sentido, expone: "En la más generalizadora concepción, excepción se identifica con la idea de medio (cualquier medio), que sirve al demandado de base para pretender a desestimación de la demanda; la más restrictiva sólo califica de excepción, los hechos, (impeditivos ó extintivos) que por si solos, no impidan la acción, pero que una vez alegados, atribuyan al demandado un poder jurídico de anulación, que puede ejercitar o no. En la zona intermedia la excepción se concibe, no como una negativa del hecho constitutivo, que permite actuar al que acciona, sino como contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que hace inoperante la acción ejercitada. Vid. también, DEVIS ECHANDIA, El derecho de contradicción: defensas y excepciones. R.D.P 1963, n.3, p.s. 393 y ss. (291) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho procesal Civil, Vol.II, op. cit., p.368. Dejando aparte la excepciones de carácter procesal, para cuyo estudio en profundidas puede verse BULOW, la teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, Buenos Aires 1964), existe un concepto estricto de excepción -la llamada por Chiovenda excepción en sentido propio-, y que se distinguiría, del resto de las excepciones de naturaleza material -defensiones- ó excepciones impropias, en que mientras éstas niegan, o bien el válido nacimiento de la obligación jurídica de la que nace el derecho, ó la pervivencia del mismo, aquellas, sin negar el fundamento jurídico de la acción, y, aceptando en consecuencia que la acción está fundamentada, suponen el ejercicio de un contraderecho frente a la acción, es decir, como dice Gomez Orbaneja "de un derecho de impugnación" y por tanto "potestativo, dirigido a la anulación de la acción". De aquí que el mismo autor haya dicho que, "las excepciones en sentido estricto, son el derecho de eludir una prestación debida". Vid sobre esta cuestiones, CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Pprocesal Civil, Vol.II, op. cit., pp. 368 y ss.; y GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit. pp.271 y 272.

siendo antecedente lógico necesario de la sentencia sean además susceptibles de ser objeto de un juicio autónomo, (p. e. la cuestión incidental en sentido amplio que versa sobre un hecho impeditivo de la acción ejercitada) debemos convenir que la LEC denomina incidentes tanto a cuestiones prejudiciales que unicamente tienen carácter lógico como a las que tienen carácter jurídico.

Si bien normalmente, que su resolución sea con efectos "incidenter tantum" (art.55 LEC) es una solución acertada, ya que el sentido de ello es dotar de mayor agilidad y economía procesal posible a los juicios, por lo que como opina Prieto Castro (292)- "la Ley no trata de imponer al Juez el trabajo de examinar el fondo y cada una de las cuestiones incidentales, con la misma amplitud y profundidad, ni el decidir sobre éstas con resolución de igual eficacia que la sentencia que recae sobre el asunto principal", el problema surge cuando el hecho alegado como excepción pueda oponerse también como fundamento de la acción reconvenzional (293), ya que aun

(292) PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol.II, op. cit., p.359.

(293) Siendo el fin propio, ó al menos uno de los que puede tener la demanda reconvenzional, el defenderse de la acción ejercitada por el actor, puede colegirse que la acción ejercitada por el demandado y que le convierte en actor, puede tener como fin obtener la declaración de una relación jurídica que impida la estimación de la demanda del actor.

que al igual que en el caso de la reconvencción se produce una ampliación del material fáctico del proceso, esta ampliación no provoca sin embargo la del objeto del mismo. Evidentemente dado que la resolución de la excepción sólo tiene efectos "incidenter tantum", puede suceder que incoado posteriormente un proceso en el que se fundamente la acción en el mismo hecho que fue alegado como excepción, la sentencia que se dicte sobre esta relación jurídica resuelva sobre el hecho de manera diversa a aquélla que conoció del hecho como excepción.

Como la suspensión del proceso civil mientras se sustancia otro cuya resolución sea antecedente lógico del primero ante otro Tribunal civil no está prevista, ya que que como Gómez Orbaneja opina (294), aunque se podría tratar de salvar el problema mediante la utilización del expediente de acumulación de autos (art. 161 y ss.), la interpretación jurisprudencial restrictiva realizada respecto de los arts. 164 y 165 impide la instrumentalización de estos preceptos, hemos de decir que no existe remedio alguno para evitar esta contradic

294) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho procesal Civil, Vol.I, op. cit., p.356.

ción (295).

Sin embargo, de este problema no cabe deducir que no esté prevista la prejudicialidad civil en el proceso civil, sino la suspensión del proceso civil mientras pende otro proceso civil que juegue como prejudicial del primero (296), y ello, porque es imposible que conforme a los principios del proceso civil pueda realizarse tal suspensión (297).

(295) Los profesores de Derecho procesal se plantearon este problema en su proyecto profesoral, Corrección y actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil T.I, Madrid 1972, pp. 214 y 215, arbitrando como solución al mismo, la posibilidad de que el órgano jurisdiccional que conoció de la cuestión prejudicial con efectos "incidenter tatum", dictamine lo que crea conveniente respecto de los efectos que debe surtir la posterior sentencia en la que la misma cuestión es decidida como asunto principal respecto de la anterior. Concretamente, el Proyecto Profesoral en su art. 70 dice así :

I.- Si durante la pendencia de un asunto civil se suscitare alguna cuestión que pudiera ser determinante de la decisión, y hubiera de ser resuelta por otro Tribunal que ejerza jurisdicción civil, o en expediente de jurisdicción voluntaria, la parte interesada podrá plantearla ante el Tribunal competente, pero las actuaciones sólo se suspenderán si ambas estuvieren conformes.

II.- No mediando dicha conformidad el tribunal que entienda del asunto conocerá de la expresada cuestión, al sólo efecto de poder dictar resolución sobre el fondo.

III.- Si en el juicio seguido ante el tribunal competente recayere resolución que estatuya de distinto modo, sobre la cuestión decidida prejudicialmente por el otro tribunal, la parte interesada presentará a éste dicha resolución, para que con audiencia de la parte contraria, por el plazo que el mismo señale, establezca los efectos que daba producir sobre su decisión anterior.

Contra la resolución que en este caso se dicte cabrá interponer el recurso de apelación y el de casación en sus respectivos casos."

Como puede apreciarse, la regla general, a no mediar acuerdo las partes, es atribuir competencia para el conocimiento de la cuestión prejudicial, al Tribunal que está conociendo del asunto principal, aunque sea sólo al efecto de poder dictar resolución sobre el fondo, es decir, la misma que nosotros hemos derivado de la interpretación del art. 55 y 741 y ss. de la LEC.

(296) Por ello, aquéllos autores para los que la suspensión del proceso es una característica fundamental de las cuestiones prejudiciales, llegan casi a considerar que no está prevista la prejudicialidad civil en el proceso civil. Vid. a título de ejemplo, DE LA OLIVA con FERNANDEZ LOPEZ, Lecciones de Derecho Procesal Vol.II, op. cit., p. 463.

(297) La presencia de una cuestión prejudicial civil en el proceso civil no suspende el mismo por las siguientes causas:

Por ello, considerar como hemos dicho que la introducción de la excepción no da lugar sino aun pronunciamiento con efectos "inter partes", es imperativo. Pensar de manera contraria induciría a que si la alegación de la excepción aumentara automáticamente el objeto del juicio, ello supondría el conocimiento de una demanda reconvenzional (298,) y en aquéllos casos que el Juez careciese de competencia objetiva, supondría la imposibilidad de que el demandado pudiera oponerse a la acción del actor mediante la alegación de ese específico hecho (299).

Como expone Chiovenda "Lo característico de la ex

En primer lugar, si la suspensión del proceso civil fuera posible en virtud de una prejudicial civil, el libre derecho de acudir a los Tribunales se vería cercenado por el miedo a que con motivo de la acción ejercitada, pudieran enjuiciarse otras -de cuantía económica muy superior- que al actor no interesare fueran discutidas en juicio.

En segundo lugar, dado que se trata del proceso civil, regido en consecuencia por el principio dispositivo, bastaría que el demandado que hubiese introducido la cuestión prejudicial no ejercitase su acción, ó bien interponiéndola utilizase todos los expedientes necesarios para retardar el curso de ese proceso prejudicial, para que quedase a su vez retrasada la marcha del principal, y entonces, debería levantarse la suspensión del proceso principal?

(298) Vid. sobre la reconvección DINI, la domanda reconvenzionale nel diritto processuale civile, Milano 1960.

(299) Por lo demás, así lo ha estimado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de STC 30/84 de 6 de marzo BOE 3-4-84 f.j.2 en la que reconoce que el derecho a la defensa supone el derecho a oponer a una acción todas las excepciones que pueda utilizar el demandado. Concretamente en dicha sentencia el Tribunal sostiene que, el Juez de distrito competente para conocer en el correspondiente juicio declarativo por impago de dos letras de cambio por razón de la cantidad reclamada (inferior a 50.000 pts) es competente para conocer de la excepción opuesta por el demandado basada en la nulidad del contrato causal subyacente aunque la cuantía de este sea superior a dicha cantidad. Hubo pues, expresa al Tribunal Constitucional, indefensión, al negarse el Juez a conocer de la excepción, sin que por otra parte hubiese adoptado otra solución que la de inhibirse a favor del Juzgador de Primera Instancia.

cepción, es que no tiene otro efecto que el anular la acción, es decir, aquella única acción que ha sido propuesta (por el demandante), y contra la cuál se dirige, dejando intacta la relación jurídica con todas las otras acciones que puedan derivar de ella en el futuro" (300).

En consecuencia, lo que no está previsto en la LEC es la suspensión del proceso civil por una cuestión prejudicial civil, mas no, desde luego, el que pueda surgir una cuestión de esta índole en dicho proceso, ya que como expresa Prieto Castro (301), lo que no está previsto en nuestro Ordenamiento procesal civil es la ampliación de la demanda una vez que ésta haya sido contestada (arts. 157, y 548, 2.º pfo LEC), y la reconvencción en los casos en que ésta no proceda (art. 542, 3.º pfo LEC).

Así las cosas, parece que la LEC diferencia los institutos, no por la naturaleza de éstos, sino por los efectos que por razones de oportunidad y conveniencia les atribuye.

En resumen, dentro pues de las cuestiones incidenta

(300) CHIOVENDA Instituciones de Derecho procesal Civil, Vol.II, op. cit., p.369.
(301) PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol. II, op. cit., p.360. Vid. tambien RAMOS MENDEZ, Derecho Procesal Civil, Vol.I, Barcelona 1985, p.452.

les hemos de distinguir dos clases de cuestiones:

- Cuestiones incidentales en sentido estricto y cuestiones incidentales en sentido amplio. Las primeras son aquéllas que pudiendo ser de naturaleza civil o procesal necesitan para su resolución de un procedimiento incidental. Los efectos de su enjuiciamiento -conforme prescribe el art. 55 LEC- serán "incidenter tantum". Las segundas, cuestiones incidentales en sentido amplio, poseen las mismas características que las anteriores pero son resueltas al propio tiempo de la resolución de la que son antecedente lógico necesario. Todas ellas pues, son resueltas con efectos "inter partes" (302) (303).

(302) Parece estar enfrentado a ésta opinión que sostenemos el art. 488, mas, dado que no cabe en nuestro derecho la ampliación de la demanda, esas demandas incidentales a las que alude el art. citado, tendrán que ser resueltas como opina PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol.II, op. cit., p.360, con efectos "incidenter tantum", o sea como cuestiones incidentales.

(303) La única cuestión prejudicial que regula la LEC de carácter civil a cuya resolución dota del efecto de cosa juzgada, es la demanda de tercera (arts. 488 y 1.532 y ss..) su resolución surte efectos de cosa juzgada, cualidad que en cambio como venimos argumentando no posee la cuestión incidental, que siempre será resuelto con efectos "incidenter tantum". Dado que esta surge en el proceso de ejecución, y que nuestro estudio sobre las cuestiones prejudiciales e incidentales se ha proyectado sólo dentro del proceso declarativo, hemos preferido dejarla fuera de nuestro análisis.

2).- CUESTIONES PREJUDICIALES Y CUESTIONES INCIDENTALES EN EL PROCESO CIVIL.

Diferente estado de cosas ocurre con las cuestiones que siendo antecedentes lógicos de las sentencia civil sean de carácter penal (arts. 362, 514, 1804, y 1089 a 1091 LEC) (304). Estas si reciben por la LEC, en cambio, la denominación de "cuestiones prejudiciales".

Rasándonos en ésta atribución del término prejudicial a las cuestiones prejudiciales penales, dado que por otra parte que las prejudiciales civiles y administrativas se regulan en la Ley de Enjuiciamiento como un problema de conflicto entre jurisdicciones (74 LEC) (305), estimamos que la LEC sólo utiliza dicho término, para referirse a las cuestiones prejudiciales heterogéneas (306) que sean susceptibles de ser objeto de un juicio autónomo.

(304) Sobre el carácter de prejudiciales de estas últimas, vease MUÑOZ ROJAS, Algunas facetas de los juicios universales, en Constitución, Derecho y proceso, Estudios en memoria de los profs. V. Herce Quemada y A. Duque Barraganes, Zaragoza 1983, p.578. Vid en general, CARRERAS LLANSANA, Preceptos procesales penales en las leyes civiles, en Estudios Fenech-Carreras, Barcelona 1962, pp. 761 a 783.

(305) Así lo entiende FEREZ GORDO, siguiendo al prof. Fenech, en Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil, op. cit., p.39.

(306) Salvo error, no hemos encontrado un sólo precepto dentro de la LEC, (si, en cambio, en el Decreto de 21-11-1952, art. 54, mas, tengase en cuenta, que éste refiere una cuestión prejudicial excluyente), que utilice para referirse a las cuestiones prejudiciales de orden civil, el término de cuestión prejudicial.

Dando un paso más, dado el diferente tratamiento que tienen las cuestiones prejudiciales penales y las cuestiones incidentales, ¿no será que la LEC reserva la denominación de cuestiones prejudiciales, a aquéllas que suspendiendo el procedimiento defieren la competencia?

A la interrogante formulada en nada le afecta la reforma efectuada por el art. 10 de la LOPJ. Si bien antes, siempre que surgiese una cuestión penal en el proceso civil, éste debería de suspenderse mientras que se sustanciara aquélla, ahora, la diferencia introducida por el art. 10,2 LOPJ (307) a éste respecto, consiste en que la cuestión prejudicial penal para que suspenda el proceso civil, debe de poseer unas determinadas circunstancias. O bien ser imprescindible su tramitación para la debida decisión del proceso civil, ó condicionar directamente el contenido de aquél, cualidades que, como ya puso de manifiesto la doctrina, al criticar la suspensión automática del proceso civil en presencia de una prejudicial penal, son de difícil aparición. Ahora bien -y ello es lo importante a las resultas de nuestro estu

(307) Art. 10 LOPJ: 1. A los solos efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente; 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras que aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca."

dio- siguen teniendo que ser resueltas por un órgano jurisdiccional diferente. Siguen siendo devolutivas. Nunca un juez civil podrá conocer de una cuestión prejudicial penal.

Para la LEC en consecuencia, parece que las cuestiones prejudiciales que existen son siempre devolutivas ó excluyentes, característica que no es propiamente intrínseca -tal como vimos- del concepto de cuestión prejudicial, sino de la que llamaban Menestrina y Salemi causa prejudicial, ó demanda de declaración incidental en la terminología de Chiovenda, que además naturalmente es resuelta con efectos de cosa juzgada.

Llegados aquí podemos decir, que la LEC no utiliza el término de cuestión prejudicial, para referirse a aquellas cuestiones prejudiciales cuya competencia viene atribuida al propio Juez que está conociendo del objeto principal, y que serán resueltas por el mismo con efectos "inter partes". A esta clase de cuestiones las denomina cuestiones incidentales.

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

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

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

I.- LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. ¿CUESTION PREJUDICIAL O CUESTION INCIDENTAL?.

Quando el órgano judicial, de oficio ó a instancia de parte, consiere que la norma que incide en su fallo pudiera ser inconstitucional, si así lo sigue consierando después de que tenga lugar la audiencia prevista por el art. 35,2 LOTC, dictara auto suspendiendo el proceso en curso, y promoverá cuestión ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, si no se dan las circunstancias previstas por la normativa al respecto (art. 35,1 LOTC y concordantes), la duda surgida será resuelta por el propio Juez que está conociendo del proceso (308).

Los supuestos son variados. Mas, siendo pronuncia

(308) Art.35: 1º. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancias de parte, consiere 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 oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

mientos que el órgano judicial debe realizar, es necesario el análisis de los mismos a fin de determinar el régimen procesal al que quedarán sometidos.

Es interesante en consecuencia, describir cuáles serán aquéllos pronunciamientos que rechazarán la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad. Ello nos permitirá determinar cuál es el supuesto concreto, que dará lugar en cambio a dicho control.

Dado que la normativa al respecto únicamente impone la obligación de elevar la cuestión de inconstitucionalidad, respecto de normas con fuerza de ley que puedan ser contrarias a la Constitución e incidan en el fallo del proceso, el órgano judicial no promoverá la misma en los siguientes casos:

1).- Cuando contrastado la norma ordinaria con la Constitución, consiere que la constitucionalidad de la misma está fuera de duda, ya porque estime que es constitucional, ó bien porque cabe realizar una interpretación constitucional de la misma que posibilite su aplicación en conformidad con la Constitución.

2).- Cuando la norma de cuya conformidad con la

Constitución se duda, aún siendo contraria sea preconstitucional, supuesto en que el propio Juez que está conociendo dicho de dicho proceso, podrá, en aplicación de la cláusula derogatoria de la Constitución, considerarla derogada.

3).- Cuando la norma que haya suscitado las dudas no incida en la resolución que tiene que emitir, ó no tenga fuerza de ley.

Como puede apreciarse, depende de la decisión del órgano judicial que esta duda respecto de la constitucionalidad de una norma, se resuelva mediante una simple resolución (que la dictará el mismo), ó bien mediante todo un proceso de conocimiento (que se llevará a cabo ante el Tribunal Constitucional).

Tal situación, por lo demás, nos es bien conocida, ya que era la propia de las llamadas por Fenech cuestiones prejudiciales devolutivas relativas (309) -también denominadas por Gómez Orbaneja excluyentes facultativas (310)- que eran aquéllas que, debiendo ser resueltas por un órgano jurisdiccional distinto, podían

(309) FENECH, Derecho Procesal Penal, (Instituciones) Barcelona 1947, p.113.

(310) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, Madrid 1984, p.107

ser resueltas en determinadas circunstancias por el órgano judicial que estaba conociendo del proceso principal.

En cierta forma pues, ocurre ahora igual que ocurría con cierta clase de cuestiones prejudiciales en el proceso penal, antes de la reforma que en él se ha operado por el art. 10 de la LOPJ:

- Si respecto de determinada clase de cuestiones prejudiciales, afirmaba Fenech (311) que "es facultativo en cierta manera para el titular penal de la jurisdicción, remitir o no el conocimiento de una pretensión prejudicial a una jurisdicción distinta, puesto que sólo en el caso de que estime la concurrencia de aquéllos presupuestos debe acceder a ello", respecto de la cuestión de inconstitucionalidad se puede afirmar casi lo mismo.

Solamente cuando concurren determinadas circunstancias el órgano judicial estará obligado a promover la cuestión de inconstitucionalidad. En las demás ocasiones, el mismo órgano ante el que se plantea la duda podrá re

(311) FENECH, Derecho Procesal Penal, op. cit. pp. 119 y 120.

resolver la cuestión.

Así las cosas, el régimen jurídico de la duda sobre la constitucionalidad de una norma que debe recibir aplicación en el proceso no es uniforme:

- En unas ocasiones la duda respecto de la constitucionalidad de una norma será resuelta por el propio Juez ante el que surge dicha cuestión, en otras, en cambio, deberá ser elevada al Tribunal Constitucional. Todas ellas, sin embargo, son cuestiones prejudiciales en sentido lógico, puesto que habrán de resolverse antes de emitir la sentencia.

Así la regulación, debemos plantearnos si este tratamiento polivalente que ofrece la duda respecto de la constitucionalidad de una norma, es asemejable con el de una cuestión prejudicial.

A este respecto hemos de contestar positivamente. Una cuestión para ser prejudicial no necesite dar lugar a un proceso. Aparte de las razones ya apuntadas en el capítulo anterior, así además se deduce claramente de los arts. 3 y ss. de la Lecrim, ya que tan cuestión prejudicial es aquella que en los casos previstos por la

mencionada ley es resuelta por el Tribunal penal, como la que es deferida para su conocimiento al Juez civil ó al Tribunal de lo contencioso-administrativo.

Ahora bien, dado que como hemos estudiado, la LEC reserva el nombre de cuestión prejudicial a aquellas cuestiones prejudiciales cuyo conocimiento es deferido a otro Tribunal, reservando el término de incidente para referirse a las que son resueltas por el Juez civil, dada la necesidad que tiene la prejudicial constitucional de un proceso autónomo para sustanciarse, nos parece más apropiado denominar el control constitucional en vía incidental en el proceso civil, cuestión prejudicial constitucional.

Por otra parte, si debiéramos calificarla según los criterios sentados en el capítulo anterior, es evidente que estaríamos ante una causa prejudicial en la terminología de Menestrina, ó como la llamaría Chiovenda, una demanda incidental.

Los casos en que la duda respecto de la constitucionalidad de una norma es resuelta por el propio Juez civil, dado que su tratamiento procesal en nada difiere de las llamadas por la LEC cuestiones incidentales, ya que al igual que éstas, serán resueltos por el propio

Juez que está conociendo del asunto principal, mediante un pronunciamiento específico separado e independiente, que únicamente surtirá efectos "inter partes", conviene asimismo denominarlos de dicha forma, es decir, incidentes de constitucionalidad.

Por último, en el caso de que se consiere -como así lo ha hecho el Tribunal Constitucional (312)- que si el órgano judicial estima que la duda sobre la constitucionalidad de una norma es manifiestamente infundada, no es necesario un pronunciamiento específico en que así lo declare, esta cuestión, indudablemente, pasaría a ser una cuestión incidental en sentido amplio, ya que no requiere ser sustanciada a través de un procedimiento.

A continuación estudiaremos los casos en que la duda constitucional se resuelve por el propio órgano judicial que está conociendo del proceso en que surge.

(312) Auto 791/84 de 19 de diciembre.

II.- RESOLUCIONES DENEGATORIAS DE LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1).- RESOLUCION DEL JUEZ "A QUO" DENEGATORIA DE LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR ESTIMAR MANIFIESTAMENTE INFUNDADA LA DUDA RESPECTO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA OBJETO DE EXAMEN.

Cuando el órgano judicial despues de celebrar la audiencia prevista por el art. 35 LOTC, consiere que la norma de cuya constitucionalidad se duda es constitucional, denegará mediante auto la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

Aunque el supuesto normal será que ésta actuación se produzca cuando la duda respecto de la constitucionalidad de la norma haya sido puesta de manifiesto por las partes del proceso, y no por el órgano judicial, ya que es un tanto incoherente que éste suscite la duda, y luego consiere que la misma es manifiestamente infundada, de todas formas, no hay precepto en la LOTC que impida que el Juez que en principio dudó de la constitucionalidad de una norma, después de oidas las partes del proceso en la audiencia prevista por el art. 35,2 LOTC, así como al Ministerio Fiscal, cambie de parecer.

El órgano judicial no está vinculado a su propia duda inicial. Además, dado que el fin de las alegaciones

de las partes y del órgano judicial -como ya vimos- es contribuir como dice el Tribunal Constitucional (313) a "depurar el control constitucional", puede suceder que dicha audiencia disipe la duda respecto de la constitucionalidad de la norma, y en consecuencia el órgano judicial la considere en conformidad con la Constitución.

EL problema en esta causa de denegación, es el que viene dado por el supuesto un tanto anómalo, en nuestra opinión, mas dado su refrendo por el Tribunal Constitucional conveniente de ser tomado en cuenta, de la no necesidad de pronunciamiento específico del órgano judicial, sobre la insinuación por las partes dentro del proceso "a quo" de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando en opinión de aquél ésta sea manifiestamente infundada. Esto es, el silencio judicial como respuesta. Dado sin embargo que esta cuestión ya fué estudiada (314), sigamos con nuestra exposición.

Los órganos jurisdiccionales, puesto que si dudan de la constitucionalidad de las normas que inciden en sus resoluciones deben promover la cuestión de inconstitucionalidad, tienen, a "sensu contrario", competencia para

(313) STC. 21/85 de 15 de febrero BOE 5-3-85 .

(314) Vid. supra pp. 212 a 216.

declarar la constitucionalidad de éstas, mas sólo con efectos para el caso concreto del que están conociendo, siendo ésta competencia una facultad intrínseca a la de administrar justicia, desde el momento en que -conforme al art. 163 de la CE- los órganos jurisdiccionales deben, antes de aplicar una norma, enjuiciar su conformidad con la Constitución

Ahora bien, ésta calificación de "constitucional" que da a la norma el órgano judicial -puesto que al no promover la correspondiente cuestión, ello quiere decir que la consiera en conformidad con la Constitución- únicamente tiene efectos para el caso concreto, ya que de entenderse que las normas que sean aplicadas por el poder judicial al realizar su función de administrar justicia, deben consierarse constitucionales de una vez y para siempre, por el mero hecho de haber sido aplicadas, ello supondría anular por completo la posibilidad de control de la constitucionalidad de las normas, amén de la entrega casi exclusiva del control constitucional al poder judicial.

La duda respecto de la constitucionalidad de una norma es presupuesto suficiente y bastante para crear en el órgano jurisdiccional la obligación de elevar la cues-

ción de inconstitucionalidad, con independencia de que otros Jueces, al aplicarla, la hayan considerado constitucional (315).

Los órganos jurisdiccionales no tienen competencia para declarar inconstitucionales las normas que se opongan a la Constitución (art.163), si la tienen, en cambio, para consierarlas constitucionales en el caso concreto.

(315) Nuestra regulación es pues diferente a la alemana a la italiana. En el ordenamiento alemán no basta la duda respecto de la constitucionalidad de la norma para crear en el órgano judicial la obligación de elevar la cuestión. Solamente en el caso de que el órgano judicial esté convencido de su contradicción deberá elevar la cuestión de inconstitucionalidad. El caso italiano es diferente. Vid pp.214 y ss.

B).- RESOLUCION DEL JUEZ "A QUO" DENEGATORIA DE LA PROMOCION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR CONSIDERAR QUE LA NORMA OBJETO DE LA DUDA ESTA DEROGADA.

Como este tema será estudiado en profundidad posteriormente (316), trataremos ahora con brevedad del mismo.

Dado que conforme a la cláusula derogatoria de la Constitución quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido a la misma, los órganos judiciales deberán, cuando duden de la concordancia de la norma que tienen que aplicar con la Constitución, comprobar si la norma es preconstitucional ó postconstitucional, ya que en el primer caso, si poseen el absoluto convencimiento de que la norma es contraria a la Constitución (317), podrán, consierándola derogada, inaplicarla en ese caso concreto.

Debe observarse que dado el tenor de la cláusula derogatoria -y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional (318)- el Juez sólo podrá consierar la norma dero

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

(317) Tengase en cuenta, que la cláusula derogatoria requiere para poder ser actuada, que la norma ordinaria se oponga a la Constitución, mientras que el art. 163 CE, demanda simplemente, para que haya obligación de promover la cuestión de inconstitucionalidad que la norma pueda ser contraria.

(318) Conforme a la STC. 28-1-1982, "Para que opere la derogación de la Disposición 3. de la Constitución sobre una ley, la disconformidad de ésta ha de darse en términos de oposición con la

gada, en el caso de que esté convencido de su contradicción con la Constitución. Si tiene dudas respecto de la disconformidad de la misma, no estará dicha norma bajo el supuesto que contempla la mencionada cláusula, que -como hemos hecho constar- únicamente declara derogadas, las normas que se opongan a la Constitución, y no aquéllas que estén en cualquier otro grado de contradicción con la misma. Por tanto, si el órgano judicial duda de esta flagrante oposición, no podrá consierar derogada dicha norma.

Nótese que, en el caso de las normas preconstitucionales, decimos "podrá" y no "deberá", como sucede en el caso de las postconstitucionales, porque así como respecto de éstas la prescripción de promover la cuestión de inconstitucionalidad es tajante, respecto de aquéllas, depende de que el órgano judicial consiere o no que están derogadas. Si estima que la norma cae bajo el ámbito de la cláusula derogatoria, dado que el art. 35 LOTC impone como requisito que la norma incida en el fallo y, no puede incidir en el fallo la norma que no está vigente, no tendrá que promover sobre la misma la respectiva cuestión de inconstitucionalidad.

Constitución, y sólo podrá declararse cuando su incompatibilidad con la norma suprema resulte indudable por ser imposible interpretarla conforme con la Constitución".

Aunque éste razonamiento -debido a Rubio Llorente (319)- es jurídicamente acertado, ya que es evidente que para que una norma pueda ser aplicable, antes tiene que estar en vigor, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones a favor de la posibilidad de poder promover cuestiones de inconstitucionalidad, respecto de normas cuya promulgación sea anterior a aquélla.

En este sentido, se ha expresado en una de sus más tempranas sentencias declarando que:

"Así como frente a las leyes postconstitucionales, el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma, pero pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad" (320).

No obstante ser éste un tema que volveremos a tratar, no queremos dejar pasar la ocasión sin insistir en el carácter discrecional, que no arbitrario, que tendrá el elevar cuestiones de inconstitucionalidad respecto de normas preconstitucionales. De ahí, que lo hayamos planteado como posible pronunciamiento del órgano jurisdiccional.

(319) RUBIO LLORENTE, Voto particular a la STC 14/81 de 29 de abril, BOE 21-5-81.
(320) STC 4/81 de 2 de febrero, BOE 24-2-81.

En consecuencia, no podemos por menos de discrepar de la opinión de Rubio LLorente, cuando en el Voto particular que hace a la Sentencia de 29-4-1981 (321), dice textualmente:

"La norma cuestionada es una norma anterior a la Constitución y, en consecuencia, los órganos de la jurisdicción ordinaria, según tiene declarado éste Tribunal, pueden inaplicarla si la entiende contraria a la Constitución, siempre que acerca de su validez no se hayan producido decisiones contradictorias que justifiquen una decisión erga omnes".

De la lectura de dicho párrafo parece colegirse que, cuando respecto de una norma preconstitucional haya habido decisiones contradictorias respecto de su vigencia ó derogación, los órganos jurisdiccionales deberán (ya no simplemente "podrán") elevar al Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión respecto de dicha norma.

Teniendo en cuenta el carácter imperativo de la cláusula derogatoria, si bien es cierto que, si existen

(321) STC. 14/81 de 29 de abril, BOE 21-5-81.

decisiones contradictorias, ello quiere decir que existan dudas sobre la derogación de dicha norma, y que sería conveniente que se elevara al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma, el órgano jurisdiccional que no tenga duda sobre su contradicción podrá consierar derogada dicha norma.

Por otra parte, ¿cómo se puede saber con certeza si un órgano jurisdiccional está enterado, de que sobre una específica norma se han producido decisiones contradictorias respecto de su vigencia o derogación?

Realmente, o bien el mandato de elevar cuestiones de inconstitucionalidad pesa unicamente sobre las normas postconstitucionales, pudiendo utilizarse también en el caso de las preconstitucionales, ya que como ha declarado el Tribunal Constitucional, cuando existen dudas respecto de la vigencia de una norma el tema deja de ser de derogación para pasar a serlo de validez, puesto que no hay seguridad en que la norma esté derogada, ó bien tendría que dirigirse con carácter preceptivo, sin exclusión de excepción alguna, (ó si la hubiese determinada a priori), respecto de cualquier clase de normas, ya que carecería de efectividad expresarse en otros términos por las razones que han quedado apuntadas.

Es ahora el momento, en que podemos concluir que la "duda" y la "certeza" sobre la inconstitucionalidad de una norma reciben diferente tratamiento procesal:

A).- Si la norma es posterior a la Constitución, la "duda" sobre su constitucionalidad dará lugar a la suspensión del proceso en curso, con la correspondiente elevación de la cuestión al Tribunal Constitucional.

B).- Si la norma es anterior a la Constitución, y no existe seguridad sobre su manifiesta contradicción (es decir, si se encuentra o no derogada), lo que existe entonces es la "duda" de que sea constitucional, y ello conducirá, del mismo modo, a que se eleve la cuestión de inconstitucionalidad, suspendiéndose igualmente el proceso en curso (322).

En cambio, la certeza respecto de la contradicción de la norma con la Constitución, llevará a las actuaciones siguientes:

(322) Debemos advertir que en ocasiones, quizás lo que deba suspenderse no es el íntegro procedimiento sino simplemente la adopción de una determinada resolución, que es sobre la que incide la norma que se cuestiona. Vid en este sentido PIZZORUSSO, lecciones de Derecho Constitucional, Vol.II, Trad. Jimenez Campo, Madrid 1984, p.35.

- Si es norma postconstitucional a promover la respectiva cuestión de inconstitucionalidad y suspender el proceso en curso.

- Si es preconstitucional a que se desestime la promoción de la cuestión, ya que el supuesto cae bajo el ámbito de la cláusula derogatoria de la Constitución, y por tanto se encuentra derogada. En consecuencia, el órgano judicial dictará auto en el que denegará la promoción de la misma, sobre la base de la citada circunstancia.

Conforme a lo expuesto, existen dos supuestos a considerar en el caso de que la norma sea preconstitucional:

- Que el Juez observe que la norma se opone a la Constitución, supuesto en el que podrá no promover la cuestión por consierarla derogada.

- Que aún manteniendo sus dudas respecto de la constitucionalidad de la norma no esté convencido de su derogación, caso en que deberá remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.

Como quiera que bajo el epígrafe que nos hallamos, unicamente pretendemos exponer los supuestos de

denección de la promoción de de la cuestión de inconstitucionalidad, trataremos ahora solamente la posibilidad de que el Juez "a quo" considere derogada una determinada norma.

Aunque lo probable será que la integración de una específica norma bajo el ámbito de aplicación de la cláusula derogatoria de la Constitución, sea una actividad que quede sin reflejar visiblemente en el desenvolvimiento del proceso, y únicamente se manifieste en la resolución judicial correspondiente cuando el órgano judicial motive por qué ha aplicado directamente la Constitución, en vez de la norma ordinaria que regulaba al supuesto de hecho, también puede ocurrir que, tanto el órgano judicial como las partes del proceso, duden de si dicha norma se encuentra derogada o no, y después de haberse suscitado la duda, y en consecuencia haberse llevado a cabo la audiencia indicada en el art. 35,2 LOTC, llegue el órgano jurisdiccional a la conclusión de que efectivamente se encuentra derogada.

Desde otro punto de vista, también es posible, que queriéndose asegurar una de las partes del proceso "a quo" (ó ambas), que una específica norma no recibirá aplicación, (aunque les conste su oposición a la Constitución y su vigencia antes de la misma), insinuen al

órgano judicial la duda respecto de su constitucionalidad, al objeto de provocar, o bien que se promueva sobre ella cuestión de inconstitucionalidad, ó que el órgano judicial participe de la consieración de que se encuentra derogada, y así lo manifieste en el auto denegando la promoción de dicha cuestión de inconstitucionalidad.

Como ya hemos expresado, para que el órgano judicial no promueva la cuestión tiene que tener la certeza de que la norma está en franca contradicción con la Constitución. Basta la duda sobre si se encuentra derogada, para que el órgano judicial se halle en la obligación constitucional (art. 163 CE.) de promover la aludida cuestión.

3).- RESOLUCION DEL JUEZ A QUO DENEGATORIA DE LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR ENTENDER QUE LA NORMA CUESTIONADA NO INCIDE EN EL FALLO.

Como el control de la constitucionalidad que se realiza a través de la vía de la cuestión de inconstitucionalidad es un control concreto, el órgano judicial no deberá promover la cuestión de inconstitucionalidad a no ser que la norma incida en su resolución. Esta circunstancia tiene varias proyecciones.

En primer lugar, y como ya pusimos de relieve (323) si el órgano judicial consiera que existe un defecto en la constitución de la relación jurídico procesal que le impide entrar a conocer de la cuestión de fondo, no deberá promover cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma que incida en el fondo del asunto, ya que su fallo tendrá que ser de absolución en la instancia.

Como expone Pizzorusso (324), "el juez no podrá tomar en consideración la cuestión de inconstitucionalidad si la cuestión prejuzgada no entra en su esfera de competencia o jurisdicción -a no ser que la

(323) Vid. supra. pp.144 y 145.

(324) PIZZORUSSO, lecciones de Derecho Constitucional, Vol.II, op. cit., p.57.

cuestión afecte, precisamente, a normas sobre jurisdicción o competencia- y tampoco cuando exista una cuestión prejudicial en este punto que corresponda a la jurisdicción o competencia de otro juez".

En segundo lugar, si la norma objeto de la futura cuestión de inconstitucionalidad, no va a recibir aplicación en el proceso a juicio del órgano judicial, tampoco deberá promover respecto de la misma, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, ya que en definitiva el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de ésta es indiferente al proceso en curso.

Aunque el segundo caso contiene naturalmente al primero hemos preferido deslindar ambos supuestos, a fin de dejar absolutamente precisado el tema.

La problemática de este tipo de pronunciamientos es absolutamente diferente a los anteriormente expuestos. Mediante ellos no se resuelve ninguna duda, ni a favor de ella ni en contra. El Juez, al consierar que la norma no incide en su resolución, pudiéramos decir, no entra a sopesar si la norma cuestionada puede ser inconstitucional. El órgano judicial lo que valora es si incide en su fallo.

Los efectos de éste enjuiciamiento habrá que circunscribirlos al momento procesal en que se dicta la resolución. Es decir, si posteriormente, la norma cuya promoción se había denegado por no incidir en el fallo, incidiese, nada obstará a que, o bien las partes se la sugieran al Juez, o bien de oficio, se plantee la duda constitucional sobre la misma.

En cuanto al requisito de que la norma tenga fuerza de ley (325), dado que el órgano judicial tiene competencia para enjuiciar su constitucionalidad (art.6 LOFJ), deberá denegar la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

(325) Vid. infra. pp.322 y 323.

III.- CONCLUSIONES.

Observando los dos momentos procesales, aquél en que surgiendo la duda ésta se manifiesta en el proceso, y aquél en que el órgano judicial debe pronunciarse sobre la misma, así como el grado de convencimiento que el juzgador debe llegar a poseer para resolver en un sentido u otro, podemos sentar las siguientes conclusiones:

- La manifestación por las partes ó por el órgano judicial de la duda respecto de la constitucionalidad de una norma, siempre provocará -abstracción hecha de la posibilidad de silencio judicial- que el órgano judicial que esté conociendo del proceso en que ésta se ha manifestado deba de pronunciarse sobre la misma.

- Este pronunciamiento se llevará a cabo después de haberse realizado la audiencia prevista por el art. 35 de la LOTC.

- El mantenimiento de la duda respecto de la constitucionalidad de una norma que incide en el fallo, siempre provoca la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

- La desaparición absoluta de la duda posee un doble

tratamiento, según que la duda haya dejado paso a la certeza sobre la contradicción de la norma con la Constitución, o por el contrario, se estime que es absolutamente conforme a la misma.

- En caso de certeza sobre la contradicción de la norma con la Constitución, si es postconstitucional, dado que bastaba simplemente la duda para crear la obligación del órgano judicial de promover cuestión de inconstitucionalidad, aún existirán mejores razones para hacerlo, mas, si es preconstitucional, la seguridad en esta contradicción hará que la norma en cuestión caiga bajo el ámbito de la cláusula derogatoria de la Constitución, y por consiguiente, que el Juez pueda consierarla derogada

- En caso de certeza sobre la armonia de la norma con la Constitución, independientemente de que la norma sea preconstitucional o postconstitucional, el auto únicamente tendrá efectos "incidenter tantum", especificando, en caso de que algunas de las interpretaciones de la norma pudieran ser inconstitucionales, respecto del cuál de ellas se hace la antedicha declaración.

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

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

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

I.- CARACTER DEVOLUTIVO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD A PESAR DE LA FALTA DE HETEROGENEIDAD DE LA CONSTITUCION RESPECTO DE LAS NORMAS CIVILES.

Cuando se den la condiciones expresadas por el art. 35 LOTC la cuestión de inconstitucionalidad deberá ser elevada al Tribunal Constitucional, ¿podemos deducir de ello que la existencia de una cuestión de inconstitucionalidad, supone la necesidad de aplicación de una norma de caracter heterogéneo a las que reciben aplicación en el proceso en que se suscita?.

Si se piensa que lo que puede ser objeto de conocimiento por la jurisdicción constitucional, puede también serlo por cualquiera de cada uno de los órdenes jurisdiccionales existentes -vease por ejemplo el caso de las materias susceptibles de recurso de amparo- hay que convenir en una de estas dos proposiciones:

- O bien en los órdenes jurisdiccionales ordinarios se aplican normas cuya aplicación no corresponde a los mismos.

- O bien si corresponde a éstos, no pueden ser calificadas como heterogéneas en el sentido que usualmente se le da en el ámbito jurídico a éste término, ya que las normas constitucionales reciben aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales.

Decía Guasp que: "no cabe decir que, en todo caso, a un conjunto de normas sustantivas perfectamente diferenciadas corresponde una clase de proceso y sólo una, porque el paralelismo, por razones de múltiple índole, no se ha guardado en toda su pureza".

Partiendo de la conocida frase de Pellegrino-Rossi (326), según la cuál las normas de derecho constitucional constituyen "les têtes de chapitres" de cada una de las partes del Ordenamiento jurídico, puede comprenderse que es imposible hallar una perfecta diferenciación entre normas de derecho constitucional, y normas de derecho civil, penal, laboral, etc..., porque aquéllas contienen los principios fundamentales de las integrantes de cualquier otra rama del derecho.

Así ha sido también estimado por González Pérez.

(326) PELLEGRINO-ROSSI, cit. por BISCARETTI DI RUFFIA en Derecho Constitucional, Madrid 1982, p.154.

quien considera que existe "una falta de correspondencia entre normas sustantivas -concretamente normas constitucionales- y proceso -proceso constitucional- ya que las normas de derecho constitucional pueden servir de fundamento a pretensiones deducidas en procesos que no tengan este objeto específico" (327).

Creer que la cuestión de inconstitucionalidad necesita para ser resuelta la aplicación de una norma de carácter heterogéneo al del proceso en que surge, y que por ello -al igual que las cuestiones prejudiciales devolutivas- ésta también difiere su conocimiento al Tribunal competente por razón de la materia para conocer de ella, supone contraponer orden constitucional a orden civil, ó penal ó contencioso-administrativo ó laboral, y ello es totalmente incorrecto (328).

Prueba de ello es la STC 17/81 (329), en la que el Tribunal Constitucional se ha expresado en los siguientes términos:

"La estricta aplicación del principio de la jerarquía permitiría al Juez resolver el dilema en que lo si

(327) GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., pp.39 y 40.

(328) Vid. RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial .. op. cit., pp. 38 a 42, donde llega a expresar que si por jurisdicción constitucional hubiera de entenderse la aplicación judicial de las normas constitucionales, evidentemente tendrían jurisdicción constitucional todos los órganos jurisdiccionales.

(329) STC 17/81 de 1 de junio, BOE 16-6-81.

tuaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido".

Ciertamente, el que la cuestión de inconstitucionalidad se haya configurado con carácter devolutivo no se debe a que para su resolución tenga que aplicarse una norma heterogénea. Como reconoce la sentencia citada, cualquier órgano judicial tiene competencia para ello -puesto que es una de las fases en que consiste el proceso hermeneútico que todo Juez tiene que realizar para la aplicación de las normas- sino a que -y ya Gómez Orbaneja apuntaba esta idea (330), al evaluar la problemática de las cuestiones prejudiciales devolutivas- dadas las peculiaridades con que cada Tribunal actúa, se hace necesario que determinadas cuestiones sean resueltas por Tribunales específicos.

La interrogante que surge es evidente, ¿qué motivos son los que provocan que la prejudicial constitucional deba ser resuelta por otro Tribunal?

(330) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.105, también pp. 107 in fine y 108.

La cuestión de inconstitucionalidad tiene tal relevancia -dice Calamandrei- "que una vez aflorada, no puede ya quedar limitada al estrecho círculo de un juicio incidental. Disconformidad de pareceres acerca de este tema no pueden consentirse ya desde ese momento: la cuestión de ilegitimidad constitucional no puede ser ya decidida más que de un modo, de una vez para siempre y de una vez para todos" (331).

Por consiguiente, no puede decirse que la problemática de la cuestión de inconstitucionalidad, devenga de tener que aplicar en un orden jurisdiccional concreto, una norma de carácter heterogéneo a aquéllas que reciben normal aplicación en el proceso en que surge, circunstancia que, por el contrario, incide en las restantes cuestiones prejudiciales.

No es la aplicación de una norma heterogénea lo que provoca el tratamiento especial de la prejudicial constitucional, sino la necesidad de impedir, dado el objeto de la misma, que de ella conozca un órgano jurisdiccional or

(331) CALAMANDREI, Corte Constitucional y Autoridad Judicial en Derecho procesal Civil, Vol.III, op. cit., p.155.

dinario. Ello supondría someter por completo al control del poder judicial la actividad del poder legislativo. De otra parte, dado que las resoluciones de los Jueces ordinarios sólo tienen efectos "inter partes", no conviene cuando una norma sea inconstitucional que permanezca dentro del Ordenamiento jurídico.

Realmente, para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes únicamente hay dos posibilidades: ó atribuirlo con carácter general a todos los órganos judiciales (control difuso) -cuyas sentencias tendrían, en todo caso, sólo efectos inter partes- sistema que supone la previa puesta en marcha de ciertos mecanismos jurídicos que el derecho continental desconoce (p.e. el precedente), ó confiar a un único Tribunal ésta misión (control concentrado) cuyas resoluciones tendrán eficacia "erga omnes".

II.- CARENCIA DE AUTONOMIA INICIAL DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Cuando estudiamos las cuestiones prejudiciales jurídicas, hicimos especial hincapié en las discrepancias que en torno a su concepto existían. Como se recordará, la concepción estricta de las mismas exigía, no sólo que fuesen cuestiones de la misma naturaleza que la cuestión de fondo y operasen sobre la sentencia como antecedentes lógicos necesarios, sino también que pudieran ser objeto de procesos independientes y autónomos.

Como la cuestión que será enjuiciada con motivo de la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad, no podrá dar nunca lugar a un proceso autónomo, la primera diferencia que cabe apreciar entre ésta (igual le ocurre a la cuestión prejudicial comunitaria) y las restantes cuestiones prejudiciales, es la que ha sido llamado carencia de autonomía estructural ó procesal.

En efecto, así como cualquier cuestión prejudicial -y nos referimos mediante este nombre a las prejudiciales jurídicas en su concepción estricta- puede dar lugar a un proceso autónomo, el proceso constitucional para la declaración de inconstitucionalidad de las normas, una vez hayan transcurrido los tres meses en los que a partir de

la promulgación de la norma ésta podrá impugnarse mediante el recurso de inconstitucionalidad, únicamente podrá surgir con base, ó bien en la duda respecto de la constitucionalidad de la norma a aplicar en cualquier proceso ordinario o constitucional, ó bien con motivo de la sentencia estimatoria de amparo (autocuestión de inconstitucionalidad).

Con motivo pues de esta falta inicial de autonomía, fué Andrioli (332) quien estimó que dada la inidoneidad de la cuestión de inconstitucionalidad para ser susceptible de ser objeto de un proceso autónomo, no podía decirse que fuera una prejudicial en sentido jurídico sino lógico, ya que aunque constituía un antecedente lógico de la sentencia, carecía en cambio de autonomía estructural ó procesal.

Ahora bien, aunque es cierta la falta de autonomía de la prejudicial constitucional para inicialmente poder constituir el objeto de un juicio autónomo, hay que reseñar que una vez iniciado el proceso constitucional, en nada le afectan las vicisitudes del proceso principal (333). Si mientras pende el proceso constitucional el pro

(332) ANDRIOLI, Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, op. cit., p. 52.

(333) Vid. en este sentido, CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., pp. 11 y ss.

ceso principal se extingue, por ejemplo, por renuncia del actor, ó por allanamiento del demandado, el proceso constitucional no se verá afectado por la extinción del proceso principal, sino que proseguirá su sustanciación hasta ser terminado mediante sentencia.

Aunque no tiene autonomía inicial, bien puede decirse que la autonomía que tiene es mayor que la de algunas cuestiones prejudiciales, como, por ejemplo, pudieran ser en ciertos casos las civiles en el proceso penal, ya que cuando siendo conocidas por el Juez penal, a efectos sólo de la represión, acaece el sobreseimiento de dicho proceso -vgr: por muerte del imputado- la extinción del proceso penal provocará la pérdida del objeto de la cuestión prejudicial civil.

Es pues constatable que aunque carece en principio de autonomía, una vez iniciado el proceso constitucional la autonomía respecto del proceso principal es total (334).

Así las circunstancias, compartimos la opinión de Ca

(334) GIONFRIDA, Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosidetto processo principale, en Studi in onore de E. Eula. Milano 1957, pp. 100, 102 y 110.

pelletti (335), cuando opina que la ausencia de autonomía inicial no debe inducir a desterrar el instituto que estudiamos de la categoría de las prejudiciales, donde, a juicio del citado, encuentra realmente su sitio.

Por otra parte, dado que su régimen procesal es muy similar el de una causa prejudicial ó demanda incidental, ya que necesita salir de la órbita del proceso principal para sustanciarse, esta conjunción de circunstancias nos lleva a considerar que, pese a carecer de autonomía inicial, la prejudicial constitucional debe ser considerada como una causa prejudicial, y por tanto, como una cuestión prejudicial jurídica al igual que todas las causas prejudiciales.

(335) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit. p.14.

III.- NATURALEZA JURIDICA DEL PROCESO CONSTITUCIONAL.

Otro punto que debemos traer a colación, ya que incide en una de las características fundamentales de las cuestiones prejudiciales, es el de la naturaleza jurídica del procedimiento al que da lugar la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad.

Las cuestiones prejudiciales son controversias jurídicas cuya resolución unicamente puede venir por vía jurisdiccional:

- Ya difieran su conocimiento ó no, ó tengan efectos "incidenter tantum" ó de cosa juzgada, en todo caso, puesto que la tutela jurisdiccional está atribuida por la Constitución al Poder Judicial, y así además lo prescribe el art. 2 LOPJ, siempre serán enjuiciadas por un órgano jurisdiccional.

En contrapartida, la naturaleza del proceso constitucional es una cuestión hastamente debatida. Mientras que unos opinan que tiene carácter paralegislativo, otros disienten de ésta opinión estimando que tiene naturaleza jurisdiccional (336). Existen incluso quienes lo asemejan con los procedimientos de jurisdicción voluntaria (337).

Todo ello sin olvidar, a quienes adoptando una actitud práctica salvan éste problema, alegando que no tiene interés alguno, dado el carácter puramente histórico e instrumental de la función jurisdiccional, precisar si posee éste carácter (338).

A este respecto -y siguiendo a Gimeno Sendra (339)- dado "que existen una multiplicidad de doctrinas nacidas en torno a las funciones de la jurisdicción" y, "teniendo en cuenta que las diversas tesis no son excluyentes ó incompatibles, sino que contemplan distintos aspectos de la vida jurisdiccional", consideramos que es mejor aplazar nuestra opinión sobre este particular (340), hasta que hayamos analizado los efectos de las sentencias en esta categoría de procesos.

Menos complejo se presentaría el tema si fuese posible solucionarlo en base a la naturaleza del órgano llamado a conocer del mencionado proceso. No obstante, dadas las posibilidades interpretativas que se derivan de los términos del art. 123,1 de la CE, tampoco es posible

(336) Vid. notas nº. 45, 46, 47, 48, 49.

(337) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., p. 21.

(338) ZAGREBELSKY, Giustizia Costituzionale op. cit., pp. 85 y 86.

(339) GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit., pp.121 y 123.

(340) Vid. infra, Cap. XVII y Cap. XIX.

hacerlo a priori:

- Aunque el Tribunal Constitucional es un órgano que encuentra su regulación fuera del Título VI de la CE, que es el dedicado al Poder Judicial, el art. 123,1 integrado dentro del mencionado Título, parece atribuir también a dicho Tribunal la cualidad de jurisdiccional, ya que al prescribir que "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales", de dicho precepto se puede deducir, que el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales es el Tribunal Constitucional.

Así los términos del art. 123,1, no es posible excluir la naturaleza jurisdiccional del proceso constitucional por la atribución de su conocimiento a un órgano que no es jurisdiccional, sin meditar con profundidad este aserto.

Lo que si es evidente, y sobre este punto han llamado la atención varios autores (341), es la inexistencia

(341) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., pp.20 y 21.

de intereses contrapuestos en el proceso constitucional.

Así lo ha estimado también Calamandrei (342), quien al comparar los recursos contra reglamentos y los procesos constitucionales, en base a que ambos instrumentos llevan a cabo la anulación de un acto normativo, aunque el primero de rango inferior a la ley, considera que la justicia administrativa posee caracteres muy diferentes a la justicia constitucional, ya que el recurrente en la justicia administrativa, "tiene siempre un interés efectivo en el acogimiento de la impugnación, en cuanto la anulación del acto administrativo ilegítimo, le favorece, en primer término, a él ", en cambio, entre otras razones, en la Justicia Constitucional, "la Corte Constitucional, puede ponerse en movimiento independientemente del interés de las partes; esto ocurre cuando la cuestión de ilegitimidad, es señalada de oficio por el Juez".

Si se piensa que la cuestión de inconstitucionalidad podrá únicamente ser propuesta al Tribunal por el órgano

(342) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., pp. 91 y 92.

jurisdiccional que esté conociendo del proceso en que se suscita, la consecuencia lógica que deviene de éste dato, es que no depende del interés de las partes, (por lo cuál no se deja a su arbitrio) el que una cuestión llegue al conocimiento de dicho Tribunal, sino de que el Juez considere que la norma pueda ser inconstitucional.

De la argumentación de Calamandrei puede deducirse, que al no existir un sujeto dentro del proceso constitucional con un interés dirigido a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, ni existir tampoco -y, lo añadimos ahora- otro sujeto que mantenga la constitucionalidad de la misma, desde luego, aparte de otras consecuencias que devienen de este hecho, lo que se puede afirmar tajantemente es que no existe en dicho proceso contradicción de intereses.

El objeto de este proceso constitucional consiste en la realización de un juicio de contraste entre dos normas: la ordinaria -que iba a recibir aplicación en el proceso del que trae causa- y la constitucional.

En esta ocasión, el quehacer típico de la función jurisdiccional, consistente en la subsunción de unos hechos bajo una norma jurídica -a fin de obtener la ca-

lificación jurídica de los mismos- se transforma. En la operación de subsunción que hay que realizar en el juicio constitucional, la premisa menor es también una norma jurídica. El juicio de contraste habrá de realizarse entre dos normas, la ordinaria y la constitucional, a fin de ver si la primera respeta el contenido de la segunda.

Mas, aunque éste es el objeto inmediato del proceso constitucional, definido por Capelletti, como "la actuación de la voluntad constitucional, en los límites de la singular norma impugnada", también -como señala dicho autor- este proceso tiene un objeto mediato: "la eliminación (o declaración de inexistencia) de un estado de sujeción de los miembros de una comunidad a dicha norma" (343).

La peculiaridad de que lo que se enjuicia en el proceso constitucional son normas y no hechos, junto al gran perjuicio que supone para el Ordenamiento jurídico la existencia de normas disconformes a la Constitución, constituyen las circunstancias determinantes de las peculiaridades del tratamiento procesal de la cuestión de inconstitucionalidad.

(343) CAPELLETTI, La pregiudiziale costituzionale nel processo civile, op. cit., p.37.

No desprovisto de razón decía Calamandrei (344), que "el tratamiento procesal de la cuestión de inconstitucionalidad, constituía uno de los aspectos más singulares y delicados del ordenamiento italiano", y es que, tal como hemos venido viendo, la inexistencia de contradicción de intereses dentro del proceso constitucional, igual que el que carezca de autonomía inicial, así como el que únicamente estén legitimados para promover cuestión de inconstitucionalidad los órganos judiciales, únicamente se puede entender a la luz del fin al que está dirigido este instituto.

Así como en el proceso penal y en el administrativo ha sido imposible la asimilación de ciertos conceptos, por tener éstos, precisamente, una raíz ó base iusprivatista, igual sucede ahora en el proceso constitucional.

Si hasta la entrada en nuestro Ordenamiento de la cuestión prejudicial constitucional, las cuestiones prejudiciales tenían siempre como objeto una cuestión litigiosa, no puede extrañar que la cuestión de inconsti

(344) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.73.

tucionalidad aunque no lo tenga, sea también una cuestión prejudicial, y ello en virtud de la idiosincrasia del derecho que se pretende actuar: la Norma Suprema, la Constitución.

El alejamiento en quizás hemos incurrido respecto del que en este momento era nuestro objeto de estudio, se justifica en la medida que la única fórmula para valorar si la cuestión de inconstitucionalidad es una prejudicial, es, como dijimos al principio, comprender su fin. La simple manifestación de sus características y comparación con las de las cuestiones prejudiciales hasta ahora existentes, puede llevarnos a conclusiones falsas, sino se tiene en cuenta que aquéllas sirven a la cuestión de inconstitucionalidad para realizar su función como prejudicial, igual que las atribuidas a las restantes cuestiones prejudiciales coadyuvan al fin de las mismas.

Este es por ejemplo el caso de la carencia de de cosa juzgada que tienen las sentencias desestimatorias de la cuestión de inconstitucionalidad. Circunstancia que, indudablemente, es una característica que la diferencia de las demás cuestiones prejudiciales, que también necesitan para sustanciarse de un proceso autónomo.

Si bien no es tan singular la falta de eficacia de cosa juzgada de una cuestión prejudicial devolutiva, respecto del orden jurisdiccional en el que surge, siendo prueba de ello el art. 5 de la Lecrim, que prescribe que la decisión del Juez o Tribunal civil sobre la cuestión prejudicial servirá de base, al Tribunal de lo criminal, es decir, no surte efectos de cosa juzgada, lo que si es en cambio una característica que corresponde sólo a la prejudicial constitucional, es que tampoco produzca efecto de cosa juzgada en el orden constitucional en el que se resuelve la cuestión. No obstante, dado que este es un tema complejo, y que en realidad no afecta a su juego como prejudicial sino al proceso constitucional en si, lo estudiaremos en su momento oportuno a fin de no romper el orden de la exposición (345).

(345) Vid. infra, pp. 756 a 777.

IV.- SUJETOS DE LA CUESTION PREJUDICIAL CONSTITUCIONAL.

Siguiendo el esquema de trabajo que, con motivo de su estudio de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal, utiliza el profesor Fenech (346), la clasificación de los sujetos de las cuestiones prejudiciales constitucionales, presenta ciertas disparidades con la propuesta por aquél.

Como se recordará, Fenech propone como categorías útiles para su estudio de los sujetos de las prejudiciales devolutivas absolutas, la distinción entre sujetos de la proposición de la cuestión, de la admisión y suspensión del proceso principal, y de la decisión de la cuestión prejudicial.

Ahora bien, dadas las peculiaridades de la cuestión de inconstitucionalidad, si aplicáramos las mismas categorías a la prejudicial constitucional, faltaría una clase de sujetos, esto es, los de la insinuación -como los denomina Perez Gordo (347)- de la cuestión de inconstitucionalidad dentro del proceso "a quo", ya que los sujetos calificados por Fenech como de la proposición, en

(346) FENECH, Derecho Procesal Penal, Vol.I. op. cit., no. 576 a 579.

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

los que indudablemente incluye las partes del proceso, no son los que propondrán luego la cuestión prejudicial al Tribunal Constitucional.

Así las cosas, en la cuestión prejudicial constitucional debemos distinguir entre los sujetos siguientes:

- Sujetos de la insinuación de la cuestión prejudicial en el proceso no constitucional o principal: las partes del proceso a "quo" y el órgano jurisdiccional (art. 35 LOTC).
- Sujeto de la admisión de la cuestión prejudicial, suspensión del proceso principal y por último proposición de la cuestión al Tribunal Constitucional: órgano jurisdiccional ante el que surge la cuestión de inconstitucionalidad (arts. 35 y 36 LOTC).
- Sujetos con intervención en el proceso constitucional (art. 37,2 LOTC): Fiscal General del Estado, Congreso de los Diputados, Senado, Gobierno, y en determinados casos los órganos legislativo y ejecutivo de las Comunidades autónomas.
- Sujeto de la decisión de la cuestión de incons-

titucionalidad (art.37,2 LOTC): Tribunal Constitucional.

* -SUJETOS DE LA INSINUACION DE LA CUESTION PREJUDICIAL EN EL PROCESO PRINCIPAL.

Estudiada ya la naturaleza jurídica de esta facultad de las partes así como la del órgano judicial, revisemos ahora el significado jurídico de la misma, respecto del tratamiento general que reciben las cuestiones prejudiciales.

El otorgamiento de esta facultad a las partes del proceso "a quo", asimila a ésta prejudicial con todas las restantes.

Efectivamente, en cualquier proceso las partes pueden intentar la promoción de cuestiones prejudiciales cuando así convenga a su derecho, cuestión distinta es que el órgano judicial las admita.

La diferencia de la cuestión prejudicial constitucional con las restantes prejudiciales, no está pues en la facultad de instarla que tienen las partes, sino en que cuando es admitida por el órgano jurisdiccional no pueden proponerla ante el Tribunal competente para

resolverla.

Por otra parte -como venimos repitiendo- es posible también que la duda respecto de la constitucionalidad de una norma que va a recibir aplicación en el proceso, sea puesta de manifiesto por el órgano que de él está conociendo y, si bien el que la parte tenga en el proceso principal esta facultad es el tratamiento normal de una cuestión prejudicial, surgen dudas, en cambio, respecto a la facultad que a éste respecto tiene también el órgano judicial.

¿Las cuestiones prejudiciales pueden ser apreciadas de oficio?. La opinión de la doctrina no es uniforme:

Así, Gómez Orbaneja (348) -refiriéndose a las cuestiones prejudiciales en el proceso penal- afirma que "es inadmisibile la tesis de que la cuestión prejudicial no exista procesalmente, y el Tribunal no tenga que contar con ella. a menos de que la parte interesada la proponga en la forma y el momento convenientes". "En todo caso -añade- ¿qué deberá hacer el Juzgador cuando apreciando

(348) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.111. Vid también, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T.I., Barcelona 1947, pp.204 y 205.

la concurrencia de una premisa prejudicial de cuya resolución dependa la existencia del delito, ó que afecte a la validez de un matrimonio o a la filiación, nadie le pida que se abstenga de resolverla?.

Como expresa el citado autor, "no es una declaración de parte, ó sin ella una determinación del Juez, lo que introduce en el proceso la cuestión prejudicial, sino que ésta surge per se, en virtud de su ligazón jurídico-sustantiva con la cuestión de fondo" (349).

Fenech considera, por el contrario, que "la cuestión prejudicial sólo puede tener existencia mediante la deducción en el correspondiente proceso penal, de una pretensión procesal de carácter prejudicial, y siendo una de las características de toda pretensión la de estar formulada por una persona distinta del titular del órgano a quien se dirige y que ha de resolver sobre su actuación, hay que excluir cualquier intento de considerar como posible la proposición de oficio por el

(349) GOMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit., p.104,. Vid. también a favor de esta alternativa, la circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15-9-1899, y LEDNE, Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1963, Vol.I. p.317, quien expresa que, "Las posiciones de las partes, sus deducciones precisamente por el efecto del carácter indisponible de la cuestión de estado, son irrelevantes, de manera que el juez penal puede reconocer la existencia del vínculo prejudicial aun cuando las partes no solo no la deduzcan, sino hasta nieguen la existencia de una cuestión de estado".

órgano penal de la jurisdicción de una pretensión prejudicial", sostener lo contrario, añade supone "una interpretación desorbitada de la función tuitiva de los Tribunales, establecida en el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento procesal" (350).

Sin entrar en discusión, si queremos señalar sin embargo que, como en todo caso, en el supuesto de la prejudicial constitucional no puede ser motivo de crítica, la exagerada función tuitiva de la Constitución que se atribuirían los propios órganos judiciales, al promover el enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional de la presunta inconstitucionalidad de una norma, ya que conforme establecen los arts. 9,1 C.E. y 1 de la LOPJ, el poder judicial está obligado al cumplimiento de aquella, y en "pro" de la misma tiene el deber de promover cuestiones de inconstitucionalidad, aunque se optase por la opinión del prof. Fenech, y en base a ello se considerase que el órgano judicial no puede promover cuestiones prejudiciales, en este supuesto cabría justificar la excepción, dada la función tuitiva que de la Constitución tiene atribuida el poder judicial.

(350) FENECH, Derecho Procesal Penal, Vol.I. op. cit., p.566.

* - SUJETOS DE LA ADMISION DE LA CUESTION PREJUDICIAL, SUSPENSION DEL PROCESO PRINCIPAL Y PROPOSICION DE AQUELLA AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Dado que el órgano judicial es quien debe promover la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, resulta, en consecuencia, que el mismo órgano llamado a proponer la cuestión ante el Tribunal competente, es el llamado a admitirla en el proceso principal, y por ende a suspenderlo, mientras se tramita la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Mas, así como el sujeto de la admisión de una cuestión prejudicial y, en caso de que ésta se admita, consiguiente suspensión, es siempre el órgano jurisdiccional que conoce del proceso principal, la única cuestión prejudicial que unicamente puede ser propuesta por el órgano jurisdiccional, es la cuestión de inconstitucionalidad.

Tengase en cuenta pues, que lo que diferencia a esta cuestión prejudicial de las demás (a excepción de la prejudicial comunitaria, que también unicamente puede ser propuesta por un órgano judicial), no es que pueda proponerla el órgano judicial, sino que sólo puede propo-

nerla éste.

No obstante, dado la función y fin que cumple esta iniciativa del órgano jurisdiccional, ello no es sino un cambio formal, respecto de lo que acontece con carácter general en las demás prejudiciales devolutivas absolutas.

Veamos:

Ya señaló Calamandrei (351), que dado el fin del control que se ejerce mediante la cuestión de inconstitucionalidad, no se podía dejar a la iniciativa de las partes el instar el proceso constitucional.

Igual que el Estado no puede dejar en manos de los particulares el ejercicio de la acción penal, tampoco puede dejar en manos de aquéllos la iniciativa del control de la constitucionalidad de las normas en el proceso jurisdiccional.

Así como en el proceso penal la persecución de los delitos y faltas se encuentra asegurada por la institución del Ministerio Fiscal, institución, que como ha ex

(351) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil op. cit., p.86 en donde aduce que, para obtener la semejanza con la actividad jurisdiccional, hubiera debido instituirse una figura que ante el Tribunal Constitucional ejerciera las funciones que en el proceso penal ejercita el Ministerio Fiscal, con lo que quedaría salvado el escollo del ejercicio y mantenimiento de la acción.

presado Gómez Orbaneja (352), permite conciliar que aunque la justicia sea promovida desde afuera, siga siendo el Estado el sujeto de la persecución criminal, constituyéndose en consecuencia el proceso penal como un proceso formalmente entre partes, en el proceso constitucional que surge a raíz de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque a diferencia del proceso constitucional que tiene lugar mediante la interposición del recurso del mismo nombre, tiene intervención el Ministerio Fiscal en la fase de admisión, el contenido de ésta no vincula al Tribunal Constitucional.

Sin perjuicio de que quizás ello suponga la sustanciación de un proceso sin acción, hay que llamar la atención sobre cuáles fueron las causas del advenimiento de la figura del Ministerio fiscal en el proceso penal con las funciones que ejerce en la actualidad, ya que si se llegara a la conclusión que la función del Ministerio Fiscal, cual es la de velar por la legalidad, se encuentra asistida por otros cauces en el proceso constitucional, las críticas que pudiera merecer la ausencia del mismo con el carácter de "parte" pudieran resultar

(352) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Penal, op. cit. p.88.

injustificadas.

La garantía del contradictorio típica de la función jurisdiccional como fórmula para la realización de la justicia, se ve en este proceso sustituida por la "auctoritas" del sujeto llamado a realizar el enjuiciamiento: el Tribunal Constitucional, guardian de la Constitución (353).

Si se piensa que la cuestión de inconstitucionalidad es una cuestión de derecho, no de hecho, y que lo que únicamente se requiere del Tribunal Constitucional, es la realización de un juicio sobre la concordancia de una norma ordinaria con la Constitución, se ve meridianamente claro que, no es necesario, en absoluto, para que el enjuiciamiento se haga con las máximas garantías de independencia e imparcialidad, la presencia de sujetos (partes procesales) sostenedoras cada una de una posición respecto de la constitucionalidad de la norma ordinaria (354).

(353) Vid. FIX ZAMUDIO, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965, Mexico 1968, p.53, quien expone que, la fuerza de de la justicia constitucional descansa en su prestigio moral y en su estricta imparcialidad.

(354) Piénsese que -como ha expuesto CARRERAS LLANSANA, Las fronteras del Juez, en Estudios Fenech-Carreras, Barcelona 1962, p.109- lo esencial a la función jurisdiccional es la cualidad de la auctoritas. Es por ello precisamente, por lo que p.e. CAPELLETTI, El proceso civil italiano en el cuadro de la contraposición "Civil Law"- "Common Law", en Proceso Ideologías y Sociedad. Buenos Aires 1971, p. 361. al evaluar la actividad de los Tribunales Constitucionales, constatando el prestigio y auctoritas que poseen los mismos, opina que existe un acercamiento entre el sistema

En todo caso, ¿quienes podrían ser partes en este proceso?. Para instaurar un proceso con partes, sería necesario un sujeto acusador -que representase a la Constitución- y otro, al poder legislativo, como acusado, y ello es absolutamente imposible.

Respecto del poder legislativo, como manifiesta Calamandrei (355), "el Parlamento, en realidad, cuando ha dictado y aprobado una ley, no tiene ya carácter alguno para demostrar las razones por las cuáles la ley fué hecha; el poder legislativo se manifiesta en hacer las leyes nuevas, no en ir a patrocinar ante los jueces las buenas razones de las leyes viejas". Las razones por las cuáles la ley fué hecha, pueden resultar en todo caso de los trabajos preparatorios ... pero ningún carácter tiene el Parlamento para ponerse a hacer a posteriori, la apología de una ley que pudo haber sido dictada hace veinte años, y de la cuál solamente los componentes de los órganos parlamentarios, tal como entonces estaban constituidos, pudieron valorar los móviles y la oportunidad política". A estas razones, hay que añadir además, las que se yuxtaponen cuando la inconstitucionalidad

de derecho continental, de origen romano canónico, y el sistema de "common law".
(355) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit. p.89.

ha sobrevenido en un momento posterior al que fué elaborada.

Respecto al órgano que representaría a la Constitución, el principio "iura novit curia", unido a que el Tribunal Constitucional es el guardian supremo de la Constitución (art.1 LOTC), no deja lugar a dudas de que llegada la noticia al Tribunal Constitucional de la presunta inconstitucionalidad de una norma, la función tuitiva del mismo no puede sino cumplirse a través del enjuiciamiento de la norma ordinaria presuntamente inconstitucional.

Si mientras que se analiza esta opción tomada por el legislador constituyente, se tiene en cuenta que la configuración del control de la constitucionalidad en vía incidental se basa en la duda respecto de la constitucionalidad de una norma, y no en la certeza de su contradicción con la Constitución, lo que impone que el Tribunal Constitucional no necesite de un gran fundamento para entrar a conocer de la misma, ¿qué sentido tiene que el Ministerio Fiscal estimase que no existe duda en la constitucionalidad de la norma?, ¿quedaría por ello el órgano judicial exento de la obligación de cumplir la Constitución, ¿no significaría dejar el control constitucional en vez de en manos del Tribunal Constitucional, ó si se

quiere en manos de la Judicatura, pues que ésta actúa como filtro del control, a las del Ministerio Fiscal (Fiscal general del Estado) que, no se olvide, es nombrado por el poder ejecutivo?. Y, otra interrogante más, ¿podría confiarse en que el poder ejecutivo, que en las democracias modernas coincide con el poder legislativo, fuese quien controlase al legislativo?.

El único sistema apropiado a la naturaleza y fin del control es el sistema instaurado por la LOTC: que baste la mera denuncia del órgano judicial para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre las dudas existentes en torno a la presunta inconstitucionalidad de una norma, con independencia de que el Ministerio Fiscal emita su dictamen en el trámite de admisión, así como de que se les dé intervención a ciertos órganos legislativos y ejecutivos (355^{b.1.º}) aprovechando el interés que los mismos pudiesen tener en la declaración de inconstitucionalidad de la misma, en interés de la salvaguarda de la Constitución.

(355^{b.1.º}) Art.37 LOTC: 1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto, y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad, cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

2. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado.

Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia y, en el caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuáles podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días".

PARTE TERCERA :
EL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

SECCION SEGUNDA:
NORMAS SOBRE LAS QUE RECAE EL CONTROL. EL VICIO DE
INCONSTITUCIONALIDAD.

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

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

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

I.- ACTOS NORMATIVOS SUJETOS A CONTROL CONSTITUCIONAL.

Conforme al art.35 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad deberá recaer sobre "una norma con rango de ley". A su vez, el art. 27,2 LOTC integrado dentro de las disposiciones generales de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, y común en principio para el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, establece la relación de normas que podrán ser objeto de ambos controles. A su tenor, serán susceptibles del mismo las siguientes:

"a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.

b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del art. 82 de la Constitución.

c) Los tratados internacionales.

d) Los reglamentos de las Camaras y las Cortes Generales.

e) Las leyes, disposiciones y actos normativos con fuerza de Ley de las Comunidades autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.

f) Los reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas".

Como aprecia Almagro Nosete, la LOTC ha acertado al enumerar los actos normativos sujetos a control con una

fórmula abierta, resolviendo además el problema del control de los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales, así como los de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas, ya que al no ser actos de la Administración Pública, quedaban excluidos de revisión por la vía contencioso-administrativa (356), causa que -según Almagro- habrá sido seguramente la que ha llevado a incluirlos (357).

Habida cuenta que a los efectos de nuestro estudio es bastante más interesante analizar las normas objeto de control desde la perspectiva de su contenido, y menos desde del de su rango formal y órgano de procedencia -punto de vista que por otra parte ha sido estudiado en profundidad (358)- únicamente nos detendremos en el signi

(356) ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional, op. cit., pp. 105 y 111.

(357) Vid. respecto a este tema, el anteproyecto de reforma de la LJCA donde precisamente en base a la existencia de nuevos órganos constitucionales, no sólo se acude, para someter el acto al control de dicha Jurisdicción, al criterio de que el acto emane de la Administración pública y esté sometido al derecho administrativo. Buena prueba de ello es el art. 1.3 a tenor del cual, los Tribunales de lo contencioso-administrativo, "Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actividad de los órganos de gobierno interno de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de gestión patrimonial y de personal y la actividad de los órganos del Consejo general del Poder Judicial en los términos que se infieren de la Ley Orgánica de éste".

(358) Vid. ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional op. cit., pp.104 a 113; SAAVEDRA GALLG, La duda de inconstitucionalidad, op. cit., pp. 72 a 101; RODRIGUEZ OLIVER, Los ámbitos exentos del control del Tribunal Constitucional, en el Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp. 2283 y ss.; PEREZ ROYO, La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp.2196 a 2200 donde sobre el art. 27 LOTC hace algunas precisiones respecto de las normas que aunque incluidas en el art. 27 LOTC, no podrán ser objeto del control de la constitucionalidad mediante la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

ficado del acto con fuerza de ley a efectos del control constitucional de los actos normativos.

*.- EL ACTO CON FUERZA DE LEY COMO OBJETO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL.

El gran problema del art. 27 LOTC es el que deviene de la consideración de qué deba entenderse por acto con fuerza de ley (359), latiendo fundamentalmente bajo esta interrogante, la de si los reglamentos emitidos tanto por la Administración del Estado como por la autonómica están o no integrados en él.

A éste respecto, el Tribunal Constitucional ha sido tajante desde el inicio de su funcionamiento. Sólo son susceptibles de control constitucional a través de los procedimientos (360) para la declaración de inconstitucionalidad, y en concreto por la vía de la cuestión de

(359) Sobre la distinción entre fuerza de ley y valor de ley, Vid. SANDULLI, Legge, forza di legge, valore di legge, en Riv.Trim.Dir.Pub., 1957, pp. 269 y ss.
 (360) Vid. el ATC. 25/80 de 30 de septiembre, f.j.3 donde declara que, "La supuesta ilegalidad del Reglamento de 30-1-1956 (art. 90,d) que el recurrente alega en su demanda, es materia propia de la jurisdicción contenciosa administrativa, no en modo alguno de la constitucional, ante la cual la validez de los Reglamentos, como de cualquier otro acto de poder, sólo puede ser atacado en vía de amparo en cuanto que aquellos violen algunos de los derechos consagrados en los arts. 14 a 29 y 30,2... ..". El citado Auto, al decir que el reglamento sólo puede ser atacado por la vía del recurso de amparo, implícitamente está sustrayendo la posibilidad de que pueda ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad.

inconstitucionalidad (361), los actos normativos con fuerza de ley.

¿Quiere decir ello que los reglamentos no son susceptibles de control constitucional?

Tal y como expusimos con motivo del estudio de los conflictos constitucionales de competencia, y las impugnaciones del Gobierno conforme al art. 161.2 CE (362), los reglamentos podrán ser objeto de control constitucional por estas vías siempre que se den las circunstancias indicadas en la LOTC (arts. 59 y 76 LOTC), aunque únicamente -como ha declarado el Tribunal (363)- por el vicio de inconstitucionalidad, y no por cualquier otra causa.

Por otra parte, tampoco cabe olvidar la vía del re

(361) Así, el ATC. 214/82 de 15 de junio f.j.1, a cuyo tenor: "No obstante la denominación con que usualmente es conocido (se está refiriendo al Código de la Circulación) el mencionado cuerpo normativo no tiene categoría de ley formal, y no es posible atribuirle otra fuerza normativa que la propia de un reglamento de la Administración Pública, por lo que no es posible reconocerle rango o fuerza de Ley como ocurre con los Decretos-leyes, los Decretos legislativos y las demás categorías enunciadas en el art. 27 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional. La falta de rango o fuerza de ley, obliga a entender incumplido el requisito que establece el art. 35.1 de la Ley Orgánica de éste Tribunal que exige para que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser suscitada que la norma en cuestión posea rango de Ley, y no puede ser de otro modo, toda vez que si la norma carece de ese rango y lo posee inferior, corresponde a los Jueces y Tribunales decidir si se la puede tildar de contraria al ordenamiento jurídico y obrar en consecuencia".

(362) Vid. supra, pp. 95 a 108.

(363) Vid. a propósito de la posibilidad de que el reglamento sea objeto de proceso de amparo constitucional, el ATC. 25/80 de 30 de septiembre, f.j.3.

curso de amparo constitucional, ya que éste podrá servir de vehículo de acceso de la impugnación del reglamento ante el Tribunal, cuando sea la aplicación de aquél la que haya causado la infracción al derecho fundamental (art.43 LOTC) (364).

En consecuencia, no se puede pues decir que sólo son objeto de control constitucional aquéllos actos normativos cuya revisión no es posible por vía jurisdiccional. La duplicidad de jurisdicciones, si bien por distintas causas, a la que esta sometida, por ejemplo, el reglamento, ó los Decretos leyes y los Decretos legislativos, impide realizar esta aseveración.

Así, además de estar sujetos los Decretos leyes y los Decretos legislativos al control constitucional por el Tribunal Constitucional (365), también -como ha declarado el propio Tribunal (366)- los Decretos legislativos pueden ser revisados por la jurisdicción ordinaria en cuanto excedan de los límites de la delegación conferida,

(364) Vid. el desarrollo que de ésta cuestión, como asimismo de la jurisprudencia, realiza FÉREZ TREMPES, en Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid 1985, pp.168 a 176.

(365) Vid. respecto de los decretos leyes las STC 29/82 de 31 de mayo BOE 28-6-82 y 6/83 de 4 febrero BOE 9-3-83. Respecto de los decretos legislativos vid. la STC 51/1982 de 19 de julio BOE 18-8-82.

(366) STC 51/1982 de 19 de julio BOE 18-8-82.

planteamiento que es ampliable al caso de los Decretos Leyes, ya que al igual que los anteriores, en cuanto que no respeten las condiciones necesarias para su producción ó los límites impuestos a su contenido, se convierten -como apreciase García de Enterría y González Pérez (367)- en simples disposiciones reglamentarias, en consecuencia, sujetas al control de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

La norma consuetudinaria, si queda sin embargo fuera del control constitucional ante el Tribunal Constitucional. Ello no implica, no obstante, que no pueda ser controlada constitucionalmente.

También la costumbre deberá respetar la Constitución aunque el control sobre su conformidad, lo efectuaran los órganos del poder judicial. ya que no está incluida en el art. 27 LOTC. Además, al no reconocerle el Código civil -cuando sea contraria a la moral y al orden público valor de fuente del Ordenamiento jurídico (368), como quiera que debe reputarse materia de orden público la conformidad con la Constitución, la posible conculcación

(367) Vid. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada potestad reglamentaria y control judicial, op. cit., pp.173 a 186. GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, op. cit., pp.602 a 607.

(368) Art. 1,3 C.c.: "la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada".

de ésta, deberá en consecuencia, apreciarla el Juez civil.

El juez ordinario debe enjuiciar la constitucionalidad de la costumbre, y en caso de que sea disconforme con la Constitución, no aplicarla.

Aún en el caso de la Compilación civil de derecho foral de Navarra (369), que como es sabido permite la costumbre "contra legem", tampoco existe problema alguno. Al establecer la Ley 3 que "la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público aunque sea contra ley, prevalece sobre el derecho escrito", su tratamiento a nuestros efectos, en lo que respecta a éste tema, se asemeja al de los territorios de derecho civil.

Volviendo al tema de los Reglamentos, no obstante poseer el Tribunal Constitucional -como hemos expresado- opinión ya al respecto, lo que deba entenderse por acto con fuerza de ley -a efectos del control constitucional- ha sido objeto de estudio por la doctrina manteniéndose al respecto posturas variadas.

Así, entiende González Pérez (370), que por normas

(369) Ley 1/73 de 1 de Marzo.

con rango de ley hay que entender, "las normas con fuerza de ley cualquiera que éstas sean", incluyendo en consecuencia, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las sometidas a referéndum, los decretos legislativos, los decretos leyes, y los actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades autónomas. En contraposición, por ejemplo, estima Almagro (371), que junto a las anteriores debieran incluirse, siguiendo un criterio que denomina de "maxima justicialidad constitucional", los reglamentos que contradigan la Constitución, ya que el criterio que debe seguirse para establecer los actos normativos que deban ser objeto de control constitucional, es el del vicio del acto. En consecuencia, todos aquéllos actos normativos que pudieran incurrir en contradicción con la Constitución deberían estar sometidos al control.

En Italia, donde se estudió extensamente esta cuestión, y que al igual que la normativa española, la italiana, utiliza también la expresión "actos con fuerza de ley" en el art. 134 CI. (372), para referirse a la mate

(370) GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal constitucional, op. cit., p.79.

(371) ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional op. cit., pp. 107 a 108.

(372) art. 134: "La Corte Costituzionale es competente para conocer: de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos con fuerza de Ley del Estado y de las Regiones; de los conflictos de atribución suscitados entre los poderes del Estado, entre el Estado y las Regiones y entre las Regiones; de las acusaciones, formuladas contra el Presidente de la República y los Ministros, según la Constitución".

ria susceptible del control constitucional, se elaboraron tres teorías al respecto (373).

Prescindiendo de la elaborada sobre todo por Sandulli (374), dada su base en el derecho histórico italiano, y por ello carente de interés para proyectarla sobre nuestra realidad jurídica, expondremos las restantes, en cuanto que resumen a la perfección, las críticas que se pudieran hacer -y se han hecho en España (375)- respecto de la opción escogida por el Tribunal Constitucional, en lo tocante a su inhibición para controlar constitucionalmente los reglamentos a través de los procesos para la declaración de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

Ciñéndonos en la exposición de éstas al tema de los reglamentos, una y otra se diferencian en la diversa postura que mantienen, respecto del conocimiento de los mismos por el Tribunal Constitucional, propugnando respectivamente la exclusión ó inclusión del reglamento como objeto de control.

(373) Vid. la síntesis que sobre las mismas realiza, ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., pp.56 a 68.

(374) SANDULLI, *Riserve di legge introdotte alla Costituzione e regolamenti anterior*, *Giur.Cost.* 1969, pp. 2166 y ss. Vid también CUOCCOLO, *Gli atti dello Stato aventi forza di legge*, en *Riv.Trim.Dir.Pub.* 1961, pp.97 y ss.

(375) Vid. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, op. cit., p.107.

Las argumentaciones respecto de la inidoneidad de los reglamentos (376) para ser objeto del control fueron las siguientes.

Si el reglamento atenta contra la Constitución, y también la ley en base a la cuál se ha dictado, la solución para atacarlo será recurrir contra la ley en la que se apoya. El control de la constitucionalidad deberá recaer pues, sobre la norma intermedia.

Si el reglamento es inconstitucional pero no así la ley de la que trae origen, el supuesto no es de inconstitucionalidad, sino evidentemente de ilegalidad del reglamento. Deberá conocer de la misma la jurisdicción contenciosa-administrativa.

En cuanto a la objeción de que pueda darse la eventualidad -y muchas veces sucede- que la ley autorize la emanación de un reglamento de carácter innovativo, con lo cuál no podría tacharse de inconstitucional a la norma intermedia, esto es, la ley, que no contendría precepto alguno sobre la misma materia, y tampoco podría considerarse que el reglamento es ilegítimo, ya que al

(376) CRISAFULLI, Lezioni di Diritto Costituzionale, Vol.II, Padova 1976, pp. 290 y ss.

ser innovativo e integrar la norma intermedia, no puede contradecir a ésta, debe advertirse que, como quiera que la ley en el caso de que no exprese los límites a que debe quedar sujeto el reglamento, se supone que al no expresarse en contrario cumple los límites constitucionales, en este caso, estaríamos también ante un caso de ilegalidad del reglamento y no de inconstitucionalidad del mismo, ya que sería el reglamento el que ha vulnerado dichos límites, y por tanto, debe impugnarse ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Si en todo caso se considerase que la norma intermedia, al no expresarse en contrario, consiente lo que consienta el reglamento, en tal supuesto, estaríamos ante una norma inconstitucional, ya que aunque no lo regulase directamente consentía lo que no debía consentir. En consecuencia, tal norma sería la que debería ser objeto del control constitucional ante el Tribunal Constitucional, con independencia de que una vez declarada inconstitucional y por tanto anulada, deba impugnarse el reglamento que de ella trae causa ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Si bien mediante estas argumentaciones, técnicamente el problema queda salvado, no son sin embargo motivos de esta índole los que llevan a criticar ésta opción. Aunque

mediante el expediente descrito el reglamento es objeto de control constitucional por el poder judicial, es precisamente en este punto en donde reside la falta de acuerdo.

Habida cuenta de la irreversible expansión normativa del poder ejecutivo, (legislación motorizada, como la ha llamado García de Enterría (377)), y de la existencia de reglamentos independientes que carecen de ley alguna que les sirva de base, negar la sujeción al control constitucional por el Tribunal Constitucional de los reglamentos, podría llevar a que la mayoría parlamentaria abandone la disciplina de determinada materia al reglamento, a fin de sustraerla del control del Tribunal, y abocarla al del poder judicial (378).

Si a este factor se une, como expone Zagrebelski (379), el hecho de que los partidarios de esta tesis creen insatisfactorio "el grado de sensibilidad" que los Jueces no constitucionales tienen respecto a los problemas que suscita la aplicación de la Constitución, concretamente, el del control de la constitucionalidad,

(377) GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada y potestad reglamentaria, op. cit., p.30.

(378) En Alemania, al ser posible impugnar mediante el recurso directo y abstracto la inconstitucionalidad de un reglamento no existe este problema. Vid. FRIESENHANN, La Giurisdizione costituzionale nelle Repubblica Federale Tedesca, Trad. Cervati, Milano 1973, p.64.

no considerando oportuno -puesto que de hecho para eso se ha creado el Tribunal Constitucional- encomendar el control de la constitucionalidad al poder judicial, se comprenderá fácilmente que la opción defendida por éstos, sea, la de basándose en el principio de legitimidad constitucional, puesto que el Tribunal Constitucional es el órgano cuya función por autonomasia es precisamente la de la realización práctica del citado principio, atribuir al mismo el control sobre los reglamentos aplicando el criterio del vicio del acto.

Si bien son serias las objeciones expuestas, dado que en nuestro país existen diversas vías de acceso de los reglamentos al Tribunal Constitucional a través de las cuáles podrán ser controlados constitucionalmente, no cabe asumir en su totalidad (380) las críticas vertidas.

(379) ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, op. cit., p.65.

(380) Debe advertirse que si bien el art. 55,2 LRTC, sólo prevé la autocuestión de inconstitucionalidad en caso de que se haya aplicado una Ley, de cuya aplicación derive una lesión para los derechos fundamentales ó libertades públicas, este término debe ser interpretado en sentido amplio. De no hacerse así, los reglamentos no podrán ser controlados constitucionalmente por la vía de la autocuestión de inconstitucionalidad, cuando la resolución del recurso contencioso-administrativo resolviendo sobre la ilegalidad de un reglaen.) conculcase un derecho fundamental y, recurrido esta resolución judicial en amparo y estimado el mismo, no pueda la Sala del Tribunal Constitucional plantear la autocuestión de inconstitucionalidad respecto del reglamento al Pleno, para que declare la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria causante del agravio al derecho fundamental.

II.- DUALIDAD DEL OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA DISPOSICION Y LA NORMA.

Según Rubio Llorente (381) los preceptos legales son "hipótesis normativas susceptibles de interpretaciones diversas, pues los enunciados de la ley raramente son unívocos, como partes que son de un sistema abierto y en cambio continuo". La aseveración del citado tiene importantes consecuencias.

El reconocimiento de la posible existencia de interpretaciones diversas de un mismo texto legal, provoca que tengamos que distinguir entre disposición legislativa, fórmula lingüística textual, y norma, que es la que se recaba de la disposición legislativa por medio de su interpretación.

Al fin que a éstas páginas traemos esta cuestión, el tema nos interesa porque así como hay ocasiones en que la disposición legislativa solamente es capaz de producir una norma, en otras, al no ser unívocas las relaciones entre las mismas, ello lleva a que tengamos que diferenciar, como objetos distintos y ambos susceptibles

(381) RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial.. .. op. cit., p.52.

de control constitucional, entre disposición y norma.

Una disposición, considera Zagrebelsky (382), puede contener varias normas parciales, bien porque sea lo que se ha denominado de "portada compleja", ó bien porque su oscuridad ó ambigüedad lleve a que pueda ser interpretada de varias formas. En ambas la misma disposición legislativa dará lugar a varias normas.

La distinción no es artificiosa. Como se apreciará cuando estudiemos las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional (383), a veces, la declaración de inconstitucionalidad recae, no sobre el texto legislativo íntegro, es decir, la disposición legislativa, sino sobre una de sus interpretaciones, una norma, y ello, además, es típicamente propio del control constitucional en vía incidental, porque la cuestión que el Tribunal Constitucional enjuicia es la interpretación que de la disposición legislativa realiza al caso concreto el Juez "a quo", siempre que, claro está, aquélla sea plausible y no puramente imaginaria (384), ya que -como ha dicho Pieran

(382) ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., p.148.

(383) Vid. infra, pp.615 a 627.

(384) ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, op. cit., p.154.

drei (385)- sería paradójico que se declarase inconstitucional una interpretación de una norma, ó una disposición legislativa, porque se hubiese interpretado erróneamente.

De aquí la importancia de distinguir entre disposición y norma, y de precisar la susceptibilidad de ésta última para ser objeto de control constitucional.

No es pacífica sin embargo la aceptación de la "norma" como objeto de declaración de inconstitucionalidad.

Y es que, volviendo el argumento a sensu contrario, puede colegirse que ésta una de las vías más claras para que el Tribunal Constitucional se convierta, no ya en el intérprete supremo de la Constitución, que lo es y lo debe ser (art.1 LOTC) (386), sino en el intérprete supremo de la ley ordinaria:

- Efectivamente, al poder declarar el Tribunal Constitucional qué interpretación de una específica disposi

(385) PIF-ANDREI, Corte Costituzionale, op. cit., p.983.

(386) Art.1 LOTC: "El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica".

ción legislativa debe realizarse, al objeto de que la interpretación de la misma no incurra en disconformidad con la Constitución, ello supone al mismo tiempo declarar cómo deberán ser interpretadas las normas ordinarias.

La situación inversa, es decir, que el Tribunal declare qué interpretaciones no podrán ser aplicadas por ser inconstitucionales, aunque de manera velada produce el mismo efecto, desde una perspectiva teórica cambia bastante el planteamiento. El Tribunal declara la nulidad parcial de una disposición legislativa, y ello, si se adapta con mayor facilidad al esquema kelseniano de las funciones del Tribunal Constitucional, como funciones de legislación negativa.

Aunque esta práctica del Tribunal Constitucional ha sido fundamentada en el "horror vacui" y, aunque en cierta forma así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional (387), estimamos que Rubio Llorente (388) está en lo cierto, cuando afirma que el motivo de este tipo de pronunciamientos, no está en el principio de conservación de la norma jurídica (389), sino que como expone, "es la

(387) Vid. STC 17/81 de 1 de junio BOE 16-6-81, f.j.4 .

(388) RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en
.. op. cit., p.52. Vid. también infra, pp.

naturaleza propia de la función jurisdiccional, y no el buen deseo de los Tribunales Constitucionales de reducir al mínimo las lagunas del ordenamiento, la que les obliga con frecuencia a dictar sentencias interpretativas, en las que el pronunciamiento sobre la legitimidad constitucional no tiene por objeto el precepto, el texto legal, sino una determinada interpretación del mismo".

Volviendo al tema anterior, los dos tipos de sentencias interpretativas citadas pueden emitirse y de hecho se han emitido por el Tribunal Constitucional (391), lo que nos lleva a la conclusión que la "norma" como objeto diferenciado del "precepto legal ó de la dis

(390) Vid. en contrario, ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional, op. cit., p.173, quien afirma que, "basándose en el principio de conservación de la norma, cabe que lo que se anule no sea la norma misma, sino alguna de las interpretaciones posibles de la norma."

(391) Vid. como ejemplo de sentencia interpretativa de estimación, la STC 22/81 de 2 de julio BOE 20-7-1981 en cuyo fallo se declaraba, "Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad".

Por su parte, ejemplo de sentencia interpretativa de desestimación podría ser, la STC 14/81 de 29 de abril BOE 21-5-1981, que declaraba en el fallo lo siguiente: "2.Declarar que el art. 365,1 en relación con el art.326,1,4. de la Ley de Régimen Local texto refundido de 24 de Junio de 1955, no se ajusta a la Constitución en la parte en que permite que la facultad de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones locales proceda por la sola infracción manifiesta de las leyes, sin la concurrencia de otra circunstancia, pero si se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que confiere una facultad gubernativa para suspender acuerdos que afecten a la competencia del Estado o excedan del límite de la competencia propia para la gestión de los intereses de la Entidad local".

posición legislativa", puede ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

En definitiva, si bien es verdad que sobre este tema habrá de hilarse fino, en lo que respecta a la eficacia de dichas sentencias, cuestión que será estudiada en el capítulo correspondiente (392), no por ello puede dejar de apreciarse que, la "norma" no sólo puede, sino que también debe ser objeto del control en vía incidental.

(392) Vid. infra, pp 789 a 800 y 815 a 827.

III.- LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES.

Aunque la cuestión ha sido ya resuelta, y en una de las más tempranas sentencias del Tribunal Constitucional (393), a favor de la susceptibilidad de la norma preconstitucional para ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, nos parece sumamente ilustrativo de las relaciones que se han establecido en nuestro país entre poder constituyente y poderes constituidos, revisar cuáles han sido en España las posturas sobre el tema. Como se verá, el escogido es un sistema ecléctico entre el italiano y el alemán.

Dados los términos de la cláusula derogatoria de la Constitución en su párrafo 3, a saber: "Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ésta Constitución", el problema que se planteó fué el siguiente:

- Si una ley anterior a la Constitución -preconstitucional- contradice el contenido de la misma, ¿estamos ante un supuesto de inconstitucionalidad ó ante un supuesto de derogación?, ¿puede el órgano jurisdiccional

inaplicar tal norma por considerarla derogada conforme a la cláusula derogatoria de la Constitución, ó por el contrario, tendrá que en cumplimiento del art. 163 CE remitir la cuestión al Tribunal Constitucional para que éste enjuicie si es o no contraria a aquélla?

Conjugando la cláusula derogatoria de la Constitución y el art. 1,7 del Código Civil, resultaba lo siguiente:

Como el art. 1,7 C.c. prescribe que "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido", la interrogante que inmediatamente surgió fué, cuál era el sistema de fuentes establecido en el Ordenamiento jurídico, después de la entrada en vigor de la Constitución, quedando centrado el problema, en la determinación del alcance de la cláusula derogatoria, ya que según la misma, sólo quedaban derogadas las que se opusieren a la Constitución.

El tema que comentamos fué ampliamente discutido por la doctrina española (394), manteniéndose al respecto posiciones diversas.

Así, García de Enterría (395) opinaba, que la cláusula derogatoria de la Constitución, "no se refiere a todo el Derecho anterior en general para proclamar su permanencia en vigor con las salvedades que procedan", sino que se refiere únicamente, a "las disposiciones que se opongan a la Constitución", de lo que deducía que, "el efecto derogatorio se proclama sólo de las que se opongan a la Constitución, no a las que estén en cualquier género de contradicción con ella". "La cláusula derogatoria 3.ª -exponía- sólo puede interpretarse en el sentido, de que alcanza, únicamente, a aquéllas normas de contenido político que regulan las mismas materias que las normas de la Constitución que ésta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa, (esto es: derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos), y que efectúan esa regulación, de manera precisamente opuesta o no compatible *ictu oculi*,

(394) Vid. GARRIDO FALLA, Las fuentes del derecho en la Constitución Española, en La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Vol.I, op. cit., p.48; RUBIO LLORENTE, La Constitución como fuente del Derecho, en La Constitución Española y las fuentes del Derecho, Vol.I, op. cit., p.73; ARZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.161; ELIZALDE Y AYMERICH, El Tribunal constitucional y la Jurisprudencia, en El Tribunal constitucional, Vol.I, op. cit., p.871; TRUJILLO, Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas, R.E.P. n.º 97. 1979, pp. 148 y 149;

(395) GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma jurídica, en La Constitución de 1978. Estudio sistemático .. op. cit., p.133. Cfr. VARIOS, Comentarios a la Constitución, (dirigidos por GARRIDO FALLA), Madrid 1980, p.1797.

con la regulación constitucional".

Coadyuva a éste razonamiento, según el autor citado, la dicción del art. 163 de la Constitución, ya que la utilización del calificativo "contraria" a la Constitución y no "opuesta", que es el término utilizado en la cláusula, se debe en su opinión a que el concepto de oposición usado en ella tiene un valor más restringido.

Del planteamiento de García de Enterría se infieren las siguientes consecuencias respecto del tema que nos interesa:

El órgano judicial no podrá elevar al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad respecto de leyes que regulen materias de contenido político también contempladas por la Norma Constitucional, si aquéllas son incompatibles con ésta, ya que en ese caso les alcanza el efecto derogatorio de la Constitución, y por tanto, se encuentran derogadas, no siendo en consecuencia aplicables, circunstancia exigida por los arts. 163 CE y 35 LOTC (376) para que el Tribunal conozca de las cuestiones de inconstitucionalidad.

En lo que se refiere a las restantes normas, (y tam-

bién a las mencionadas, en caso de que se dude si son "contrarias a la Constitución"), dado que no están bajo el ámbito de la cláusula derogatoria, el órgano judicial, cuando dude de su concordancia con la Constitución, deberá elevar la respectiva cuestión de inconstitucionalidad.

De distinto parecer era González Pérez (397), quien estimando que la cláusula derogatoria de la Constitución tiene un alcance general, expresaba -con motivo de su estudio sobre la cuestión de inconstitucionalidad- que, "unicamente tiene sentido plantear la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, respecto de normas que han sido publicadas después de la entrada en vigor de la Constitución. Respecto de las anteriores, los órganos de las distintas jurisdicciones, podrán y deberán verificar si son contrarias a la Constitución a efectos de estimarlas derogadas, y por tanto no podrán aplicarlas".

(396) Art. 163 CE: "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo ...". Por su parte, el art. 35 LOTC dispone que: "Cuando un Juez o tribunal de oficio o a instancia de parte considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso" De igual forma, también el art. 5,2 de la LOPJ, prescribe que "Cuando un órgano judicial considere en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo,"

(397) GONZALEZ PEREZ, La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.II, op. cit., pp.1224 y ss., en especial, p.1229.

Ahora bien, como cabe advertir, las argumentaciones de ambos autores descansan sobre un presupuesto de difícil y sutil apreciación, a saber: que la norma preconstitucional sea contraria a la Constitución y, ¿qué pasará si un órgano judicial estimando que no es incompatible aplica en su fallo dicha norma, y otro por el contrario la inaplica por considerarla derogada?. ¿Qué ocurrirá si la clase jurídica no tiene un criterio uniforme respecto de la derogación o vigencia de una norma?.

Esta interrogante echa por tierra las consideraciones que se quieran hacer respecto de si todas las leyes preconstitucionales ó sólo algunas caen bajo el ámbito de la cláusula derogatoria y, por consiguiente, si su conocimiento corresponde o no a la jurisdicción ordinaria, ya que en definitiva, para terminar con la inseguridad jurídica que proporcionaría la disparidad de decisiones, respecto de la vigencia o derogación de una norma, sería necesario una decisión con eficacia "erga omnes" que resolviera el tema de una vez y para siempre, y ésta sólo puede emitirla el Tribunal Constitucional.

Este dato es el que, creemos, entre otras circunstancias, lleva a Almagro Nosete (398) a decir -a nuestro juicio con acertado criterio- que "estas

distinciones (respecto de las normas que están ó no bajo la influencia de la cláusula derogatoria), no son fructíferas porque, salvo casos evidentes, suelen dar lugar a bizantinismos que no conducen en la práctica, mas que a justificar a posteriori la cuestión interpretativa que estaba planteada a priori".

Intentando solucionar el problema que surgiría de las posibles decisiones contradictorias, que respecto a una norma preconstitucional podrían adoptarse por los órganos judiciales, se propusieron varias soluciones:

Así, Rubio Llorente (399), partiendo de que las normas preconstitucionales no pueden ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad, ya que "la apreciación de cuáles son los preceptos que habiendo existido, han sido expulsados del ordenamiento por haber sido derogados, es facultad propia de los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial" y además, según el tenor literal del art. 163 CE, la norma de cuya validez dependa el fallo tiene que ser aplicable al caso, y sólo es norma aplicable la vigente, siendo su validez, y no su vigencia, la que se puede cuestionar, arbitra como solución a

(398) ALMAGRO NOSETE, Justicia constitucional, op. cit., pp. 426 a 428. En concreto p.429.
(399) RUBIO LLORENTE, Voto particular a la STC 4/81 de 2-2-1981 BOE 24-2-81.

problema de la inseguridad jurídica, que podría crear el que los órganos jurisdiccionales emitiesen decisiones discrepantes, la interposición de un recurso de amparo y subsiguiente cuestión de inconstitucionalidad. Esta es textualmente la solución que propone:

"No carece sin embargo el Tribunal Constitucional, de facultades para rectificar si ello fuera necesario, la interpretación defectuosa que los órganos del Poder Judicial pudieran hacer con la Constitución en relación con las leyes anteriores que el legislador ordinario no haya derogado o modificado. El recurso de amparo contra actos u omisiones de un órgano judicial (art. 44 LOTC) y la cuestión de inconstitucionalidad que con éste motivo pueden plantear las Salas del Tribunal Constitucional ante el Pleno de éste (art.55 LOTC), ofrecen remedio suficiente para invalidar las Leyes anteriores a la Constitución que infrinjan los derechos fundamentales y libertades públicas que ésta garantiza".

Ahora bien, ésta solución -como puso de manifiesto Aragón Reyes (400)- incurre en una gran contradicción, Si la norma preconstitucional no es aplicable porque no es

(400) ARAGON REYES, La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local anteriores a la Constitución, R.E.D.C.O. n.91, 1981, p.201.

vigente, no resulta lógico -manteniendo esa argumentación- que la Sala del Tribunal Constitucional promueva la autocuestión de inconstitucionalidad, precisamente, porque como la norma está derogada no cabe declararla inconstitucional.

Otra alternativa, es la propuesta por este último autor (401), quien estimando también que el conocimiento de las normas preconstitucionales compete a la jurisdicción ordinaria, considera que si el Tribunal Constitucional inadmitiera la cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma preconstitucional, fundando ésta inadmisión en la derogación que sobre la norma habría operado la cláusula derogatoria de la Constitución, se obtendría de ésta manera una resolución sobre la norma que, pese a no tener eficacia "erga omnes", tendría los efectos que el art. 40,2 LOTC (402), atribuye a los autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Descritos aunque sucintamente, cuáles fueron los

(401) ARAGON REYES, Dos cuestiones interesantes en torno a nuestra jurisdicción constitucional. Control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., pp. 569 y 570.

(402) Art. 40,2 LOTC: En todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad"

términos del debate, expongamos antes de entrar en la postura del Tribunal Constitucional, la adoptada en Italia y Alemania.

En el caso alemán, así como mediante el control abstracto: tal como expone Friesenhahn (403), se pueden impugnar los reglamentos así como las leyes preconstitucionales (404), mediante la vía prejudicial el art. 100 1º de la ley Fundamental (405), prescribe que dichos actos normativos, en caso de que debiendo de aplicarse en un proceso el órgano jurisdiccional los considere incompatibles con la Constitución, deberán ser inaplicados por el propio juez ordinario.

(403) FRIESENHANN, La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, op. cit., p.64.

(404) Vid. al respecto, el art. 13, nº14 y los arts 86 y ss. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, T.R. de 3-2-1971, modificado por leyes de 2-3-1974, 24-8-1976 y 20-3-1979, en la traducción española que ofrece GONZALEZ RIVAS, La Justicia constitucional: Derecho Comparado y Español, op. cit., pp. 322, y 341 a 343. Cfr. FRIESENHANN, La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, op. cit., pp.67 y 68.

(405) Si bien el art. 100.1º, solamente indica que, "Cuando un Tribunal tiene por inconstitucional una Ley de cuya validez depende la resolución, debe suspenderse el procedimiento, y, si se trata de la lesión de la Constitución de un País, recabar la decisión del Tribunal competente para las cuestiones constitucionales en ese País, o, si se trata de la lesión de esta Constitución, la decisión del Tribunal Constitucional Federal. Lo mismo sucede si se trata de la lesión de esta Constitución por la legislación de un País, o de la incompatibilidad de una Ley de un País de la Federación con una Ley Federal", FRIESENHANN, La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca, op. cit., p.68, aclara que, "Questa interpretazione della parola "Gesetz" (legge), contenuta nell'art. 100,1, comma, primo periodo, GG, che sottrae al monopolio della pronuncia di invalidità da parte della corte costituzionale le leggi formali anteriori alla costituzione, ... si fonda su considerazioni relative al rapporto tra poteres giurisdizionale e potere legislativo".

La razón de la exclusión de estas normas del control del Tribunal Constitucional, está en la relación entre el poder judicial y el poder legislativo, ó al menos así lo explica Friesenhahn, exponiendo que el motivo de que los órganos jurisdiccionales tengan que deferir el conocimiento de las normas postconstitucionales al Tribunal Constitucional, está en impedir que el poder judicial pueda inaplicar -so pretexto de contrarias a la Ley Fundamental- normas elaboradas por el legislador Federal. En cambio, puesto que las normas anteriores a la Ley Fundamental, obviamente, no fueron realizados por éste -al igual que los Reglamentos que lo son por el poder ejecutivo- en nada afecta la desaplicación de éstas normas, a la "auctoritas" del poder legislativo, motivo por el cuál se deja en manos de la Judicatura un poder difuso de control sobre las mismas.

No obstante, debe tenerse en cuenta que puesto que estos actos normativos pueden ser impugnados a través del control abstracto, que no está sometido a plazo alguno de caducidad, cualquiera de los legitimados para interponer aquél, podrá, en el caso de que considere que los Tribunales están aplicando una norma preconstitucional, ó un Reglamento que es contrario a la Constitución, impugnar dicho acto normativo ante el Tribunal Constitucional

mediante el recurso directo.

Caso diferente es el italiano. Dado que en dicho Ordenamiento la defensa jurisdiccional de la Constitución está en manos de la jurisdicción ordinaria, ya que los cortos plazos del recurso abstracto de ilegitimidad constitucional y la carencia del recurso de amparo, implican casi -pudieramos decir- la exigencia de que el control de la constitucionalidad de las normas entre a la Corte Constitucional por la vía de la cuestión de ilegitimidad constitucional, el problema de las normas preconstitucionales toma un cariz absolutamente diferente.

Como el acceso a la Corte Costituzionale queda casi circunscrito a la vía del juicio ordinario, el exorbitante poder que supondría otorgar a la Judicatura el absoluto control de las normas preconstitucionales -que de otra parte, integraban naturalmente la mayoría del Ordenamiento jurídico- hizo que la Corte Costituzionale recabara para sí el control de las mismas. Así lo declaró en su primera sentencia de 14-6-1956 (406).

En Italia podría decirse que existe un cierto poder difuso de la constitucionalidad de las normas, poder que, así como queda atenuado en el Ordenamiento alemán y en el español por la existencia del recurso de amparo, al no

existir en cambio instrumento homólogo en el italiano, puede decirse que la última palabra respecto del acceso de una norma al Tribunal Constitucional la tiene el poder judicial.

En cuanto a España, el Tribunal Constitucional mediante la creación de la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida, ha compatibilizado las posturas alemana e italiana (407), en una postura ecléctica que pasamos a exponer.

"La peculiaridad de las leyes preconstitucionales -declara el Tribunal (408)- consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico-, y posterior -criterio temporal- y la coincidencia de este doble criterio, da lugar de una parte a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez de las que se opongan a la Constitución, y de otra, a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación".

(406) Vid. CALAMANDREI, La primera Sentencia de la Corte Constitucional, en Derecho Procesal Civil, Vol.III, op. cit., pp.185 a 198.

(407) Vid. sobre los sistemas alemán e italiano a éste propósito de las normas preconstitucionales, ARAGON REYES, Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional, ... , en El Tribunal Constitucional, op. cit., Vol.I. pp. 561 a 563.

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

"Así como frente a leyes postconstitucionales, el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los jueces y tribunales deben inaplicarlas, si entienden que han quedado derogadas por la Constitución al oponerse a la misma, pero pueden en caso de duda someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad" (409).

Como cabe apreciar, los dos criterios, el jerárquico y el temporal, han sido asumidos por el Tribunal Constitucional mediante la creación de la figura de la inconstitucionalidad sobrevenida (410):

- De una parte, el Tribunal Constitucional puede conocer por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad de toda clase de normas preconstitucionales, de otra, los órganos jurisdiccionales podran elevar la cuestión de inconstitucionalidad cuando lo estimen oportuno, ya que pueden inaplicarlas por considerarlas derogadas, ó bien elevarlas al Tribunal Constitucional cuando duden de su derogación, ya que entonces la cuestión se convierte en tema de inconstitucionalidad y no de vigencia.

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

(410) Vid. sobre la nueva categoría de la "inconstitucionalidad sobrevenida", RODRIGUEZ OLIVER, La inconstitucionalidad sobrevenida: El voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2-2-1981, en La Ley, T.II, Madrid 1981, pp. 963 a 968; PAREJO ALFONSO, La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida. A propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, R.A.P, nº 94, enero-abril, 1981, pp. 201 a 223; ARAGON REYES, La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local anteriores a la Constitución, op. cit., pp. 85 y ss; JIMENEZ LUNA, Derogación expresa e inconstitucionalidad sobrevenida: Importante sentencia del Tribunal Constitucional, en La Ley, nº 126, 27-3-1981. pp.1 y 2.

En este último sentido se manifiesta también la STC 29-4-1981 (411), declarando que:

"El criterio de la ley posterior, evitará planteamientos de cuestiones que puedan resolverse por la vía de la derogación afirmada en sede jurisdiccional, dejando la intervención del Tribunal Constitucional, para aquéllos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución, ó la dispersión de criterios, reclamen una solución de alcance general", porque -como en la misma sentencia se añade- "Cuando la cuestión no está condicionada por la norma o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior con transcendencia al caso o por vías interpretativas cabe su adecuación al ordenamiento constitucional, el planteamiento de la cuestión no está justificado".

IV.- LAS NORMAS PROCESALES.

1).- SIGNIFICACION DE LA NORMA PROCESAL EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.

A partir de la recepción en España de las doctrinas alemana e italiana surge en nuestra Patria -como indica Montero Aroca (412)- el procesalismo científico.

Desde este momento el derecho procesal se independiza del derecho material. El derecho procesal adquiere contenido propio y autónomo, y deja de ser considerado como mero apéndice ritual que acompaña al derecho sustantivo en su ejercicio ante los Tribunales del Estado (413).

La realidad hasta entonces enturbiada se hace visible, y el proceso deja de ser considerado como un me

(412) MONTERO AROCA, En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional" R.D.P. 1976, pp. 155 a 159, donde el autor realiza una síntesis de la evolución de la disciplina, distinguiendo según que el acento resida en el procedimiento -fase procedimentalista- en el proceso -la actual fase ó de Derecho procesal- y la última, hacia la cuál evoluciona y que al estar marcada por la Jurisdicción deberá denominarse derecho jurisdiccional. Vid también DE LA OLIVA, Sobre conceptos básicos de Derecho procesal, R.D.P. 1976, pp.191 a 214.

(413) Vid. sobre la separación entre la relación jurídica de derecho material, y la relación jurídico procesal, BULOW la teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, trad. Rojas Lichischein, Buenos Aires 1964, y GOLDSCHMIDT, Derecho Procesal Civil, trad. Prieto Castro, Barcelona 1936. También, WACH, La pretensión de declaración, trad. Semon, Buenos Aires 1962.

ro procedimiento, y con ello la norma procesal, su calificación de norma formal, adjetiva o procedimental, distinguiéndose de entre éstas, aquéllas normas procesales que tienen carácter material, de las que lo tienen formal, ó lo que es lo mismo, son procedimentales. Esta bipartición supone, la distinción por la doctrina entre Derecho procesal formal y Derecho procesal material.

Sin entrar ahora en tema tan sugestivo como sería la historia de la norma procesal, el camino recorrido por la misma, desde que era considerada como norma única y exclusivamente formalista, hasta la concepción que actualmente se tiene de la misma, estudio que, como lamenta Montero, está todavía por hacer en España (414), baste ahora a nuestros fines el señalar, cómo la Constitución, no sólo recoge normas procesales y las eleva a categoría constitucional, sino hasta las dota de categoría de derecho fundamental.

Del contenido de la norma procesal va a depender la efectiva realización del derecho objetivo en los asuntos atribuidos al poder judicial, los cuáles, habida cuenta

(414) MONTERO AROCA, En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional op. cit., p.156, nota 3.

de la prohibición de la autotutela, y de la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, así como, de otra parte, a que determinadas actuaciones lleven el refrendo judicial, (a fin de garantizar el procedimiento mediante el cuál se adoptan), son numerosos.

De aquí que la Constitución recoja los principios a que deben responder las normas procesales (415), siendo prueba de la importancia y valor que les otorga a las mismas, que la mayoría de ellas están insitas en aquella parte de la Constitución que tiene una tutela reforzada (416).

Al haberse configurado el derecho a la tutela efectiva, además de como una garantía genérica de los demás derechos y libertades públicas, como derecho fundamental (417), susceptible en consecuencia de la protec

(415) Vid. LIEBMAN, *Dirito costituzionale e processo civile*, Riv.Dir.Proc. 1952 I, p.328. Vid. una tesis contraria en PROVINZIALI, *Norme de diritto processuale nella Costituzione*, Milano 1959, pp. 19 y 193 a 195, quien viene a sostener que el derecho constitucional ha elevado a categoría constitucional, los principios básicos del derecho procesal.

(416) Tengase en cuenta que el art. 24 CE se encuentra en la sección 1 del cap. II, y el art. 53,2 CE prescribe que: "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en la el artículo 14 y Sección 1. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

ción constitucional y específica que proporciona el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (418), su contenido complejo provoca que la mayoría de las garantías procesales tengan no sólo refrendo constitucional, sino una protección constitucional reforzada.

Ciertamente no podía ser de otra forma. La Constitución tenía que reforzar el sistema de garantías procesales, ya que si la norma procesal es arbitraria, si la garantía procesal se conculca, no sólo se estará infringiendo ésta, sino, posiblemente, también el derecho sustantivo que se pretendía actuar mediante el proceso correspondiente.

(417) GONZALEZ MONTES, En torno al contenido del derecho a la tutela jurisdiccional, en *El Poder Judicial*, Vol.II, op. cit., pp.1477 y ss. y, *El proceso como medio de protección y amparo de los derechos y garantías constitucionales* en *Rev.Fac.Dº.Un.Gr*, nº5, 1984, pp.119 y ss.; SANCHEZ AGESTA, El artículo 24 de la Constitución y el Recurso de amparo, en *El Tribunal Constitucional*, Vol.III, op. cit., pp.2483 y ss. Vid también, ALBACAR LOPEZ, Contenido y alcance del derecho a la tutela jurisdiccional, en *El Poder Judicial*, Vol.I, op. cit., pp. 417 y ss.; ENTRENA KLETT, Problemas que plantea la efectividad de la tutela jurídica en nuestro Derecho, en *El Poder Judicial*, Vol.II, op. cit., pp. 1161 y ss.

(418) Vid. sobre el recurso de amparo constitucional, GARCIA RUIZ, *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid 1980. GIMENO SENDRA, *Naturaleza jurídica y objeto procesal del recurso de amparo*, R.E.D.C.O. 1982. MOYA GARRIDO, *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*, Barcelona 1983. CASCAJO CASTRO con GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Madrid 1984. ALMAGRO NOSETE, *Cuestiones sobre legitimación en el recurso constitucional de amparo*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol.I, op. cit., pp. 369 y ss. RAMOS MENDEZ, *Eficacia práctica del recurso de amparo constitucional*, *Just. 82*, IV, pp. 145 y ss. CASTEDO ALVAREZ, *El recurso de amparo constitucional*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol.I. op. cit., pp. 179 y ss.

La naturaleza del derecho procesal como derecho instrumental (419), demanda que el respeto y la sujeción a la Norma Constitucional sea absoluta, ya que la infracción de la Constitución por una norma procesal, causa -insistimos- no solamente la vulneración del derecho a la tutela efectiva, sino la infracción del derecho material que a través del ejercicio del mencionado derecho se pretendía satisfacer.

Como ha dicho Almagro Nosete (420), la trascendencia de la Constitución para el Derecho Procesal es sumamente apreciable, ya que dicha normativa no es una rama jurídica más, sino que en cuanto es un derecho garante de otro derecho, ya que transforma en efectivas las promesas de certidumbre y coerción, es, en realidad, una de las modalidades de actuación del Ordenamiento jurídico.

De aquí la importancia de la norma procesal, y por

(419) Cfr. con FENECH, Notas previas al estudio del Derecho procesal, en Estudios Fenech-Carreras, op. cit., p.35; MORON PALOMINO, Sobre el concepto de Derecho procesal, R.D.P. 1962, p.509; GONZALEZ MONTES, El Derecho procesal y sus conceptos básicos, A.Est.S.J.Gr. 1981-82, p.120; DE LA OLIVA, Sobre conceptos básicos del Derecho procesal, R.D.P. 1976, p.214; ALMAGRO NOSETE, El Derecho procesal en la nueva Constitución, R.D.P. 1978, p.657. MONTERO AROCA, Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, Madrid 1976, pp. 177 y ss.

(420) ALMAGRO NOSETE, El Derecho Procesal en la nueva Constitución, op. cit., p.839. Sobre la consideración del derecho procesal como método, concepción que, como es posible colegir, late bajo las palabras del citado, vid. HERCE QUEMADA, El Derecho procesal como método, R.D.P. 1970, pp.813 y ss. y, MUÑOZ ROJAS, Algunas consideraciones acerca del método en Rev.Fac.Dº.Un.Complutense, nº 54, Madrid 1978, pp.51 y ss.

ende, del grave atentado que supone para la Constitución la existencia de normas procesales inconstitucionales.

Ahora bien, la Constitución no incide sólo sobre las normas procesales "stricto sensu", sino que lo hace también sobre las normas procesales de carácter orgánico. Y es, que si hablamos de proceso, es imprescindible aludir a la organización judicial, si se quiere que el proceso sea actuado por sujetos que lo lleven a su fin debido (421).

Tan importantes son las normas orgánicas procesales, que también son objeto de tutela reforzada. Así, por ejemplo, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, al estar incluido en el art.24,2 CE, es una garantía procesal que, no cabe duda, está referida a la organización judicial.

A la constitución y organización de los Tribunales, se refiere también -como ha puesto de manifiesto Martínez-Pereda (422)- el art. 117 CE, ya que establece

(421) Vid. MONTORO-PUERTO, Tutela efectiva y juez ordinario predeterminado por la ley, El Poder Judicial, Vol.III, op. cit., pp. 2019 y ss.

(422) MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, Incidencia de la Constitución en las normas de derecho procesal aplicables por la jurisdicción civil, en II Jornadas de Derecho Judicial, (Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia), Madrid 1985, pp 25 y ss.

los principios a los cuáles deberá amoldarse la organización del poder judicial.

En cuanto a los que se refieren a la actuación y funcionamiento de la actividad jurisdiccional, el Tribunal Constitucional ha sentado ya una copiosa jurisprudencia al respecto (423). A título de ejemplo, y por ser una de las sentencias más completas, transcribimos un pequeño párrafo de la STC de 29-6-83 (424):

"En el contenido del derecho a la tutela efectiva que el art. 24,1 consagra, se integran: la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia, la posibilidad de manifestar y defender ante ellos su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes, la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente sean oportunas, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello, y el derecho a que el fallo judicial se cumpla, y a que el recurrente sea repuesto en su derecho para evitar que las decisiones judiciales y el reconocimiento de derechos que comportan se conviertan en meras declaraciones de intenciones, derecho éste que sólo se satisface cuando el órgano judicial adopta las medidas oportunas para llevar a efecto la ejecución".

(423) Vid. la sistematización que de las mismas realiza CAND MATA, El derecho a la tutela judicial efectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid 1984.

(424) STC 58/83 de 29 de junio BOE 15-7-1983.

2).- LA NORMA PROCESAL COMO OBJETO DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Aunque los requisitos que pudieran obstar a que la cuestión de inconstitucionalidad pudiera recaer sobre una norma procesal estan ya salvados, en virtud de la jurisprudencia que al respecto ha emitido el Tribunal Constitucional, conviene de todas fomas hacer un ligero resumen sobre las que fueron circunstancias obstativas del acceso al Tribunal Constitucional de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de normas procesales.

- Según los arts. 35,2 LOTC, 163 CE. y 5,2 LOPJ, la norma sobre la que verse la cuestión de inconstitucionalidad deberá incidir en el fallo (425).

- Asimismo, la cuestión de inconstitucionalidad debía remitirse al Tribunal Constitucional, una vez terminado el procedimiento y antes de dictar sentencia (426).

(425) Art.35 LOTC: Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley". 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 ...". Por último, el art. 5,2 LOPJ prescribe que "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo .. "

El momento pues en que debía remitirse la cuestión, así como la incidencia que se exigía respecto de la sentencia ó fallo, hacía pensar que el legislador había pasado por alto el problema de la inconstitucionalidad de las normas procesales.

Dado que en su mayoría las normas que inciden en el fallo son de naturaleza sustantiva (427), los preceptos mencionados dejaban fuera gran parte de las normas procesales.

Por otra parte, la prescripción de que la cuestión debiera elevarse una vez terminado el procedimiento, corroboraba la interpretación antedicha, ya que si el procedimiento debía estar concluido para elevar la cuestión, no podría elevarse cuestión de inconstitucionalidad, respecto de normas que hubieran de adoptarse durante la sustanciación de aquél.

La crítica que nos merece la redacción de los citados preceptos es realmente grave:

(426) Art.35,2: "El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia,"

(427) También inciden en el fallo, las normas sobre la carga de la prueba. Vid ROSENBERG, La carga de la prueba, Trad. Krotoschin, Buenos Aires 1956, pp.70 y ss.

- El legislador ha olvidado que las normas procesales pueden ser inconstitucionales. Otra vez pues se pone de manifiesto la romántica creencia de que basta con la existencia del derecho para que este pueda ser disfrutado (428).

No obstante, así como el que la Constitución no tuviese en cuenta la norma procesal es admisible, dado el carácter de Norma fundamental y en consecuencia genérica que no permite entrar a fondo en la regulación sino establecer tan sólo las directrices, si creemos en cambio que la omisión en sede de la LOTC, y -no digamos ya- de la LOPJ, pone de manifiesto el lastre que todavía arrastra el Derecho Procesal, y la necesidad que hay por ello de insistir en el significado del mismo a la vista de estos datos.

Buena prueba de la importancia del Derecho Procesal, nos parece que proporciona el Auto nº 162/84 (429) del Tribunal Constitucional, en el que se inadmite un recurso de amparo -pese a reconocer que los derechos fundamentales son imprescriptibles- "por haber caducado la acción

(428) Vid. FIX ZAMUDIO, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965) Mexico 1968, pp.9 a 18.

(429) ATC nº162/84 de 14 de Marzo.

para hacerlo exigible jurisdiccionalmente".

En consecuencia, así como cabe disculpar la omisión de la Constitución, no sucede lo mismo con la LOPJ, que al ser además de fecha posterior a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a este respecto, debiera de haberse utilizado para despejar cualquier duda que pudiera haber sobre el particular.

Conforme a la normativa expuesta, ¿qué debería hacer el órgano judicial cuando considerase que la norma procesal que tiene que aplicar es inconstitucional?

La laguna jurídica que se planteaba era real. Si como opina Sainz de Robles (430), "el carácter normativo de la Constitución y su eficacia derogatoria, respecto a todas las disposiciones anteriores que se opongan a lo establecido en aquélla, impone averiguar si algún precepto procesal está en desacuerdo con el art. 24,1. E inmediatamente, habrá que procurar una lectura que armonize

(430) SAINZ DE ROBLES, La incidencia de la Constitución en el proceso contencioso-administrativo, en II Jornadas de Derecho Judicial, op. cit., p.741.

la disciplina de los tipos procesales, con las garantías constitucionales", de igual forma se impone que en el caso de que el juez dude de la constitucionalidad de una norma procesal, si no cabe esa lectura constitucional a la que se refería el Magistrado, se eleve al Tribunal Constitucional la respectiva cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma.

Si los órganos jurisdiccionales tienen prohibido enjuiciar la labor del poder legislativo, y al mismo tiempo deben aplicar la Constitución, o bien pueden remitir al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad, o bien se les está sumergiendo en una auténtica situación de "non liquet".

La LOPJ, en vez de limitarse a prescribir en su art.5,2, que el Juez planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional con arreglo a lo establece su Ley Orgánica, hubiera debido integrar el art. 35 LOTC, ya que la publicidad de la LOPJ no es la misma, obviamente, que la que puede tener la prolija doctrina del Tribunal Constitucional. Además, así como existe la seguridad de que todos los Jueces conocen la referida ley, es una labor mucho más ardua, aunque exigible desde luego, el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La problemática de la norma procesal que pudiera ser inconstitucional, pero que tiene su momento de aplicación en la sentencia, sin dejar de ser sugestiva es muy similar a la de la norma sustantiva en lo que se refiere a su juego como prejudicial.

La original de la norma procesal es otra, y deriva de su naturaleza como norma de garantía. A saber, que siendo una norma que deberá ser aplicada durante el procedimiento y para el debido desenvolvimiento del mismo, no puede determinarse con certeza si incide o no en el fondo del asunto.

La norma procesal es una garantía no ya de que se llegue al fallo, que lo es, sino a un fallo determinado: aquél que se produce con unas determinadas garantías, mediante el "proceso debido".

La "ratio" de que una cuestión de inconstitucionalidad pueda versar sobre una norma procesal, es la misma que fundamenta la posibilidad de poder recurrir en casación por infracción de las garantías esenciales del procedimiento: al no ajustarse el proceso a las garantías establecidas en la Constitución, no puede haber seguridad en la "justicia" de su resolución.

La cuestión está por tanto en la interpretación del término fallo al que alude el art. 163 CE., debiendo entenderse por tal -conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (431)- "el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal" (432).

Como ha dicho Alvarez de Linera (433), "las leyes de carácter procesal pueden ser objeto de declaración de inconstitucionalidad, ya que de modo directo influyen en la validez del fallo, al cuál sólo se puede llegar, por el camino del "procesus iudicii", que por no ser conformes a las que deben regular el debido proceso, pueden resultar contrarias al tenor y al espíritu fundamental del art. 24 de la CE".

(431) STC 76/82 de 14 de diciembre, BOE 15-1-83.

(432) Vid. en el mismo sentido, STC 54/83 de 21 de junio, BOE 15-7-83 y STC 19/83 de 14 de marzo BOE 12-4-83, y 67/84 de 7 de junio, BOE 11-7-84. Por otra parte, ya en este sentido se manifestaba, el ATC 138/81 de 16 de diciembre, declarando que "Sin necesidad de entrar en la interpretación de la significación exacta de la alusión a la sentencia, como medio ordinario de conclusión del procedimiento, lo cierto es que resulta evidente que el planteamiento no puede tener lugar sin que se haya iniciado al menos el procedimiento, lo que no ha ocurrido en los presentes autos". Como puede apreciarse, la declaración de que la cuestión no pueda elevarse sin que se haya iniciado el procedimiento, ya empezaba a dejar traslucir la jurisprudencia que más tarde se sentaría al efecto.

(433) ALVAREZ DE LINERA, Incidencia de la Constitución en las normas de derecho procesal ... op. cit., p.127.

Así pues, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad podrá serlo tanto la norma procesal como la norma sustantiva (434), ya que si bien las normas de carácter sustantivo determinan el contenido del fallo, las normas de naturaleza procesal regulan, como dijera Gómez Orbaneja (435), "si es admisible tal petición, en qué forma haya de hacerse, por quién, ante qué órgano, mediante qué condiciones y trámites, en qué momento, y con qué efectos haya de dictarse la declaración".

El peligro está obviamente, en el carácter dilatorio que puede suponer respecto de la decisión de la causa, la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una norma procesal cuya aplicación en definitiva no incidiese en el fondo del asunto. El supuesto tiene su más rica problemática -como estudiaremos más adelante (436)- en la adopción de medidas cautelares.

(434) Vid. en este sentido ZAGREBELSKY, Considerazioni sulla competenza del giudice istruttore civile a sollevare incidente di legittimità costituzionale, Giur.Cost. 1967, p.632.

(435) GÓMEZ ORBANEJA, Derecho Procesal Civil Vol.I, op. cit., p.15, aunque como pone de manifiesto DE LA OLIVA, Sobre conceptos básicos del Derecho Procesal, op. cit., p.194, nota 5, dicha definición Gómez Orbaneja la atribuye a Rosenberg, la dada no coincide con la propuesta por el autor alemán, seguramente -como opina De La Oliva- por haber proyectado la definición de aquél sobre el Derecho procesal en general, en vez de sobre el Derecho Civil como hace Rosenberg.

(436) Vid. infra, pp.564 y ss.

Por lo demás, la posibilidad de que las normas procesales puedan ser inconstitucionales no es una mera hipótesis. De hecho, ya hay varias que así han sido declaradas por el Tribunal Constitucional. A título de ejemplo, podemos citar la declaración de inconstitucionalidad del depósito exigido por el art. 170 LPL para poder recurrir en suplicación, no respecto de la cantidad objeto de la condena, sino del incremento del 20% de la misma (437), ciertas reglas sobre embargo de bienes en el Código de Justicia Militar (438), la necesidad de actuar todas las partes unidas bajo una misma dirección procesal, el art.1 del Decreto-Ley de 17-7-1948 que, facultaba la designación de jueces "ad hoc" por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en los juicios universales (439), etc... (440).

(437) STC 3/83 de 25-1-1983 BOE 17-2-83. En la misma se declaran también inconstitucionales por conexión, el art. 154 en su inciso "más de un 20 por 100 de la misma", el art. 163 en su párrafo 1. "más el 20 por ciento", y el párrafo 2. "y el de la totalidad del 20 por ciento", el art. 165 en su inciso "y el 20 por 100 de la condena de los juicios por despido en los que la sentencia sea confirmada", y por último los artículos 175 y 176 también, en sus incisos "más el 20 por ciento".

(438) STC 54/83 de 21 de junio BOE 15-7-83.

(439) STC 101/84 de 8 de noviembre, BOE 28-11-84.

(440) Así, también ha sido declarado inconstitucional en STC 51/82 de 19 de julio BOE 18-8-1982, el último inciso del art. 137 de la LPL, a saber "... y contra la sentencia que recaiga no se dará recurso".

Igualmente, la STC de 76/82 de 14 de Diciembre BOE 15-1-83, ha declarado inconstitucional parte del art. 14 de la Ley Orgánica 9/80 de 6 de Noviembre de reforma del Código de Justicia Militar, en la parte en que denegaba la posibilidad de recurrir la sentencia, a los condenados a pena de privación de libertad inferiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias. Por último, también la STC 27/85 de 26 de febrero BOE 27-3-85, ha afectado a dicho precepto, así como al art 13,1. de la misma ley, declarándolos parcialmente inconstitucionales, con lo que quedan redacta

Por otra parte, y advirtiendo que únicamente exponemos estas circunstancias sin ánimo de hacer un repaso exhaustivo, Almagro Nosete (441) ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la atribución a la declaración de rebeldía de efectos sobre la admisión de hechos en el sentido de "ficta confessio", así como la necesidad del ejercicio de reclamaciones previas en vía administrativa al ejercicio de acciones civiles, cuestión ésta última que iguales reservas produce también en el ámbito de la Judicatura (442).

También se ha insinuado la inconstitucionalidad de las medidas provisionalísimas (443), como asimismo ha sido considerado por Montero la presumible inconstitucionalidad de la regla "solve e repete", ya que a su parecer

dos de la forma siguiente: art. 13,1: "Contra las sentencias de los Consejos de Guerra podrán interponerse recursos de casación ante la Justicia Militar por el Ministerio Fiscal Jurídico Militar y por quienes hubiesen sido condenados en la sentencia". y el art. 14: "Los condenados, así como el Ministerio Fiscal, podrán interponer contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, según la competencia al mismo asignada, recurso de casación ante la Sala de lo Penal, del Tribunal Supremo, conforme a los motivos y trámites que señalan los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Vid sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, en materia de cuestiones de inconstitucionalidad, CAND MATA, Cuestiones de inconstitucionalidad, Doctrina del Tribunal Constitucional, Madrid 1986.

(441) ALMAGRO NOSETE, Garantías constitucionales del proceso civil, en Estudios en homenaje a los profs. Herce Gueada y Duque Barraganes, Zaragoza 1983, pp. 352 a 353 y 346 a 348.

(442) ALVAREZ DE LINERA, Incidencia de la Constitución en las normas de Derecho procesal aplicables ... op. cit., p.129.

(443) CORTES DOMINGUEZ, Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, VARIOS, Madrid 1985, p.984.

entraña "la negación del derecho de acción para los no pudientes" (444). Por último, Ferre Oriol también ha expuesto sus dudas sobre la constitucionalidad de la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado (445).

(444) MONTERO AROCA, Introducción al Derecho procesal, op. cit., p.173.

(445) FERRE ORIOL, Inconstitucionalidad del art. 1325, 2, de la LEC respecto a la declaración de quiebra sin citación ni audiencia del quebrado, R.J.Cat., 1982, pp.715 y ss.

V.- LAS NORMAS ORDINARIAS CONTRARIAS AL DERECHO COMUNITARIO.

Como después de la firma del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Europea (1-1-1986) el derecho comunitario ha pasado a formar parte del Ordenamiento interno, el problema que puede surgir respecto del control constitucional -y de hecho así ha ocurrido en otros países- es el siguiente:

-¿Qué deberá hacer el órgano judicial cuando la norma ordinaria que incida en su fallo contravenga al derecho comunitario?.

Con base a que el derecho comunitario es norma de rango legal superior a la norma ordinaria, podría considerarse que resultando su conculcación una violación al principio de jerarquía normativa contenido en la Constitución (446), el órgano judicial deberá remitir al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma que vulnere el mismo, dado que la violación de dicho principio es violación de una Norma Constitucional.

(446) Conforme al art. 9,3 CE: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

De otra parte, de acuerdo con los principios de efecto directo y primacía de que goza el derecho comunitario (447), la normativa comunitaria -como impone el art. 189 del TCE. en su párrafo 2º (448), y asimismo ha sido declarado por el Tribunal de Justicia (449)- al vincular directamente no sólo a los Estados miembros sino también a los ciudadanos de los mismos y a los órganos judiciales, debe de aplicarse tal como si fuese una norma de derecho interno, porque esta consideración es la que tiene. En consecuencia, si llegado el caso una norma ordinaria contraviniese a aquél, el órgano judicial, al amparo del art. 189 citado, deberá aplicar directamente el derecho comunitario.

Si como dice Pastor López (450), "Todo juez nacional competente en materias determinadas, tiene la obligación

(447) Vid. LOUIS, El Ordenamiento jurídico comunitario, Bruselas 1980; PESCATORE, El acervo comunitario desde el punto de vista jurisprudencial, R.Inst.Eur., 1981; MILLAN MORO, Aplicabilidad directa y efecto directo en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, R.Inst.Eur., 1984, 2, p.445. MIBLIAZZA, L'efficacia diretta delle norme comunitarie, en Riv.Dir.Proc. 1985, pp. 15 y ss.

(448) Art. 189, 2º pfo.: "El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro".

(449) Vid. S. de 5-2-1963, caso "Van Gend Loos" en P.J.C nº19, p.978.

(450) PASTOR LOPEZ, La cuestión prejudicial del art. 177 del Tratado CEE y su conexión con nuestro ordenamiento procesal", Justicia 83, p.524.

de aplicar íntegramente el derecho comunitario, y proteger los derechos que éste concede a los particulares, dejando de aplicar toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional anterior o posterior a la norma comunitaria", la opción por la segunda alternativa propuesta es la que debe prevalecer.

El problema ha sido bastante discutido en Italia sobre todo a partir del caso "Simenthal" (451), donde el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre diversas resoluciones de la Corte Costituzionale (452), que declaraban la exigencia de plantear ante ella, la cuestión de ilegitimidad constitucional de las normas ordinarias, que pudieran contravenir el derecho comunitario, y ello, en virtud del art. 11 de la Constitución Italiana, que prescribe el respeto al principio de jerarquía normativa (453).

La declaración del Tribunal de Justicia a éste respecto, ha sido tajante:

"El Juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones de Derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin

(451) Vid. S. de 9-3-1978, en E.J.C. nº21, p.130.

(452) SS. n.º 232/75 y 205/76, y providencia nº 206/76 de la Corte Costituzionale.

(453) Vid. CAPELLETTI, El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano, en R.E.D.C.O., nº4, 1982. pp. 20 a 33.

que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional".

Como cabe apreciar, el Tribunal reclama el conocimiento de la posible contradicción entre las normas de derecho comunitario y la legislación ordinaria, declarando además que la necesidad de tener que plantear sobre la concordancia de las normas de derecho comunitario y las de la legislación nacional cuestión de ilegitimidad constitucional, es incompatible con las exigencias mismas del derecho comunitario, porque ello supone considerar que la contradicción entre éste y aquéllas será resuelta por un Juez distinto del que debe aplicarlo, lo que equivale negar el carácter efectivo de compromisos incondicionales, e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros en virtud del Tratado.

Por otra parte -afirma- ello supone la violación del art. 177,2 ° TCE, conforme al cuál el Juez que tenga que aplicar a un asunto del que esté conociendo, una norma que contradiga el derecho comunitario, podrá solicitar al Tribunal de Justicia un pronunciamiento de carácter prejudicial sobre la posible contradicción. Si bien este mandato no es imperativo, como se deduce del término "podrá", desde luego ello hay que entenderlo en el sentido de que el órgano judicial, ó bien pedirá un

pronunciamiento al Tribunal de Justicia, ó en virtud de su propia autoridad dictaminará el mismo sobre la presunta contradicción, mas no puede interponer entre la aplicabilidad del derecho comunitario y la norma ordinaria la decisión de otro Juez que no sea la del Tribunal de Justicia.

Como expone Capelletti (454) al comentar el caso "Simenthal", la solución dada por la Corte Costituzionale recabando el conocimiento de estas cuestiones, daría lugar además a una doble prejudicialidad. Veamos:

A tenor del art. 177 del Tratado CEE, "El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial:

- a) Sobre la interpretación del presente Tratado;
- b) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones de la Comunidad;
- c) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo siempre que dichos estatutos así lo prevean".

Cuando se plantee una cuestión de ésta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano judicial nacional, cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia".

(454) CAPELLETTI, El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano, op. cit., p.24.

Como se deduce del mencionado precepto, al tener el "deber" el órgano judicial que conozca de un asunto respecto de cuya resolución no quepa recurso judicial alguno, de remitir al Tribunal de Justicia las cuestiones de duda respecto de la contradicción entre el derecho comunitario y la legislación nacional, en el caso que comentamos, llegada a la Corte Costituzionale la cuestión de ilegitimidad sobre una norma ordinaria por contravenir el derecho comunitario, debería -conforme al art. 177 en su último párrafo- remitir ésta a su vez al Tribunal de Justicia, pudiendo producirse -como dice Capelletti (455)- ese fenómeno de doble prejudicialidad.

El problema sin embargo no es ya actual. La Corte Costituzionale ha modificado su postura en lo que refiere a recabar el enjuiciamiento de la contradicción entre el derecho comunitario y la legislación nacional en su sentencia de 8-6-1984. Las dudas en Italia respecto de si todo Juez es Juez comunitario han desaparecido.

(455) Debemos advertir que como señala CAPELLETTI, El Tribunal Constitucional en el sistema... op. cit, p.24, nota 44, la Corte Costituzionale, ha preferido infringir el art.177,2 del TCE, y una vez resuelta la cuestión de ilegitimidad ha devuelto el asunto al Juez "a quo".

Resultando pues que el poder de enjuiciar la contradicción entre las normas de derecho comunitario y las nacionales es un poder difuso que conforme al art. 177 del Tratado CEE, corresponde a todos los Jueces nacionales salvo los de última instancia, que deberán elevar la preceptiva cuestión prejudicial comunitaria al Tribunal de Justicia cuando la norma ordinaria (nacional) pudiera ser contraria al derecho comunitario, éstas no podrán ser objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

VI.- LAS NORMAS LESORAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS.

Conforme al art. 53,2 de la CE, "Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1 del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por el procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30".

Según la dicción de este artículo 53,2, ¿qué conducta deberá ser la del órgano judicial que tenga que fallar un proceso donde la norma que sea aplicable vulnere un derecho fundamental de los contenidos en la Sección 1 del Capítulo II?, ¿suspender el procedimiento y elevar cuestión al Tribunal Constitucional para que decida respecto de la inconstitucionalidad de la norma que incide en su fallo ó aplicar directamente la Constitución conforme al art. 53,2?

Así como en el caso de las normas preconstitucionales no existe problema alguno, dada la facultad que tienen los órganos del poder judicial para conocer de la compatibilidad de éstas con la Constitución, el problema

surge en cambio respecto de las normas postconstitucionales.

En efecto, como el art.163 CE prescribe que, "Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso que, 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 los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos": ello produce que los arts. 163 y 53,2 están en pugna:

El primero ordena suspender el procedimiento, el segundo agilizarlo. El art.53,2 prescribe que estos derechos se ampararan mediante un procedimiento de carácter preferente y sumario, y, desde luego, si el órgano judicial suspende el procedimiento, a fin de elevar la correspondiente cuestión ante el Tribunal Constitucional (art.163 CE.), mal se podrá lograr la sumariedad del mismo, y por ende, la preservación o el restablecimiento rápido del derecho fundamental o libertad pública conculcada.

Si optáramos porque el órgano judicial aplicase directamente la Constitución y otorgase el amparo, la

violación que de la Constitución realiza esa determinada norma seguirá pesando en el Ordenamiento jurídico, se podría decir que a la espera de que cualquier sujeto público pueda volver a aplicarla, con la consiguiente reiteración en la vulneración de la Constitución.

Ciertamente, si los órganos judiciales cada vez que se interponga ante ellos una demanda ó querrela recabando la tutela de un derecho fundamental de los que llevan aparejada protección especial, esto es, los de la sección I del Capítulo II, otorgan el amparo inaplicando la norma ordinaria en beneficio de la constitucional, el resultado será, aparte de restablecer al recurrente en amparo en su derecho fundamental o libertad pública lesionada, que la norma seguirá integrada dentro del Ordenamiento jurídico, del que no desaparecerá a no ser mediante la tarea propia del poder legislativo, es decir, mediante la creación de una ley nueva que derogue la inconstitucional, hipótesis no previsible, puesto que esa misma conformación del poder legislativo es la que creó dicha norma, ó en todo caso, la que la ha consentido. Téngase en cuenta que naturalmente nos estamos refiriendo a normas postconstitucionales que violen derechos fundamentales.

Así las cosas, si bien es cierto que el ciudadano que ha visto conculcado su derecho obtendrá una tutela

sumaria del mismo, también lo es que actuando el órgano jurisdiccional de ésta forma, otro sujeto podrá verse dañado por la aplicación de aquélla (456), supuesto que no sucedería en cambio si el órgano judicial elevase al Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad sobre dicha norma, ya que la declaración de inconstitucionalidad de la misma tendría efectos "erga omnes" (art. 164 CE).

A este argumento se ha intentado hacer réplica alegando que el Tribunal ordinario no tendrá que demorar el amparo para sustanciar un incidente previo de inconstitucionalidad, ya que la inconstitucionalidad de la norma ya la declarará el Tribunal Constitucional, al resolver en su caso el recurso de amparo (457).

Esta tesis sin embargo no resuelve el problema. Como

(456) No sucede en cambio este problema en Alemania, donde al existir también un control abstracto sobre las normas no sujeto a plazo alguno -como en cambio sucede en España, donde además es sumamente perentorio, (tres meses, a partir de la promulgación de aquélla)- cualquiera de los legitimados para interponerlo, podrá -impugnando dicha norma- obtener una sentencia con eficacia "erga omnes", que anule para siempre la norma inconstitucional. Vid sobre este tema la ley del Tribunal Constitucional Federal Aleman T.R. 2-2-1971, modificada por las leyes de 2-3-1974, 14-8-1976 y 20-3-1979, en la trad. española que de ella ofrece, GONZALEZ RIVAS, La Justicia constitucional: Derecho comparado y español, op. cit., en especial los arts. 13 y 76., pp. 322 y 340 respectivamente. Vid. también, FRIESENHANN, La Giurisdizione Costituzionale nelle Repubblica Federale Tedesca, op. cit., pp.63 a 67.

(457) GARCIA DE ENTERRIA y T.R.FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, op. cit., p.117. Vid. en el mismo sentido, PASTOR RIDRUEJO, Aplicación de la ley y control de la constitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., p.2021.

cabe observar, la solución que se le da a la presencia de la norma inconstitucional reguladora del derecho fundamental, es la de esperar a que la apliquen el poder ejecutivo y el judicial, ó en todo caso, el judicial (458), para respecto de dicho acto -infractor del derecho fundamental- recabar del Tribunal Constitucional el amparo correspondiente, quién al otorgarlo, y conforme al art. 55,2 de la LOTC (459), le pasará tanto de culpa al Pleno para que declare la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Que la Sala del Tribunal Constitucional remita esta cuestión al Pleno, (autocuestión de inconstitucionalidad), no creemos que sea circunstancia donde pueda fundamentarse esta opción, dado que también puede suceder que la jurisdicción ordinaria reestablezca al recurrente en su derecho, lo que precisamente según esta teoría es lo correcto. En consecuencia, si dicha norma no llega a

(458) Tengase en cuenta que como para recurrir en amparo -salvo contadas excepciones- debe agotarse la vía jurisdiccional previa, el amparo constitucional siempre supone la infracción de la Constitución por el poder judicial.

(459) Art. 55,2 LOTC.: "En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales ó libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes."

ser impugnada ante el Tribunal Constitucional, volvemos a insistir, ¿cómo podrá ser eliminada del Ordenamiento jurídico?.

La alternativa propuesta parece dar como solución que el poder judicial viole la Constitución. Entonces mediante el amparo constitucional y posterior autocuestión de inconstitucionalidad, será cuando la norma podrá ser declarada inconstitucional.

Si se opta porque los Jueces y Tribunales otorguen el amparo directamente, se estará optando porque la norma permanezca dentro del Ordenamiento jurídico, y en consecuencia que pueda vulnerar los derechos fundamentales de otros ciudadanos.

Si bien no cabe duda que la tutela directa por los Tribunales ordinarios favorece más al recurrente en amparo, que el que se suspenda el procedimiento y se eleve la cuestión de inconstitucionalidad, respecto de los ciudadanos en general ello causa un efecto negativo, ya que al seguir la norma existiendo ésta podrá ser aplicada por los poderes públicos. Ante esta disyuntiva, ¿debe ceder el interés del particular agraviado ante el interés general a la anulación de la norma originadora de

tal agravio?. Y, desde otra perspectiva ¿debe enjuiciar el poder judicial al poder legislativo?.

Para aquéllos que consideran que la función jurisdiccional tiene como fin -a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978- el administrar justicia, mas no cualquier justicia sino aquella que otorga la tutela efectiva que demanda el art. 24 CE, y no el defender la regularidad constitucional de las leyes, debe imperar el art. 53,2 CE sobre el art. 163 CE.

El problema de que la norma inconstitucional siga vigente, no compete al poder judicial sino al poder legislativo. Además, de esta forma es entendido por la propia Constitución, ya que si ésta hubiera pretendido darle al poder judicial, un papel de defensor de la regularidad constitucional con carácter abstracto, debería haber previsto la posibilidad de, que cualquier órgano jurisdiccional pudiera suscitar el enjuiciamiento de la presunta inconstitucionalidad de una norma, y -como es sabido- nuestra Constitución unicamente le permite tal actuación cuando la norma incida en su fallo.

Para aquéllos otros, en cambio, que, pese al argumento anterior, consideran peligroso el enjuiciamiento del poder legislativo por el poder judicial, la manera

de preservar aquél de la intromisión de éste, sin por ello olvidar al justiciable, será la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, ya que mediante este expediente se logrará no sólo la justicia sino también la seguridad jurídica.

Desde esta segunda alternativa, la fórmula mediante la que el poder judicial defendería la Constitución frente a los ataques del poder legislativo, sería elevando al Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, siempre que dichas normas incidan en sus fallos (460).

(460) Vid. sobre los controles constitucionales en Alemania, TRIEPEL, H., *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, Berlin 1929. GEIGER, W. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Kommentar, Berlin, 1951. ULE, C.H., *Normenkontrolle, Verfassungsbeschwerde, und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Deutsches Verwaltungsblatt, 1953. SCHMIDT-BLEIBTREU, B., y FIEDLER, J., *Rechtsschutz gegen den Staat*, München, 1978.

VII.- NORMAS EXCLUIDAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN VIA INCIDENTAL Y NORMAS OBJETO DE DOBLE CONTROL.

Aunque las normas referidas en el epígrafe actúan sobre todo en procesos de índole penal y administrativa, habida cuenta de su interés y de la inexistencia de estudios sobre el tema, hemos considerado oportuno realizar unas breves reflexiones. Comencemos por las normas excluidas del control.

Como el art.35 LOTC requiere que la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad incida en el fallo, ello lleva inexorablemente a que queden sustraídas del conocimiento del Tribunal Constitucional por esta vía prejudicial, aquéllas normas respecto de las que la decisión estimatoria de inconstitucionalidad nunca podría ser antecedente lógico.

En efecto, en el caso de que la norma que suscite la duda de inconstitucionalidad, sea una norma que conlleve algún tipo de privilegio en un proceso de carácter sancionador, el principio de la irretroactividad de la ley penal no favorable al reo, contenido en el art. 9,3 CE (461), impedirá que la decisión sobre la inconstitucio

(461) Tengase en cuenta que el principio garantizado en el art. 9,3 CE de "irretroactividad de