

lo no es ejecutivo), ... se limite a pedir el embargo preventivo" (654), es evidente que la regla general, respecto de quienes solicitan dicha medida, es que deban de prestar fianza bastante a fin de responder de los daños y perjuicios que pudieran derivar de la adopción de la medida cautelar, ya que no es un título ejecutivo lo que poseen.

Así los términos del art. 1402, a cuyo tenor: "En los casos expresados en los tres últimos párrafos del artículo anterior, si el que pidiere el embargo no tuviere responsabilidad conocida, deberá el Juez exigirle fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionarse", los solicitantes de ésta medida cautelar que no puedan prestar fianza, y no tengan responsabilidad conocida, no podrán asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia, ya que según el precepto mencionado, el embargo no podrá adoptarse, salvo que el Juez bajo su responsabilidad admita fianza personal (655).

La diferencia de tratamiento procesal entre el soli

(654) FERNANDEZ LOPEZ con DE LA OLIVA, en Lecciones de Derecho Procesal III, op. cit., p.345.

(655) El segundo párrafo del art. 1402 preceptúa que : "Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el derecho; pero si el Juez la admitiere personal, será bajo su responsabilidad".

citante de un embargo preventivo que tenga capacidad económica para prestar fianza, y aquél que carezca de ella, es sustancial: el primero podrá obtener la traba solicitada según la legislación aplicable, mientras que, éste último, a no ser que el Juez discrecionalmente le admita fianza personal, (supuesto que es difícil puesto que precisamente no tiene capacidad económica), no.

El atentado hacia el art. 14 de la Constitución que proclama la igualdad de todos ante la ley parece en principio flagrante:

- No todas las personas son iguales ante la ley. Depende de la capacidad económica que posean, que puedan ó no asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia.

Ahora bien, como cabe apreciar, dado que este hipotético atentado hacia el art. 14 de la Constitución, se basa en la desigual atribución del derecho a asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia, el problema se traslada de perspectiva, ya que para afirmar la violación del art. 14, habremos primero de investigar si existe este "derecho a la cautela".

El camino no puede ser otro que el estudio del contenido del art. 24 CE, a fin de examinar si el derecho a la tutela efectiva, contiene como una manifestación típica del mismo, el derecho a obtener el aseguramiento de la efectividad de la ejecución de la sentencia.

2).- EL DERECHO SUBJETIVO A LA CAUTELA.

A).- EL DERECHO DEL DEMANDADO A LA DEFENSA. SU PROYECCION SOBRE LA CONTRACAUTELA.

Fuesto que la carencia de contracautela, a quien podría perjudicar es al demandado, en el caso de que desestimándose la demanda no pudiese reclamar del demandante los daños y perjuicios que se le hubiesen irrogado por la adopción de la medida cautelar, debemos examinar la posición del demandado en el proceso.

Con independencia de que se sea partidario del principio de la bilateralidad de la acción, y se considere como correlativo al ejercicio del derecho de acción por el demandante pidiendo la actuación de la ley en su favor, el derecho del demandado a pedir en el suyo propio, "la declaración negativa (ó a la inversa, positiva, si lo que el actor pretende es, la declaración de la inexistencia, del objeto que proponga), fundada sobre la misma base que la acción declarativa negativa" (656), ó por el contrario, se estime que no existe un de

(656) CALAMANDREI, Derecho Procesal Civil, Vol.I, (Instituciones), op. cit., p.239, donde el autor considera que "De este modo la acción como actividad dirigida a presentar al Juez una propuesta de resolución, no es solamente propia del actor; porque también el demandado aún cuando se limite a pedir el rechazamiento de la demanda contraria, viene en sustancia a solicitar del Juez que pronuncie una sentencia de declaración negativa de mera certeza, esto es una resolución diversa de la pedida por el actor, y favorable en lugar de éste a él como demandado". Vid en el mismo sentido, PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol.I.

recho de acción perteneciente al demandado, ya que el derecho de éste -como opina De la Oliva (657)- "a que se le absuelva, cuando el actor no lleva razón, no puede configurarse honradamente como un derecho subjetivo, sino sólo como un derecho fundamental a la justicia", lo cierto es que sea cuál fuere el nombre del derecho que posee el demandado, éste no debe ser ignorado por la actividad cautelar.

Si el demandante no afianza la medida cautelar que solicita del Juez, ¿cómo podrá el demandado, si el proceso termina mediante sentencia desestimatoria, resarcirse de los daños que se le ocasionaron injustamente por el acuerdo de la medida cautelar?. El demandado no tiene por qué verse irremediabilmente dañado en su patri

op. cit., pp. 479 a 481.

(657) DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, op. cit., p.83. Vid también p.78, donde el autor refiriéndose a la opinión sostenida por Calamandrei, estima que "Unicamente en la medida en que la acción aunque dirigida contra el estado siempre hace referencia a otro u otros sujetos juridicos, solo en esa medida cabe hablar de la bilateralidad de la acción". Vid también en esta linea COUTURE, Las garantías constitucionales del proceso civil, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires 1946, pp.174 y 175 quien lo considera como "el puro derecho procesal de defenderse", ya que -opina- "entre la libertad de acudir a la libertad de parte del actor y la libertad de defenderse del demandado, existe un paralelo tan intimo que constituye la estructura misma del proceso. El actor acciona; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su reclamación es fundada. El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada. Por la misma razón por la cuál no se puede repeler de plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa. Por la misma razón por la cuál es menester asegurar al actor los medios de reclamo ante la autoridad, es menester asegurar al demandado los medios de desembarazarse de él".

monio, (lo que sucedería con la adopción de una medida cautelar), por la simple interposición de una demanda en contra suya.

Aunque puede decirse que ésto sería prevenir un daño futuro e hipotético -el que la sentencia fuese desestimatoria- debe tenerse en cuenta que en virtud también de un daño hipotético -el que el demandado pueda ocultar bienes o menoscabarlos haciendo devenir imposible la ejecución de la sentencia- se adopta la medida cautelar.

Por consiguiente, la opción a tomar se presenta bajo éstos términos:

- ¿Debe primarse la efectividad de la ejecución de la sentencia futura, sobre la protección al respeto de los bienes y derechos del demandado, y en consecuencia adoptarse la medida cautelar sin contracautela, en los casos en que el demandante no tenga capacidad económica suficiente?, ó por el contrario, ¿deben protegerse los derechos del demandado, y en consecuencia exigirse una contracautela para "asegurar" que el actor pueda responder de los daños y perjuicios causados inutilmente al demandado, en el caso de que no triunfe su acción?.

La alternativa primera supone el total imperio del

art. 14 de la CE., ya que en todo caso, los que tomen en el proceso la cualidad de demandante, independientemente de la capacidad económica que posean, podrán solicitar la adopción de medidas cautelares que les aseguren la efectividad de la ejecución de la sentencia que en su día se dicte, mas, también, dicha alternativa conlleva la infracción del art. 24 CE respecto del demandado, ya que no parece fundamento suficiente para penetrar en la esfera jurídica de éste, un juicio de probabilidad, que no de certeza, (a ésta únicamente se llega mediante la sentencia firme), de que el demandante tiene razón respecto de la tutela jurídica que solicita, para hacer recaer sobre él una medida cautelar que le impide la libre disposición de sus bienes y, de la que llegado el caso, no podrá nunca, en el caso de que el demandante no tenga capacidad económica, resarcirse, ya que fué adoptada sin contracautela. Prueba del fundamento de lo que decimos, es el buen número existente de sentencias desestimatorias; si bien, cierto número de ellas deben su contenido a motivos de otra índole que la falta de fundamento jurídico en la acción ejercitada, parte de ellas lo son por carecer de aquél.

Como puso de manifiesto Carnelutti (658), los riesgos de la acción como derecho son los de que la aproveche quien no tenga derecho alguno, lo que ocasiona

-según Serra (659)- un grave perjuicio al demandado en cuanto que le obliga a defenderse, ya que como graficamente expone "en la guerra que supone el proceso, no siempre vence quien tiene razón".

El demandante tienen un derecho subjetivo público a la tutela efectiva (art.24 CE), pero, ¿y el demandado?.

El derecho a la tutela jurisdiccional concreta no es sino una hipótesis (660). Sólo al término de la actuación del proceso podrá establecerse su existencia.

No debe olvidarse que el objeto del proceso declarativo, es la acción como deducida, como afirmada. Si existe o no existe acción, ello se verá en la sentencia de fondo, ya que es evidente -como manifiesta De la Oliva (661)- que "si sólo se concediera derecho al proceso a quién tuviere en verdad el derecho a la tutela jurisdic

(658) CARNELUTTI, Saggio integrale dell'azione en Riv.Dir.Proc. 1946, p.12.

(659) SERRA DOMINGUEZ, Evolucion histórica del concepto de acción, en Estudios de Derecho Procesal, op. cit., p.153.

(660) DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional, op. cit., p.13

(661) DE LA OLIVA, Sobre el derecho a la tutela .. ., op. cit., p.22.

cional concreta que afirma tener, estaríamos ante una insoluble aporía: antes del proceso, tendríamos que saber quien tiene o no derecho a la tutela jurisdiccional concreta, que es justamente lo que en el proceso (al menos en el declarativo), se intenta determinar".

Para saber si existe o no existe acción es necesario que se siga el proceso. Para tener derecho a la cautela sería necesario determinar si se tiene derecho a la tutela. Como, si se tiene o no derecho a la tutela, únicamente se sabrá al fin del proceso, mientras que dura esta situación de incerteza, el derecho a la cautela corresponde tanto al demandante como al demandado, proyectándose respecto de ambas partes de una manera diferente:

- Respecto del demandante, en el derecho a solicitar la adopción de la medida cautelar.

- Respecto del demandado, en el derecho a no verse perturbado por la interposición en su contra de acciones injustas, y, desde luego, ya que esta situación es inevitable y en si ya es gravosa, puesto que le impone el tener que defenderse ante la acción ejercitada, a que

ésta, desde luego, no afecte irremediablemente su patrimonio.

Por ello, en todo caso, la apariencia de derecho (fumus bonus iuris) en la acción ejercitada por la parte demandante, lo único que basará será la adopción de una medida cautelar, de cuya traba podrá resarcirse el demandado mediante la contracautela, que el beneficiario de aquélla debe constituir al tiempo de solicitar la medida cautelar.

Téngase en cuenta que si se optase por la primera alternativa propuesta -adopción de la medida cautelar sin necesidad de que el demandante tenga que prestar contracautela- este derecho absoluto a la cautela llevaría como secuela la indefensión del demandado ante la demanda injusta, que no sólo habría provocado que haya tenido que defenderse ante la misma, sino que además le habría infringido un daño en su patrimonio -el que deriva de la adopción de la medida cautelar- del que no se ha podido resarcir, al no haber sido afianzada.

Mas, si grave es el perjuicio en sí, más grave es aún que éste sea causado por el órgano jurisdiccional y, precisamente, en su función de administrar justicia, conforme a los principios prescritos en el art. 14 de la

CE. La paradoja no puede resultar posiblemente más absurda.

La segunda alternativa -protección prevalente de los derechos del demandado, debiendo exigirse siempre la prestación de contracautela al solicitante de la medida cautelar- al conllevar la triste consecuencia, de que el demandante que no tenga capacidad económica (aún cuando así se hubiera reconocido en juicio y, hubiera obtenido el beneficio de justicia gratuita) no la podrá obtener, atenta obviamente contra el art. 14 CE.

B).- LA INSUFICIENCIA DE CAPACIDAD ECONOMICA Y LA CONTRACAUTELA.

Realmente parece una gran inconsecuencia que, en un primer momento, el Estado le reconozca a un sujeto en virtud de su insuficiente capacidad económica el derecho a litigar gratuitamente (662) y, en cambio, posteriormente, cuando se trate de afianzar la medida cautelar solicitada, le pida que haga uso de una capacidad económica que como quedó reconocido por el propio Estado, no posee.

El problema es complicado. Si de una parte podría pensarse que el Estado debe hacerse cargo de la responsabilidad dimanante, del otorgamiento a favor del beneficiario de justicia gratuita de una medida cautelar, debiendo comprenderse ésta dentro de dicho beneficio; de otra, fácilmente se comprende, que es excesivo que el Estado deba asumir esta obligación económica.

Aunque bien es verdad que el otorgamiento de una medida de esta clase, supone el reconocimiento por parte del órgano judicial, de la existencia del *fumus bonus iuris* (ó apariencia de derecho), ello no quiere decir que

(662) Vid GOMEZ COLOMER, El beneficio de pobreza, Barcelona 1982.

luego exista efectivamente éste. Si existe o no existe, únicamente se sabrá al final del proceso. La certeza únicamente se conseguirá cuando la sentencia devenga firme.

Además, debe tenerse en cuenta que, si bien el Estado reconoció respecto del beneficiario de justicia gratuita, que éste carecía de recursos para litigar, no hizo pronunciamiento alguno sobre la fundamentación de la demanda de éste, por lo que exigir del Estado la asunción de la contracautela carece de fundamento, ya que en la misma situación estaría por ejemplo el demandante, que, sobrepasado los límites para poder gozar del beneficio de justicia gratuita, no pueda en cambio afianzar.

Estudiemos ahora la cuestión desde la perspectiva del órgano jurisdiccional.

¿Puede el órgano judicial acordar la adopción de una medida cautelar, sin que previamente el solicitante de la medida afianze los daños y perjuicios que, inutilmente se le pueden estar ocasionando al demandado, en caso de que aquél carezca de acción y así lo declare en su día la sentencia?.

Dado que para que el órgano judicial reconozca el derecho de acción, aparte de la verdadera existencia del derecho material, ello depende también de otros presupuestos, ya que, por ejemplo es necesario probar el derecho cuya tutela jurídica se solicita (663), realmente, el órgano judicial no puede, sin tener todos los materiales fácticos del proceso, tomar otra actitud que no sea la de pedir una contracautela, ya que no puede saber cuál va a ser el resultado del proceso.

Si cuando el órgano judicial adopta una medida cautelar -expresa Carnelutti (664)- lo que está declarando es la existencia de la posibilidad de un riesgo, por mor del cuál y habida cuenta de una apariencia previsible del derecho acuerda la medida, no tiene sentido alguno que su adopción engendre a su vez otro riesgo: el de estar perjudicando inutilmente al demandado porque el actor carece de razón.

La situación nos recuerda, aquélla puesta de mani

(663) Como dice el refrán "tres cosas son menester para justicia alcanzar, tenerla, darla a entender y que te la puedan dar". Vid CALAMANDREI, El proceso como juego, en Derecho Procesal Civil III (Estudios sobre el proceso civil), op. cit., quien en p.261, recoge un refrán muy similar, aunque de origen véneto según el autor. A saber: "También el antiguo proverbio véneto, entre los ingredientes necesarios para triunfar en el litigio, pone ciertamente, en primer lugar, el "tener razón", pero inmediatamente después agrega que es necesario también "saberla exponer", "encontrar quien la entienda", y "la quiera dar", y por último, "un deudor que pueda pagar".

(664) CARNELUTTI, Derecho y Proceso, op. cit. p.418.

fiesto por el saber popular en el refrán, "una limosna hizo un devoto con el dinero de otro".

Así vistas las cosas, parece que lo único que se conseguiría, si el Juez no exigiese contracautela, sería un traslado de riesgos del demandante al demandado. Esta concepción llevaría al proceso civil, lejos de la actuación de los principios que en la actualidad lo rigen, deformándolo por completo, ya que el ser demandado en juicio se convertiría en una sanción.

El simple hecho de interponer una demanda fundamentando aparentemente el derecho cuya tutela jurisdiccional se solicita, podría provocar que el demandado se se viese privado, en virtud de juicios de probabilidad, de elementos patrimoniales que podrían afectar seriamente su posición en el tráfico jurídico-económico. El proceso civil habría pasado a tener una consideración similar al proceso penal.

Aunque es cierto -no podía ser de otra forma- que como el Tribunal Constitucional ha declarado "la tutela judicial efectiva comprende no sólo la imperatividad de la emisión del fallo, sino también de su ejecución" (665), no se puede traslucir de éste pronunciamiento que

la tutela judicial efectiva integre una actividad cautelar parcial (sólo respecto de los derechos del demandante). En todo caso, si la comprende debe actuar tanto respecto del demandado como del demandante.

- Si es necesaria la cautela a fin de asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia, es necesaria la contracautela a fin de prevenir los riesgos de la cautela, en el caso de que el sentido de la sentencia sea adversa al demandante que se vió favorecido por la medida cautelar.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, declarando (666) que:

"Porque en la regulación en la ordenanza procesal civil de dicha medida cautelar se pondera la necesidad de la tutela de la parte demandante, con la compatibilización de la tutela de la parte demandada, estableciendo un razonable equilibrio entre ellas, pues al derecho de embargo de aquélla se contrapone, para que no haya perjuicio indebido de ésta mas que en lo necesario, no solo la indicada oposición a posteriori, sino en la prestación de una fianza bastante al solicitante del embargo para responder de los perjuicios y costas del art. 1402 - y la indemnización de daños y perjuicios si resultara la medida improcedente - arts. 1415 y 1417- todo ello con independencia del resultado del proceso principal, que con la medida asegurativa no se prejuzga en absoluto".

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

(666) ATC 186/83 de 27 de abril f,j,2.

Igual que el derecho de audiencia ("nadie puede ser condenado sin ser oído") tiene sus límites en el derecho del demandante a una sentencia de contenido concreto, en todo caso, el derecho a la cautela tiene el suyo en la exigencia de la contracautela.

Estudiado ya la necesidad de la presencia de la contracautela en el proceso civil, por los efectos inconstitucionales a que llevaría su ausencia, no nos resta sino referirnos a la posible asunción por el Estado de ésta obligación.

Decíamos al principio de este estudio que dicha obligación sería excesiva e improcedente. Ahora diremos por qué.

En primer lugar, y suponiendo que el Estado a fin de subsanar deficiencias económicas prestará la contracautela, si el demandado después de haber sido prestada ésta, descuida fundamentar su oposición y triunfa la pretensión del actor, ¿deberá recaer en el Estado la negligente actuación del demandado en el proceso?

Esta simple interrogante, así como otras muchas objeciones que cabría hacer, echa totalmente por tierra

el que fuera tan siquiera conveniente -que no preceptivo- que el Estado asumiera dicha obligación.

La solución al problema que planteamos, y que consiste en que aquél demandante cuya acción esté fundamentada, podrá no obtener la satisfacción de su derecho por falta de actividad cautelar, si no tiene capacidad económica suficiente para poder prestar una contracautela, no está en que el Estado asuma en el proceso una posición paternalista, por lo demás contraproducente a todas luces, sino en que -como prescribe la Constitución en su art. 9,2 -los poderes públicos promuevan las condiciones "para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas".

Si España, como reza en el art. 1 de su Constitución, se constituye en Estado social y democrático de derecho, es que hacer propio, si se ha de ser coherentes con la Norma Constitucional, el proveer a que ningún ciudadano pueda por falta de recursos económicos ver insatisfecha su pretensión de tutela jurisdiccional.

CAPITULO XVI: ELEVACION DE LA CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS EXPEDIENTES DE
JURISDICCION VOLUNTARIA.

I.- PLANTEAMIENTO PREVIO: DUALIDAD DE
PERSPECTIVAS PARA ABORDAR EL ESTUDIO.....595

II.- SISTEMA DE FUENTES AL QUE ESTAN SUJETOS
LOS ORGANOS JURISDICCIONALES AL REALIZAR
CUALQUIER FUNCION.....600

III.- LA POSIBILIDAD DE PROMOVER LA CUESTION
DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS ASUNTOS DE
JURISDICCION VOLUNTARIA.....602

CAPITULO XVI: ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCION VOLUNTARIA.

I.- PLANTEAMIENTO PREVIO: DUALIDAD DE PERSPECTIVAS PARA ABORDAR EL ESTUDIO.

Analizada ya la conducta que debe seguir el órgano judicial en el marco de la jurisdicción contenciosa, nos resta ahora analizar cuál será el tratamiento que debe recibir la norma que con motivo de la realización de un expediente de jurisdicción voluntaria, considere el Juez llamado a aplicarla, que pudiera contradecir a la Constitución.

Que el legislador puede vulnerar la Constitución en su actividad de elaboración de normas jurídicas es un hecho incontrovertible. En consecuencia, que puede haber normas inconstitucionales que deban aplicarse en asuntos de jurisdicción voluntaria, es ciertamente posible y verosímil.

Ante esta eventualidad, se impone decidir qué deberá hacer el órgano judicial, cuando en la sustanciación de un expediente de ésta clase, considere que la norma que incide en su resolución pudiese ser inconstitucional.

Los caminos a seguir, para investigar si en la sustanciación de un expediente de jurisdicción voluntaria, el órgano judicial debe remitir al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad, son dos.

- Considerar que, dado que los preceptos que regulan la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad requieren siempre la existencia de un proceso, habremos de analizar la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria (667), a fin de precisar respecto de cada uno de ellos (puesto que como expone Serra (668) resulta imposible integrarlos bajo una categoría única (669), si pueden, individualmente considerados, asimilarse a los procedimientos contenciosos y, por consiguiente, si en ellos puede promoverse la cuestión de inconstitucionalidad. O,

(667) Vid. sobre la naturaleza jurídica de los actos de jurisdicción voluntaria, aparte de la bibliografía a que aludiremos al hilo de la exposición: FAZZALARI, La giurisdizione volontaria. Profili informativo. Padova 1953; ALLORIO, Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria. R.T.D.P.C. 1948; ; PRIETO CASTRO, Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria, R.D.P. 1956; RAMOS MENDEZ, la Jurisdicción voluntaria en negocios de comercio. Madrid 1978. (668) SERRA DOMINGUEZ, Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria en Estudios de Derecho Procesal, op. cit., pp. 619 y ss. En concreto, pp. 634 a 635, donde distingue entre actos constitutivos, actos homologadores, actos de mera documentación y actos de simple presencia, clasificación muy operativa en cuanto que aporta ciertos datos importantes en orden a poder distinguir entre los expedientes, que en absoluto pueden ser integrados en la actividad jurisdiccional, y aquellos otros, cuya naturaleza en cambio, es más dudosa.

(669) Vid. sobre la dificultad de deslindar y caracterizar los actos de jurisdicción voluntaria, ALCALA ZAMORA, Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria, en Atti del 3. Congresso internazionale di diritto processuale civile, Venezia 12-15 Aprile 1962, Milano 1969, pp. 533 y

- Estimar por el contrario que lo que determina que pueda promoverse una cuestión de inconstitucionalidad en dichos actos, depende de la conclusión a que lleguemos respecto del sistema de fuentes al que en todo caso, están sujetos los órganos jurisdiccionales en cualquier actividad que realicen, ya que si también en ésta clase de procedimientos tienen el deber de observar la Constitución, el problema, en el supuesto de que los órganos jurisdiccionales no pudiesen elevar cuestiones de inconstitucionalidad queda convertido en otro, que naturalmente es, de determinar cómo deberán entonces actuar, para conciliar la doble obligación a la que están sujetos de fallar conforme a la ley y conforme a la Constitución (art. 9,1 CE, 117 CE, 163 CE y concordantes).

Partidario de este último método es Andrioli (670),

ss., en concreto p. 606.

(670) ANDRIOLI, *Questioni d'incostituzionalità e affari non contenziosi*, en *Giur. Cost.*, 1958, pp. 398 a 405, en concreto, p.400, donde opina que, al haber declarado la S. nº129 de 12-12-1957 que, "La proponibilidad a la Corte Costituzionale de una cuestión de legitimidad constitucional, depende, no de la calificación del procedimiento en curso, sino de la circunstancia de que el Juez, (ya sea contencioso o voluntario el proceso), considere fundada la duda de la legitimidad de la ley, que está llamado a aplicar", no cabe duda que, debiendo los órganos judiciales actuar sujetos a la Constitución, el hacer entrar en juego otras motivaciones para justificar la exigencia de la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad en los asuntos de jurisdicción voluntaria, lo que harían es españar el carácter contundente de su justificación.

quien opina que, resulta irrelevante decidir si el Juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria realiza una actividad contenciosa, ya que si se llega a la conclusión de que los Jueces siempre deben actuar conforme a la Constitución, igual da la naturaleza que tengan estos expedientes .

Verdaderamente, si el sistema de fuentes que tiene que aplicar el Juez en todo asunto de que conozca es el mismo, si los órganos judiciales están sujetos no sólo a la ley sino también a la Constitución en cualquier acto que realizan, la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad no sólo es posible con ocasión de la realización de un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que es tan obligatoria como cuando el Juez conoce de un asunto de los llamados contenciosos (671).

De otra parte, y abundando en el argumento, si ana

(671) El núcleo de la cuestión para ANDRIOLI, *Questioni d'incostituzionalità e affari non contenziosi*, op. cit. p. 403, está en la correlación entre el art. 101,2 de la Constitución Italiana y el art. 1 de la ley constitucional de 9-2-1948, de cuya combinación deduce que, los órganos judiciales están sujetos no a las leyes, sino a las leyes constitucionales, por lo que pueden, o mejor dicho, deben, proponer cuestiones de inconstitucionalidad en sede de jurisdicción voluntaria.

lizamos en primer lugar el sistema de fuentes al cuál está sujeto el Juez en la realización de cualquiera de sus funciones, ya sean de carácter contencioso ó voluntario, esta segunda opción tiene la virtualidad -si mediante ella pudiéramos llegar a un resultado satisfactorio- de ahorrarnos cualquier género de discusión sobre la tan traída y llevada naturaleza de los expedientes que se alojan en la llamada jurisdicción voluntaria (672).

(672) Una síntesis sobre las diversas posturas que los autores han mantenido respecto de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, la ofrece SERRA DOMINGUEZ, *Naturaleza de la jurisdicción voluntaria*, en *Estudios . . .*, op. cit. pp. 619 a 634, donde puede observarse como los autores que mantienen -como es el propio Serra- que el efecto de cosa juzgada es la cualidad más propiamente jurisdiccional, niegan éste carácter a los actos de jurisdicción voluntaria. En cambio, aquellos otros para los que dicho efecto es un carácter de las resoluciones dictadas en procedimientos contenciosos, fijando su atención, por el contrario, en las características del sujeto que lleva a cabo tal actividad, llegan a consideraciones bien diferentes. Esta es la línea p.e., de De Marini, Satta, Carnelutti, y Micheli, cuyo pensamiento resume Serra en el trabajo citado, (pp. 623 a 630). Vid también, ALCALA ZAMORA, *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria*, op. cit. pp. 533 y ss. donde al resumir el autor (al ser el encargado en el Congreso de realizar la relación general) las distintas ponencias de Baur, Fix Zaudio, Carreras Llansana, Vocino, etc.. (ubicadas también en la obra citada), ofrece un material de primer orden.

II.- SISTEMA DE FUENTES AL QUE ESTAN SUJETOS LOS ORGANOS JURISDICCIONALES AL REALIZAR CUALQUIER FUNCION.

Sin entrar por tanto en la naturaleza de la actividad que se desarrolla en esta clase de expedientes, intentaremos llegar a conclusiones válidas en torno al fin que nos proponemos. Para ello, expondremos el sistema de fuentes a que habrán de atenerse en todo caso los órganos judiciales al realizar cualquier función.

En éste sentido, debemos en primer lugar examinar, si la observancia de la Constitución, es una obligación que se dirige con carácter general a los órganos judiciales, con independencia de la naturaleza contenciosa ó voluntaria del procedimiento del que esten conociendo.

A pesar de los términos -ya criticados (673)- del art. 117 de la CE. en donde unicamente se predica el sometimiento a la ley, como advertíamos, la interpretación sistemática de este precepto con los restantes de la Constitución, sobre todo con el art. 9,1, evidencia que, los órganos judiciales estan sujetos a la Constitución.

(673) Vid. supra pp 119 y ss.

La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, como también ya expusimos, es mucho más clara al respecto:

-El art. 1, así como el art. 5, reiteran expresamente la vinculación de los miembros del poder judicial a la Constitución, estableciéndose por éste último la primacía de la misma como norma suprema del Ordenamiento jurídico, que -según el citado precepto- "vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal constitucional en todo tipo de procesos".

Así la dicción de éstos, como puede apreciarse no se establece ninguna distinción, respecto a la naturaleza de la función en que los órganos judiciales intervengan. En consecuencia, el sistema de fuentes al que debe atenderse todo órgano judicial al realizar cualquier función, es siempre el mismo. La Constitución deberá ser siempre respetada por los órganos judiciales.

III.- LA POSIBILIDAD DE PROMOVER LA CUESTION DE IN- CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ASUNTOS DE JURISDICCION VOLUN- TARIA.

Enlazando lo expuesto con el tema causante de estas reflexiones, podemos afirmar que también cuando los órganos judiciales resuelven expedientes de jurisdicción voluntaria deben observar la Constitución. Y ello, tanto se piense que tienen carácter contencioso o voluntario.

Aún respecto de aquéllos actos, de los que se puede decir, es casi pacífica su adscripción a la actividad administrativa, estaríamos en las mismas circunstancias que, en los que son más similares a los procedimientos contenciosos.

Es más, si precisamente la motivación que, según la LOPJ, justifica la atribución a los órganos judiciales del conocimiento de éstos actos es, como dice el art. 2.2 de la citada ley, el rodear de ciertas garantías el desarrollo de determinadas funciones, desde luego, si nos preguntamos en qué consisten las garantías a las que alude el art. precitado, es fácil concluir que no pueden ser otras, sino las que derivan de que los órganos judiciales sean órganos independientes, inamovibles, responsables, y sometidos únicamente a la Constitución y

al imperio de la ley. Estas son las razones de que se les atribuya la realización de cualquier función.

En consecuencia, si es en virtud de estas causas por las que los órganos judiciales realicen éstos expedientes, lógico parece que la más importante, cuál es el sometimiento a la Constitución, no desaparezca por el hecho de que la actividad de la que deban conocer no tenga carácter contencioso.

Si los órganos judiciales deber de cumplir la Constitución en cualquier actuación que realicen, dado que -como sabemos- la única fórmula para conciliar la doble obligación a la que se hayan sometidos de aplicar la Constitución y aplicar la ley es -puesto que no tienen competencia para enjuiciar la disconformidad de las leyes con la Constitución- promover la cuestión de inconstitucionalidad, la consecuencia lógica de ello es que deberán hacer uso de tal derecho-deber en la sustanciación de tal clase asuntos, es decir, deberán promover cuestiones de inconstitucionalidad, siempre que la norma que incida en sus resoluciones pudiera ser inconstitucional (674), ya que parece inaceptable constreñir a los Jueces a

(674) Partidarios de la proponibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de la sustanciación de un expediente de jurisdicción voluntaria, lo son, entre otros, ANDRIOLI, *Questioni d'incostituzionalità e affari non contenziosi*, op. cit. p.400; y CAPELLETTI, *Giurisdic*

aplicar normas inconstitucionales, en el conocimiento de asuntos de jurisdicción voluntaria (675).

Mas, aparte de este motivo fundamental, existen otros dos que, aunque de menor importancia, ponen de relieve la necesidad de considerar como obligatoria, en los procedimientos que estudiamos, la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional.

En primer lugar, y como a lo largo de éste trabajo se ha puesto de manifiesto, por la conveniencia de interpretar ampliamente la normativa sobre el control constitucional en vía incidental. Con la jurisprudencia hasta ahora habida, es absurdo tomar otra postura:

- Como es constatable, poco a poco el Tribunal Constitucional está rehaciendo la regulación normativa de la cuestión de inconstitucionalidad. Los términos tan ambiguos, así como la escasez de los mismos, han provocado

zione volontaria e pregiudizialità costituzionale, en Giur. Cost. 1958, pp. 406 a 409; EXPOSITO, Giurisdizione volontaria e questioni di legittimità costituzionale, en Giur. Cost. 1957, pp. 1229 y ss.

(675) Esta era una de las motivaciones de la S. n.º. 129 de 12-12-1957 de la Corte Costituzionale.

que el Tribunal haya debido con su doctrina, paliar su deficiente regulación.

Por ello, igual que atendiendo sólo a la LOTC parecía a primera vista que dado que la cuestión de inconstitucionalidad únicamente se podía plantear una vez concluso el procedimiento y antes de dictar sentencia no se podría mediante ella cuestionar normas procesales, lo que luego ha resultado ser totalmente erróneo (676), ó que la norma cuestionable tendría que incidir en la sentencia y no en otro tipo de resolución, lo que tampoco es cierto (677), igualmente, basar la imposibilidad de promover cuestiones de inconstitucionalidad en que los términos usados en los preceptos que la regulan son los de "proceso" y "sentencia", nos parece poco sólido.

De otra parte, aunque la cuestión de inconstitucionalidad no es un control abstracto de la constitucionalidad, es indudable -como también el Tribunal Constitucional ha declarado- que cumple una función esencial de depuración del Ordenamiento jurídico. En este sentido, la imposibilidad de elevar cuestiones de inconstitucionalidad

(676) Vid. STC 8/82 de 4 de marzo BOE 22-3-82 f.j.1.

(677) Vid. STC 76/82 de 14 de diciembre BOE 15-1-83, f.j.1.

dad en ésta clase de asuntos, supondría un grave ataque a la certeza del derecho. Y, es más, también contribuiría en cierto modo a restar eficacia a éstos expedientes, puesto que siempre que el órgano judicial inaplicase la Constitución, el expediente, naturalmente, devendría contencioso, ya que la parte a quién perjudicase, no se resignaría a ésta vulneración de sus derechos constitucionales.

Por último, no es necesario decir que, desde la perspectiva de aquéllos para los que la jurisdicción voluntaria es actividad jurisdiccional, es ocioso el problema planteado, ya que es subsumible íntegramente la posibilidad de promover estas cuestiones, en el art. 35 LOTC.

CAPITULO XVII: ELEVACION DE LA CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE DE
DERECHO PRIVADO.

I.- INTRODUCCION.....	607
II.- INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION EN EL ARBITRAJE DE DERECHO.....	610
III.- POSIBLES CONDUCTAS DE LOS ARBITROS DE DERECHO ANTE LA NORMA INCONSTITUCIONAL.....	615
1).- Aplicación directa de la Constitución y correlativa desaplicación de la norma ordinaria.....	615
2).- Opciones derivadas de la imposibilidad del árbitro tanto de aplicar directamente la Constitución como de elevar al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad.....	622
A).- La Tesis de Pierandrei	622
B).-La Tesis de Carnacini.....	627
3).- Elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por el árbitro de derecho al Tribunal Constitucional. Sus efectos	635
IV.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD.....	648
1).- El juicio de equidad.....	648
2).- Concepción del arbitraje de equidad en la LADP.....	650
3).- La sujección del laudo de equidad a la Constitución.....	658

CAPITULO XVII: ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE DE DERECHO PRIVADO.

I.- INTRODUCCION.

Después de haber estudiado el marco típico en el que la mayoría de las ocasiones podrá surgir la cuestión prejudicial que nos ocupa, debemos ocuparnos ahora de otros procedimientos (678), en los que dándose la misma situación objetiva prevista por el art.35 LOTC -una controversia cuya resolución depende de la aplicación a la misma de una norma reputada por el sujeto que debe aplicarla como de dudosa constitucionalidad- cambia el elemento subjetivo, no siendo el órgano jurisdiccional el sujeto que debe aplicar la norma jurídica, sino un sujeto diferente. Como es evidente, nos estamos refiriendo a la institución del arbitraje:

Según prescribe el art. 12 de la Ley de Arbitraje de Derecho Privado de 1953: "Mediante el contrato de compromiso dos o más personas estipulan que una cierta

(678) Advertido en el capítulo XII que las cualidades necesarias en el sujeto proponente de la cuestión de inconstitucionalidad las estudiaríamos en este capítulo, cabe advertir que como el único supuesto problemático es el del árbitro de derecho, ya que en ningún caso los órganos administrativos tienen facultad para elevar cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, y si así lo hicieren la misma será inadmitida por falta de requisitos procesales, sólo dedicaremos nuestra atención al arbitraje.

controversia existente entre ellos, sea resuelta por un tercero o terceros, a los que voluntariamente designan y a cuya decisión expresamente se someten".

Conforme al citado, nos encontramos con una institución mediante la cuál un conflicto jurídico será dirimido por un tercero ó terceros que, a tenor del art. 4 de la misma Ley, fallarán la controversia ó con arreglo a derecho ó con sujeción a su saber y entender, considerándose -cuando las partes nada dijeren en contrario- que se opta por un arbitraje de derecho.

En consecuencia, y ya enlazando con el argumento que exponíamos anteriormente, es posible que el árbitro ó tribunal arbitral que tenga que fallar una controversia determinada, considere que la norma que va a incidir en su fallo pudiera ser inconstitucional. En ese supuesto, habida cuenta que tanto la LOTC -en concreto los arts. 35, 36 y 38- como la Constitución en su art. 163 parecen en principio únicamente dirigidos a los órganos jurisdiccionales, utilizando siempre los términos, "órgano judicial", "Juez", ó "Tribunal" (679), debe considerarse

(679) Así el art. 35 LOTC, "Cuando un Juez o Tribunal... ", y en su segundo párrafo "El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional... ", y el art. 38,3 "El Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente... ", por último el art. 163 de la CE "Cuando un órgano judicial considere... "

que también tienen la obligación de promover la cuestión de inconstitucionalidad?. Por otra parte, ¿existirá también dicho derecho-deber en el arbitraje de equidad?.

Dadas las diferencias entre el arbitraje de equidad y el de derecho, así como de la necesidad de estudiar el tratamiento técnico de la prejudicial constitucional dentro de cada uno de ellos, separaremos el análisis de ambos a fin de deslindar netamente la problemática de cada uno de los mismos.

II.- INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION EN EL ARBITRAJE DE DERECHO.

Prescindiendo por el momento de la naturaleza jurídica de la institución, ya que en el supuesto que se sea partidario de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, asimilando al árbitro de derecho con el órgano jurisdiccional, habríamos resuelto el problema de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, estudiemos, en cambio, los diversos hipotéticos comportamientos del árbitro ante la norma inconstitucional. Así, al exponer las consecuencias que de cada una de estas alternativas derivan, podremos concluir en la que creemos es la única correcta, y que además -no podía ser de otra forma- es coherente con la naturaleza jurídica que tiene dicha institución.

En primer lugar, es necesario determinar si el arbitraje de derecho está sujeto a la Constitución.

A este respecto no cabe duda alguna. Si el laudo de derecho -conforme establece el art. 28 LADP (680)- es susceptible de casación ante el Tribunal Supremo, por -conforme al art. 1732 LEC (681) (al cuál remite el anterior) - infracción de las normas del ordenamiento jurídico (682), dado que la Constitución es una norma ju-

rídica, la suprema del Ordenamiento, ello quiere decir que el laudo de derecho debe sujetarse a la Constitución.

Además y, por si hubiese alguna duda, el art. 5,4 de la nueva LOPJ viene a disiparlas por entero, ya que a su tenor: "En todos los casos en que según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de constitucional" (683).

En definitiva, a partir de la promulgación de la Constitución, los términos "fallar con arreglo a derecho" de la LADP tienen un nuevo contenido. Habiéndose erigido la Constitución en la norma suprema del Ordenamiento, fallar con arreglo a derecho significa fallar con arreglo a la Constitución.

(680) Art. 28: "Contra el laudo que dicten los árbitros en el arbitraje de derecho procederá recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

(681) Art. 1732: "El recurso contra laudos en arbitraje de derecho, podrá fundarse además de en los motivos 3. 4. y 5. del art. 1692, en los dos siguientes: 1. Haber dictado los árbitros el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso, ó de la prórroga, de haberse ésta concedido. 2. Haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, ó que aunque lo hubieran sido, no pudiesen ser objeto de arbitraje.

(682) Art. 1692,5: "Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

(683) Si bien se podría arguir que la LOPJ, es una Ley que únicamente está dirigida al Poder Judicial, y que no es de recibo su aplicación a otro ámbito como pudiera ser el arbitraje, debe anotarse, que la inclusión de la Constitución como norma del Ordenamiento jurídico, es un mandato que deriva de la propia Constitución, y en base a ello, el art. 1692,5 aunque nada dijese sobre el particular el art. 5,4 LOPJ, deberá lógicamente comprenderla.

Piénsese, por ejemplo, que si los árbitros de derecho no tuviesen que fallar la controversia de conformidad a la Constitución, las partes del procedimiento arbitral se verían abandonadas a un Ordenamiento jurídico diferente del que les habría sido aplicado por cualquier órgano jurisdiccional. Los árbitros de derecho, al igual que los órganos jurisdiccionales, deben de fallar la controversia conforme a derecho, lo que conlleva que, si -como vimos- los órganos judiciales tienen la obligación de fallar conforme con la Constitución, sobre los árbitros pesa idéntico mandato.

No porque las partes se sometan al arbitraje de derecho se sustraen, a la sujeción de la Constitución. Además, dado que conforme prescribe el art. 31 LADP, la ejecución del laudo arbitral deberá realizarla el Juez de 1ª instancia del lugar donde se hubiere llevado a cabo el arbitraje, ¿podrá el órgano jurisdiccional que tuviere que llevar a cabo la ejecución de lo resuelto por el laudo arbitral, ejecutar un laudo dictado en base a una norma inconstitucional?.

De otra parte, y al objeto de concluir nuestras reflexiones, ¿qué significa la entrega a las partes de un procedimiento arbitral de la facultad de impugnación del

laudo por infracción de la Constitución, sino la obligación de los árbitros de fallar conforme a ésta?

Verdaderamente, la susceptibilidad del laudo de derecho de ser casado por infracción de la Constitución, coadyuva directamente -a no ser que se pretenda que la actividad arbitral devenga en una labor inútil, (ya que siempre que las partes interpusiesen el recurso de casación contra el laudo éste sería casado, puesto que aplicaba una norma inconstitucional (684)- a sujetar a los árbitros al cumplimiento de la Constitución.

Vista así la cuestión, el art. 9.1 que como tantas veces hemos repetido sujeta tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos a la Constitución, tendría una de sus plasmaciones respecto de los árbitros que actúan en procedimientos arbitrales de derecho, en el art. 1732 LEC, en concreto en el nº 5 del art. 1692 LEC al cuál remite el anterior, pues que posibilita, al entregar el conocimiento de dicho recurso a un órgano judicial -la Sala I del Tribunal Supremo- el cumplimiento de la Norma Constitucional:

(684) CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, op. cit., p.76.

- La Sala, si aprecia esta infracción, elevando al Tribunal Constitucional la duda respecto de la constitucionalidad de la norma que fué aplicada en el laudo arbitral, provocará que el Tribunal Constitucional declare en su caso la nulidad de la norma, con lo que dicha actuación servirá, en consecuencia, para someter la actividad arbitral a la Constitución.

Precisado que los árbitros deben fallar con arreglo a la Constitución, y estudiado el mecanismo jurídico mediante el cual pueden ser obligados a ello, habrá que determinar la conducta que deberán seguir los árbitros, cuando la norma que incide en su laudo pudiera ser inconstitucional. Si, como decimos los árbitros deben observar la Constitución, se hace necesario estudiar el tratamiento que deberán recibir las normas inconstitucionales, en el arbitraje de derecho.

Pasemos a exponer las diferentes alternativas mediante las que se podría dar respuesta al problema de la conducta que ante la norma inconstitucional deberá llevar a cabo el árbitro de derecho.

III.- POSIBLES CONDUCTAS DE LOS ARBITROS DE DERECHO ANTE LA NORMA INCONSTITUCIONAL.

1).- APLICACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION Y CORRELATIVA DESAPLICACION DE LA NORMA ORDINARIA.

Dado que el art.163 CE. así como los arts. 35, 36 y 38,3 de la LOTC, y 5,2 LOPJ, unicamente imponen la obligación de promover cuestiones de inconstitucionalidad a los órganos jurisdiccionales, partiendo de una interpretación estricta del concepto de órgano jurisdiccional, y en consecuencia, considerando que los árbitros de derecho no tienen atribuida tal facultad, ¿podría considerarse que los árbitros deberán -ya que no pueden aplicar las normas inconstitucionales- aplicar directamente la Constitución?.

Las implicaciones de ésta hipótesis son inmediatas. Decir que los árbitros pueden aplicar directamente la Constitución supone considerar que tienen competencia para enjuiciar la conformidad de las normas ordinarias con aquélla, y a ello se opone tajantemente la Constitución, la LOTC y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Del tenor del art. 2 LOTC (685), se deduce que el

Tribunal Constitucional es el único órgano competente para enjuiciar la inconstitucionalidad de la legalidad ordinaria. Así lo ha expresado además, el Tribunal Constitucional (686) al declarar que:

"El enjuiciamiento de la conformidad de las leyes con la Constitución, es por el contrario una competencia propia del mismo (Tribunal Constitucional), que sólo excepcionalmente en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, los cuáles al inaplicar tales leyes no enjuician realmente la actuación del legislador sino que aplican la Constitución que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que por ello son inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial, el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional".

Las consecuencias a extraer de la citada sentencia son importantes. Como tantas veces hemos dicho, según que la norma que contrarie a la Constitución sea preconstitucional ó postconstitucional el tratamiento jurídico que recibe es diferente:

Respecto a las preconstitucionales, los árbitros observando el mandato de la cláusula derogatoria de la Constitución deberán considerarlas derogadas cuando se opongan a lo establecido en ésta.

(685) Art.2.1 LOTC: "El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. b)... "

(686) STC 3/81 de 2 de febrero BOE 24-2-81, f,j,l,d).

Estas normas -preconstitucionales- no presentan los mismos problemas que las postconstitucionales, a no ser que el árbitro dude del ámbito de la cláusula derogatoria en relación con la norma que en concreto tiene que aplicar, y se debata en la disyuntiva de si la citada cláusula es aplicable o no a dicha norma, circunstancia que asimilará el tratamiento de la norma preconstitucional a la postconstitucional, ya que en este caso el tema -como ha declarado el Tribunal Constitucional en la citada sentencia- deja de ser una cuestión de vigencia para pasarlo a ser de inconstitucionalidad.

En orden a las normas postconstitucionales -supuesto al que hay que agregar las preconstitucionales en la circunstancias descritas anteriormente- si mediante el monopolio del enjuiciamiento sobre la inconstitucionalidad de las normas al Tribunal Constitucional, lo que se pretende es sustraer del conocimiento del poder judicial la labor del poder Legislativo, ilógico es que no permitiéndose esta función a los órganos judiciales, se permita en cambio a los arbitros de derecho.

El resultado sería que por no atribuirles la función más simple de valorar la presunta inconstitucionalidad de una norma, otorgándoles para ello igual competencia que

ios órganos judiciales para elevar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, se les estaría dando -como opina Giocoli Nacci (687)- el desarrollo de una labor mucho más profunda y compleja que conlleva, ó puede conllevar, la desaplicación de la norma en ese caso concreto. Comparativamente se les estaría encomendando a los árbitros una función de mayor envergadura, que la encomendada a los órganos jurisdiccionales. Tesis de todo punto absurda.

Por otra parte, si uno de los fines de la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad -aparte su fin mediato de impedir la aplicación en el proceso de normas inconstitucionales- es el controlar la coherencia del Ordenamiento jurídico mediante la anulación de normas que contradigan lo prescrito en la Constitución, (por ello, las declaraciones de inconstitucionalidad tienen efectos "erga omnes" (arts. 164 CE, y 38 LOTC)), mal se conjugaría este fin con la posibilidad de que los árbitros fueran quienes juzgasen de la constitucionalidad de las normas que tienen que aplicar. Ello provocaría la supremacía del juicio arbitral sobre la voluntad legislativa.

(687) GIOCOLI NACCI, *Liniciativa nel processo costituzionale incidentale*, op. cit., p 306. Vid en general pp. 304 a 310.

La tesis que estamos analizando fué propugnada y mantenida en Italia por Capelletti (688), quién basándose en que los árbitros no son Jueces sino sujetos privados, y que su actividad no es es jurisdiccional -puesto que el acto mediante el cuál se concluye su función, laudo arbitral, para llegar a tener la misma eficacia que una sentencia, necesita, a tenor del art. 825 del C.P.C. la homologación del pretor (689)- considera que no es aceptable extender a los árbitros las normas que facultan a los órganos jurisdiccionales, para elevar a la Corte Costituzionale cuestiones de ilegitimidad constitucional.

En consonancia con su consideración de los árbitros como sujetos privados, Capelletti considera que la única solución a éste problema, es entender que los árbitros tienen competencia "incidenter tantum", para conocer de la inconstitucionalidad de las normas, pudiendo, cuando consideren que incurren en el vicio de ilegitimidad constitucional, desaplicarlas en el caso concreto del que estan conociendo, ya que si se estimara -aduce- que los

(688) CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale op. cit. pp 71 a 92.

(689) El art. 825 del Código de procedure Civile en sus párrafos 2. y 3. prescribe : "Examinado por el pretor la regularidad formal del laudo y que el depósito ha sido realizado en tiempo oportuno, lo declarara ejecutivo mediante decreto. El decreto del pretor confiere al laudo eficacia de sentencia".

árbitros no tienen competencia (690), invariablemente lo único que podrían hacer es suspender el juicio arbitral cuando dudasen de la constitucionalidad de la norma que va a incidir en su laudo, motivación que podría fácilmente convertirse en un expediente fraudulento, para eliminar incluso la función misma del arbitraje (691).

Como se deduce de los comentarios con que hemos ido acompañando la exposición, la presencia de los arts. 163 CE. y 2 LOTC, así como de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, impiden de manera tajante la posibilidad de que los árbitros enjuicien la desconformidad de las normas postconstitucionales con la Constitución, y que apliquen ésta si dudan de la constitucionalidad de la norma que incide en su laudo.

De seguir manteniendo que los árbitros no deben entenderse asimilados a los órganos jurisdiccionales, en lo que respecta a ser también destinatarios del art. 163 CE

(690) El art. 134 de la Constitución italiana es similar a nuestro 161 CE, ya que aquél atribuye el conocimiento de las cuestiones de ilegitimidad constitucional a la Corte Costituzionale, órgano, cuya jurisprudencia aún es más tajante que la nuestra respecto a esta cuestión, ya que ha recabado también el monopolio del conocimiento, de la contradicción de las normas preconstitucionales con la Constitución.

(691) CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale ... op. cit. p.75.

y 35 LOTC, y por consiguiente no pueden elevar cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, dado que tampoco pueden aplicar ellos mismos la Norma Constitucional cuando aquéllas contradigan a ésta y sean posteriores en el tiempo a la Constitución; ó bien siendo anteriores se dude de si están derogadas, ¿qué deberá hacer el árbitro?, ¿cómo podrá juzgar conforme a derecho si no teniendo el poder de desaplicar la norma inconstitucional, no tiene tampoco la posibilidad de remitir al Tribunal Constitucional dicha cuestión?.

Descartadas a través de las argumentaciones expuestas, tanto la posibilidad de que los arbitros no esten sujetos a la Constitución, así como la de que ellos mismos la apliquen directamente, pasemos a continuación -todavía tomando como base la imposibilidad del árbitro de elevar cuestiones de inconstitucionalidad- a exponer las diferentes soluciones teóricas, que es posible enunciar partiendo de tales premisas.

2).- OPCIONES DERIVADAS DE LA IMPOSIBILIDAD DEL ARBITRO TANTO DE APLICAR DIRECTAMENTE LA CONSTITUCION COMO DE ELEVAR AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Conciliar la obligación que tiene el árbitro de fallar sujeto a la Constitución, con su imposibilidad tanto de elevar al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad, como de aplicar directamente la Constitución, solamente es posible a través de las alternativas siguientes.

A).- LA TESIS DE PIERANDREI.

Partiendo -como así lo ha sostenido Pierandrei (692)- de que los árbitros no tienen competencia para enjuiciar la disconformidad de las normas ordinarias con la Constitución, ya que ésta es una materia sobre la que las partes no pueden transigir y, como es sabido, sólo podran ser objeto de arbitraje aquéllas materias que sean susceptibles de transacción -entiende el autor citado que- puesto que los arts. 1 de la Ley constitucional nº1 de 9-2-1948 y 23 de la Ley nº87 de 11-3-1953 (693) no van dirigidos a los árbitros, éstos, siempre que duden de la

(692) PIERANDREI, Corte Costituzionale, Voce en Enciclopedia del diritto, op. cit., p.946.

constitucionalidad de la norma que va a incidir en su laudo, deberán, -puesto que tienen que fallar con arreglo a derecho- declararse incompetentes para realizar el arbitraje, no incurriendo por ello en responsabilidad alguna por no haber cumplido el encargo recibido, ya que estaríamos en presencia de "un justificado motivo para la renuncia" del encargo de fallar una determinada controversia (694).

Las consideraciones que cabe hacer, de esta facultad discrecional que se otorgaría a los árbitros, son variadas y complejas; el tema es susceptible de apreciarse desde una dualidad de perspectivas: la de los árbitros y la de las partes.

Antes de proseguir, hemos de indicar que, la transposición de esta teoría de Pierandrei al Ordenamien

(693) Art.1: "La cuestión de ilegitimidad de una ley, ó de un acto con fuerza de ley de la República, considerada de oficio ó propuesta por una de las partes en el curso de un juicio y no considerada por el juez manifiestamente infundada, se remitirá a la Corte Costituzionale para su decisión "; Art. 23: "En el curso de un juicio delante de una autoridad judicial, cualquiera de las partes, ó el Ministerio Fiscal pueden proponer cuestiones de ilegitimidad constitucional La autoridad jurisdiccional cuando el juicio no pueda definirse independientemente de la resolución de la cuestión de ilegitimidad constitucional y no considere que la cuestión propuesta sea manifiestamente infundada, emite ordenanza con la cuál, referidos los términos y motivos de la instancia en la que fué propuesta la cuestión, dispone la inmediata transmisión de los actos a la Corte Costituzionale y suspende el juicio en curso.. .."

(694) PIERANDREI, Voz Corte Costituzionale, op. cit, p. 947.

to jurídico español es totalmente factible. Al igual que en la ley italiana, el art. 14 de la LADP prescribe que: "Sólo pueden ser objeto de compromiso arbitral, aquellas materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, no pudiendo tampoco comprometerse validamente, si una de las materias que pueda ser de libre disposición está indisolublemente unida a otra que no lo sea".

En primer término, y como ya exponíamos al analizar la primera opción -posibilidad de que los árbitros aplicasen directamente la Constitución- a ésta teoría le sale al paso la argumentación hecha por Capelletti (695), quien opinaba que de adoptarse esta contrucción teórica, siempre que los arbitros quisieran sustraerse al encargo recibido no tendrían sino que suscitar la cuestión de inconstitucionalidad, para seguidamente alegando su incompetencia para conocer de dicha cuestión, salvar la responsabilidad en que incurrirían por incumplir su función.

Dicha promoción -pensaba Capelletti, y compartimos

(695) CAPELLETTI, La pregiudizialità costituzionale ... op. cit., p.75.

su opinión- quedaría convertida, ó podría convertirse, en un modo de extinción anormal del procedimiento arbitral y, "anormal", no sólo por ser un medio inusual de terminación de dicho proceso, sino, también y sobre todo, por ser un medio irregular y fraudulento.

Fero aún hay más. Por lo que compete a las partes, ésta alternativa llevaría a dejar bajo el poder dispositivo de cualquiera de ellas la enervación del contrato de compromiso, siempre que a alguna de éstas interesara tal situación:

- Como cualquier materia disponible es susceptible de estar unida a una duda respecto de la constitucionalidad de alguna de las normas que se proyectan sobre dicha materia, si se considera que el árbitro o arbitros no tienen competencia para conocer de dicha cuestión de inconstitucionalidad, y que al mismo tiempo no pueden remitirla para su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional, con introducir la duda respecto de la constitucionalidad de una de las normas aplicables en dicho procedimiento, la parte a quien interese enervar el compromiso, podrá muy bien oponerse a la formalización judicial del arbitraje, ó a la excepción de compromiso alegada en juicio, defendiéndose de la acción ejercitada por el

actor mediante la alegación de la falta de capacidad de disposición respecto del objeto sobre el que se pretende formalizar el arbitraje ó someter al mismo, ya que está íntimamente unido a una cuestión de constitucionalidad, sobre la que las partes no tienen capacidad para transigir.

Como vemos, tanto en un caso como en otro la institución del arbitraje quedaría en la práctica sin eficacia, viniéndose a producir una situación parecida a la que existía antes de la entrada en vigor de la LADP, situación en la que como se recordará, al estar configurada la cláusula compromisoria como una obligación de hacer personalísima e infungible, su incumplimiento no daba derecho, en el caso de que el interesado no quisiera verificar espontáneamente el compromiso, sino al abono de los correspondientes daños y perjuicios (696), que de otra parte, en el caso hipotético que hemos planteado, ni siquiera podrían reclamarse, ya que tanto los árbitros como cualquiera de las partes que intentaran sustraerse al contrato de compromiso, ó de no haberse otorgado éste todavía a la formalización judicial del mismo, tendrían un justificado motivo para sustraerse al arbitraje: las

(696) Vid el comentario que de ésta realiza GUASP DELGADO, El arbitraje en el derecho Español, Barcelona 1956, pp. 37 a 39.

partes, falta de capacidad para comprometer sobre dicho objeto, y por ende, los árbitros, falta de competencia para dirimir dicha controversia.

Ello nos lleva a abandonar esta alternativa como carente de todo sentido lógico.

B).-LA TESIS DE CARNACINI.

Una vez que ha quedado descartada la propuesta anterior, la única opción que resta analizar es la sostenida en Italia por Carnacini (697).

Opina Carnacini que, dado el fin y el resultado último al que conduce al arbitraje -laudo arbitral que, una vez homologado por el pretor mediante el decreto de ejecutoriedad, tiene la misma eficacia que una sentencia- no se debe inducir del hecho de que los árbitros son sujetos privados, y por tanto no pueden integrarse dentro del concepto de "órgano judicial", que dicho procedimiento no permita la realización del control de legitimidad constitucional.

(697) CARNACINI, Le questioni di legittimità costituzionale nell'arbitrato rituale, en Scritti Giuridici in onore di Calamandrei Padova 1958, pp. 509 a 517.

En el procedimiento arbitral debe realizarse el control constitucional, ahora bien, siguiendo unos determinados trámites (698): los conducentes a salvar el escollo que representa la necesidad de que la cuestión de ilegitimidad constitucional, sea remitida a la Corte Costituzionale por un órgano judicial. Serían los siguientes:

- Cuando ó bien a propuesta de las partes ó "motu proprio", el árbitro dude de la constitucionalidad de la norma que va a incidir en su fallo, deberá, en aplicación del art. 819 del C.P.C., suspender el procedimiento a fin de que las partes puedan proponer demanda ante el órgano jurisdiccional que hubiera sido competente para conocer de la materia objeto de arbitraje, de no haber existido la cláusula compromisoria, ó el contrato de compromiso en su caso. Con ello se logrará que sea el órgano judicial, quien en el supuesto que considere que la duda respecto de la constitucionalidad no es manifiestamente infundada, remita la cuestión a la Corte Costituzionale para su enjuiciamiento.

(698) CARNACINI. Le questioni di legittimità costituzionale .. . op. cit. pp.515 a 517.

Según el planteamiento expuesto, al Juez ordinario únicamente se le postula que juzgue, que se pronuncie respecto de la duda sobre la constitucionalidad de la norma que va a incidir en el juicio de los árbitros, no solicitándose ningún otro enjuiciamiento, puesto que el asunto al que tendrá que aplicarse dicha norma está sometido a arbitraje, y son los árbitros quienes tienen que decidirlo.

La demanda sólo y exclusivamente se dirige al órgano judicial para que enjuicie si la cuestión es o no manifiestamente infundada, no debiendo ni pudiendo pronunciarse el Juez sobre la incidencia de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, en la causa que se ventila ante los árbitros, ya que ello es de la competencia de éstos como jueces de mérito de la causa (699).

Una vez -prosigue Carnacini- el Juez ordinario conozca de éste particular, si su decisión es positiva remi

(699) CARNACINI, Le questioni di legittimità costituzionale ... op. cit. p.516 expresa textualmente: "Spetterà poi al giudice togato competente, così investito della questione pregiudiziale decidere soltanto il punto se essa sia o no manifestamente infondata (e non anche l'altro della sua rilevanza rispetto al giudizio arbitrale della sua rilevanza rispetto al giudizio arbitrale perché questo punto, ripeto, è di esclusiva competenza, in via preliminare degli arbitri come giudici del merito)

tirá la cuestión a la Corte Costituzionale, y si es negativa así lo comunicará a las partes para que se pueda proseguir el juicio arbitral, que mientras se producía su enjuiciamiento había quedado en suspenso.

No obstante ser el planteamiento del citado autor -como opina Giocoli Nacci (700)- un brillante expediente para eliminar los obstáculos que conlleva el mantenimiento de la interpretación literal del concepto de órgano judicial, éste posee a su entender grandes fallas.

En primer lugar, Nacci (701) opone al planteamiento de Carnacini, que ya que sigue al pie de la letra el art. 23 de la ley 87/1953 de 11 de Marzo, en lo tocante a la necesidad de que sea un órgano judicial el que eleve la cuestión a la Corte Costituzionale, dado que también el citado artículo dispone que el órgano judicial sólo deberá remitir la cuestión a la Corte, cuando no siendo manifiestamente infundada sea prejudicial al fallo que tiene que emitir, no es posible admitir la construcción de Carnacini, ya que la resolución de la cuestión de ilegitimidad por la Corte Costituzionale, no juega como

(700) GIOCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale, op. cit. p.311.
(701) GIOCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale, op. cit. p.315.

prejudicial al fallo del órgano proponente, que en la alternativa de Carnacini termina su cometido con elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Además, ante ésta solución surgen las siguientes interrogantes (702):

-¿Qué ocurrirá si el órgano judicial considera que la duda respecto de la constitucionalidad de una determinada norma es manifiestamente infundada y, desestimando la pretensión no eleva la cuestión a la Corte Costituzionale?. En el supuesto de que los árbitros mantengan sus dudas, y sigan considerandola presuntamente inconstitucional, ¿qué podrán hacer?.

- ¿Y si las partes, desinteresadas de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, por versar ésta, por ejemplo, sobre materia procesal, no proponen la demanda pertinente ante la autoridad judicial?.

Por último, ¿cuál será el contenido de la ordenanza del órgano judicial, elevando la cuestión de ilegitimidad constitucional?.

(702) GIOCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale, op. cit. p. 311 a 325.

Como el órgano judicial no está conociendo de la materia objeto de la controversia, no cuenta con dato alguno para poder motivar la incidencia de la norma en el fallo, que por otra parte, como sabemos, no tiene que emitir. Su función -nos dice Giocoli Nacci- queda reducida a la de un mero "pasacartas" (703), ya que parece que en todo caso tendrá que limitarse a exponer, que los árbitros han encontrado tal norma relevante para la decisión del procedimiento. Pero, entonces, ¿puede admitir la Corte Costituzionale una cuestión de ilegitimidad constitucional sin motivación alguna respecto de la incidencia de la norma cuestionada en el fallo del proceso "a quo"?

Admitir la teoría de Carnacini significaría la conversión de la cuestión de inconstitucionalidad en un control directo y autónomo de la constitucionalidad, lo que si que vulnera la regulación de los procesos constitucionales, en la que sólo se admite el control directo a unos sujetos taxativamente determinados. En el caso español a los previstos en el art. 32 de la LOTC (704).

(703) GIACOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale incidentale, op. cit. p. 319.

(704) El Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta senadores y cincuenta diputados.

Si a esta objeciones añadimos, la de si sería procesalmente admisible una demanda cuyo contenido fuera el que propone Carnacini, ya que el órgano judicial es competente para decidir respecto de la promoción de cuestiones de inconstitucionalidad, solamente en el supuesto en que la norma sobre la que recae la duda incida en su fallo y nunca en otro caso, los inconvenientes de ésta alternativa se agravan notablemente.

La aplicación de ésta construcción teórica a nuestro Ordenamiento jurídico, dado que en él existen -como en el italiano- las mismas premisas normativas (705) de las que parte Carnacini para elaborarla, creemos que es totalmente factible. En consecuencia, igualmente la crítica que hemos hecho de la misma.

(705) CARNACINI partía de tres preceptos fundamentales, a saber, el art. 134 de la Constitución Italiana., el art. 23 de la ley 87/1953 de 11 de Marzo, y el art. 819 del CPC. Pues bien, también en España, la existencia, en primer lugar, de los arts. 35 LOTC, y 163 de la CE (homólogos al art. 23 italiano), en lo que respecta a la necesidad de que sea un órgano judicial el que remita la cuestión de inconstitucionalidad, así como a la de que la norma, respecto de la que se plantea dicha cuestión, incida en el fallo, y en segundo lugar, el art. 161 CE (homólogo al 134 italiano), que atribuye únicamente competencia, para conocer de las declaraciones de inconstitucionalidad, al Tribunal Constitucional, permiten hacer las mismas reflexiones. En cuanto a la suspensión del procedimiento arbitral para cuando surja una cuestión prejudicial, aunque en la LADP no existe una norma como la del art. 819 del C.F.V. que contempla la suspensión del procedimiento arbitral en el supuesto de que en el curso de éste surja una cuestión prejudicial respecto de la cuál los árbitros consideren que no tienen competencia, al actuar la LEC -como opina GUASP DELGADO, en El Arbitraje en el derecho Español, op. cit., p.50. - como supletoria de la LADP, pensamos, que podría solventarse ésta laguna, otorgando en el procedimiento arbitral a estas cuestiones el mismo tratamiento que tienen atribuido en el proceso civil aquéllas cuestiones para las cuáles no tiene competencia el juez que está conociendo del asunto principal.

Aclarado éste extremo, si donde hemos escrito "Corte Costituzionale" y "cuestión de ilegitimidad constitucional", se lee Tribunal Constitucional y cuestión de inconstitucionalidad, la teoría de Carnacini es transportable al Ordenamiento jurídico español, con la diferencia de que las normas preconstitucionales, si podrán los árbitros -tal y como vimos- inaplicarlas al caso concreto.

Analizada la inviabilidad de todas las posibles alternativas, teniendo siempre como premisa fija la imposibilidad de que los árbitros puedan remitir al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad, pasamos seguidamente a exponer la única alternativa que resta. A saber: que los árbitros estén incluidos entre los sujetos a los que se dirige el art. 35 LOTC y 163 CE.

3).- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL ARBITRO DE DERECHO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SUS EFECTOS.

Como se desprende del epígrafe con el que titulamos esta alternativa, la interpretación que ahora vamos a exponer pasa por considerar, que, puesto que los árbitros realizan una función idéntica a la jurisdiccional -ya que al igual que los órganos jurisdiccionales enjuician una controversia "inter partes" desde una posición "supra partes", a la que ponen fin mediante la emisión de una resolución que tiene fuerza de cosa juzgada material- debe entenderseles incluidos dentro del concepto de órgano judicial, a los fines de los arts. 163 CE y 35 LOTC.

Fundamento de esta interpretación es la consideración de la similar función ejercitada por los árbitros y los órganos jurisdiccionales, lo que nos lleva directos al tema de la naturaleza jurídica del arbitraje.

Como cabe deducir de nuestra exposición, el "iter" que hemos escogido ha consistido en desarrollar primero todas las hipótesis que derivan de una opción contraria a la consideración jurisdiccional del arbitraje, ya que de considerarlo así a "priori", no nos habríamos planteado

problema alguno. Integrando a los árbitros en los arts. 163 CE. y 35 de la LOTC, hubiésemos podido entender que al igual que los órganos jurisdiccionales, cuando dudasen de la inconstitucionalidad de la norma que van a aplicar en su resolución, deberían remitir ésta para su enjuiciamiento al Tribunal Constitucional.

La "ratio" de que hayamos seguido este sistema, responde a los fines concretos de nuestro estudio: puesto que no se trata aquí sobre la cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje (706), nos ha parecido más oportuno y esclarecedor, exponer la inviabilidad práctica de las soluciones que derivarían de la adopción de otra concepción que no fuera la jurisdiccional.

(706) Para un estudio en profundidad sobre el arbitraje, vid. a favor de la naturaleza jurisdiccional, SERRA DOMINGUEZ, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, en *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pp. 580 y ss.; FENECH, *El arbitraje en el derecho español*, en *Estudios de Derecho Procesal Fenech-Carreras*, op. cit., pp. 415 y ss.; CARRERAS LLANSANA, *Contribución al estudio del arbitraje*, pp. 433 y ss. y, *Estudio comparativo de la Ley española de Arbitraje*, pp. 453 y ss. ambos en, *Estudios de Derecho Procesal Fenech-Carreras*, op. cit.; GONZALEZ MONTES, *La excepción de compromiso*, R.D.P. 1975, pp. 425 y ss.; PEREZ BORDO, *El recurso de nulidad contra el laudo arbitral* R.G.D., Valencia 1972, pp. 6 y ss.; PRIETO CASTRO, *El Arbitraje según la legislación y la jurisprudencia española*, en *Estudios y Comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid 1950, T.II, pp. 435 y ss.; CREMADES, *Estudios sobre arbitraje*, Madrid 1977; MERCHAN ALVAREZ, *El arbitraje, Estudio histórico jurídico*, Sevilla 1981.

A favor de la naturaleza contractual del arbitraje, vid. GUASP DELGADO, *El arbitraje en el derecho español*, Barcelona 1953, pp. 11 y ss.; OGAYAR AYLLON, *EL contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid 1977, pp. 63 a 76; MARTINEZ VAZQUEZ DE CASTRO, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid 1984.

A favor de una postura ecléctica, CHILLON-MERINO, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Madrid 1978, pp. 101 y ss.; SILVA MELERO, *El compromiso*, 1932, pp. 436 y ss. Por último, una síntesis de la doctrina italiana y correlativa crítica, la ofrece SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1982, pp. 23 a 45.

Como el planteamiento de cada una de las tesis que sobre el arbitraje se han confeccionado, aunque sin duda interesante, carecería de interés en un trabajo de ésta índole, hemos preferido plantear el problema concreto, es decir, la conducta que deberá seguir el árbitro que considere que la norma que incide en su laudo pudiera ser inconstitucional, y sus diferentes posibles vías de solución, para así y, a través de éste método, llegar a la única viable que, lógicamente, tiene como base la consideración jurisdiccional del arbitraje.

Antes de proseguir, convendría detenernos en la significativa aseveración de Carnelutti: "Mientras que no se demuestre que el árbitro pronuncia por sí la sentencia, en lugar de prepararla, para que otro la pronuncie, no se demuestra que está provisto de jurisdicción". "Esta la única razón por la que hay que desconocer a los árbitros, poder jurisdiccional: no son verdaderos jueces, porque no pueden por sí mismos pronunciar una sentencia. Esta razón contiene también el límite de su negación: donde pueden pronunciarla como en el sistema alemán o austriaco, son en cambio verdaderos y propios jueces (707).

(707) CARNELUTTI, Arbitraje Extranjero, en Estudios de Derecho Procesal, Vol.II. trad. Sentis Melendo, Buenos Aires 1962, pp.461 y 462.

Expresándose así Carnelutti, puesto que en nuestro Ordenamiento el laudo arbitral tiene eficacia ejecutiva, hay base suficiente -apoyándonos en las palabras del autor- para atribuir naturaleza jurisdiccional al arbitraje.

En este sentido se expresa la mayoría de la doctrina española (708), apoyando éste carácter, por ejemplo Fenech (709), en que si el laudo arbitral tiene la misma eficacia que una sentencia firme, siendo en su caso ejecutivo, dichas cualidades -ejecutoriedad y fuerza de cosa juzgada del laudo arbitral- no pueden provenir de la voluntad de las partes, puesto que éstas no pueden dar más de lo que tienen ("nemo dat quod non habet") sino que provienen del Estado, el cuál atribuye al laudo firme dichos efectos, lo que provoca, por consiguiente, que la naturaleza del arbitraje sea jurisdiccional.

En lo que concierne al supuesto concreto que en éste trabajo planteamos -posibilidad de que el árbitro de derecho promueva la cuestión de inconstitucionalidad- la doctrina española se encuentra enfrentada.

(708) Vid. nota nº 706.

(709) FENECH, El arbitraje en Derecho Español, op. cit., pp.418 y 419.

Así, Almagro Nosete (710) estima que "la calificación de judicial impuesta al órgano por la Constitución, impide cualquier aplicación extensiva de los conceptos de Juez o Tribunal", debiendo en consecuencia el Tribunal Constitucional, inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad que le sean elevadas por los árbitros por falta de condiciones procesales.

De otro parecer en cambio es Pérez Gordo (711), quien después de criticar la absoluta carencia de regulación normativa a este respecto, opina que dada la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, la cuál suscribe, el árbitro o tribunal arbitral deberá cuando dude la constitucionalidad de la norma que incide en su laudo, elevar cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, tal y como puede hacerlo un órgano jurisdiccional, añadiendo que en el caso de que el Tribunal Constitucional inadmitiera la cuestión por haberla promovido un árbitro, la solución sería "la promoción de ésta por los órganos jurisdiccionales al sustanciar el medio de impugnación (712).

(710) ALMAGRO NOSETE, Justicia Constitucional op. cit. p.154.

(711) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional ... op. cit. pp. 136 y 137.

(712) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional ... op. cit. pp. 142 y 143.

Compartiendo la opción de Pérez Gordo -en cuanto que como hemos demostrado todas las demás alternativas son imposibles de mantener- creemos sin embargo que la solución propuesta por el mismo, para el caso de que el Tribunal Constitucional inadmitiese la cuestión, supone el toque de muerte al proceso arbitral.

En efecto, a partir del hipotético auto de inadmisión del Tribunal Constitucional por falta de competencia para elevarla en el sujeto proponente de la cuestión -el árbitro- los ciudadanos que decidan someter la resolución de una determinada controversia al juicio arbitral, quedarán obligados a recurrir dicho laudo, so pena de quedar sometido a la norma inconstitucional, lo que indudablemente altera profundamente la esencia del arbitraje de derecho. Si fallar conforme a derecho es fallar conforme a la Constitución, ó bien los árbitros de derecho deben de considerarse integrados en los conceptos de órgano judicial, Juez ó Tribunal, a los efectos de poder promover cuestiones de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional (713), ó bien el arbitraje de derecho a

(713) En la doctrina italiana esta opinión es compartida entre otros por: SCHIZEROTTO, La questione di legittimità costituzionale nel giudizio arbitrale, Giur.It. IV 1961. pp. 65 y ss. GIOCOLI NACCI, L'iniziativa nel processo costituzionale en via incidentale, op. cit., p.311, nota 44., y ANGELICI, Giustizia Costituzionale, op. cit., pp. 294 a 298.

partir de la entrada en vigor de la Constitución ya no es tal, puesto que se sustrae al cumplimiento de la norma suprema del Ordenamiento jurídico, la Constitución.

***.- EFECTOS DE LA ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL PROCESO ARBITRAL: LA ALTERACION DEL PLAZO PARA DICTAR EL LAUDO.**

No obstante ser la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad por el árbitro de derecho la única alternativa correcta, encuentra en la LADP un grave inconveniente: la necesidad del laudo de derecho de ser emitido en el plazo fijado en la escritura de compromiso, obligación garantizada a través del art. 1732,1 LEC, conforme al cuál, el laudo dictado en arbitraje de derecho fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso, ó de la prórroga de haberse ésta concedido, podrá ser impugnado a través del recurso de casación (714).

Así promovida por los árbitros una cuestión de inconstitucionalidad, "es lógico pensar, como expone Pérez

(714) Art. 1732. El recurso contra laudos en arbitraje de derecho podrá fundarse además de en los motivos 3º, 4º y 5º del artículo 1692, en los dos siguientes:

1. Haber dictado los árbitros el laudo fuera del plazo señalado en la escritura de compromiso, ó de la prórroga, de haberse ésta concedido.

Gordo (715)- que el tiempo necesario para resolver la cuestión de inconstitucionalidad que se proponga, en la gran mayoría de las situaciones será mayor que ese plazo que resta a los árbitros para dictar su laudo, con lo que nos encontraríamos que, en el momento en que se debiera de reanudar el plazo para dictar el laudo arbitral, al haber ese plazo ya transcurrido, habría quedado sin efecto el compromiso?".

El problema que planteamos no es tratado por la doctrina italiana. La existencia en aquél Ordenamiento jurídico del art. 819 del C.P.C., en el que se prevé la suspensión del procedimiento arbitral en curso, cuando surja una cuestión prejudicial de la cuál los árbitros no puedan conocer en virtud de la materia sobre la que ésta recae, resuelve la cuestión.

En nuestro Ordenamiento la laguna existente en la LADP a éste respecto provoca que debamos reflexionar sobre dicha circunstancia (716).

(715) PEREZ GORDO, Prejudicialidad penal y constitucional op.cit. p.139.

(716) Si bien se podría pensar que el art. 14 LADP contempla la imposibilidad de que en el curso del proceso arbitral surja una cuestión prejudicial, ya que, en ese caso, la materia sobre la que versa el arbitraje no podría haber sido objeto del mismo, la cuestión que planteamos es diferente, ya que, en nuestra opinión, el art. 14 únicamente contempla "las cualidades" del objeto litigioso en el momento del otorgamiento del contrato de compromiso, no a lo largo del curso del procedimiento arbitral.

El art. 18 LADP, a cuyo tenor: "El otorgamiento del compromiso obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación", quizás pueda ayudar a resolver el problema que exponemos. Veamos:

Según los términos del precepto transcrito, puesto que cabe acudir a las reglas generales de la contratación, para determinar si supondría infracción de las condiciones del contrato de compromiso, la circunstancia de que los árbitros hubiesen dictado el laudo fuera del plazo convenido; en este caso, dado que el tiempo que el Tribunal Constitucional tarde en sustanciar la cuestión de inconstitucionalidad, está por completo fuera de la voluntad de las partes como de los árbitros, este supuesto debe considerarse como una suspensión del plazo del compromiso por fuerza mayor.

La conducta de los árbitros al remitir la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal, podría quedar bajo la protección del art. 1105 del C.c., que declara la exención de responsabilidad en el cumplimiento de una obligación, cuando se haya producido un suceso imprevisible, o que previsto fuera inevitable, y evidentemente, estas cualidades tiene el nacimiento de una duda respecto

de la constitucionalidad de una norma que va a incidir en el laudo arbitral.

Bajo ésta perspectiva, suspendido el procedimiento arbitral por la elevación al Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad, ésta suspensión deberá considerarse motivada por una causa de fuerza mayor: el cumplimiento de la Constitución, por lo que el plazo para dictar el laudo deberá considerarse interrumpido hasta que el Tribunal Constitucional dicte sentencia, momento a partir del cuál deberá contarse el plazo que reste para dictar el laudo.

Por otra parte, la utilización del recurso de casación contra el laudo arbitral (art. 1732,1), cuando traiga como causa el incumplimiento del plazo para dictar el laudo (en aras de la promoción ante el Tribunal Constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad) no sería -pensamos- sino una fraudulenta utilización de esta norma, al objeto de escapar del ámbito de aplicación de la Constitución, lo que podría, mejor dicho, debería apreciar la Sala I del Tribunal Supremo, y en su conformidad desestimar el recurso de casación en aplicación del art. 5,4 del C.c., a cuyo tenor: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento

jurídico, o contrario a él, se consideraran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Pero es más, aunque la Sala del Tribunal Supremo -imaginemos- estimase el recurso, no por ello las partes del procedimiento arbitral habrían logrado sustraerse al cumplimiento de la Constitución.

Puesto que las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma tienen efectos "erga omnes", las partes del procedimiento arbitral que hubiesen interpuesto dicho recurso de casación, en el supuesto de que no resuelvan extrajudicialmente el conflicto jurídico que les llevó al arbitraje, no lograrán de todas formas escapar a la aplicación de la Constitución realizada en el laudo arbitral que impugnaron. Aunque logren la casación del laudo no lograrán la aplicación de la norma ordinaria ya declarada inconstitucional, que habrá dejado en consecuencia de estar integrada en el Ordenamiento jurídico y no podrá ser aplicada por el Tribunal Supremo.

Veamos por último un supuesto interesante:

¿Podrán las partes -en caso de que el Tribunal Constitucional desestime la cuestión de inconsti-

tucionalidad elevada por los árbitros- recurrir en casación el laudo dictado fuera del plazo concedido para ello, sosteniendo que los árbitros al elevar la cuestión referida actuaron negligentemente, pues que no había "dudas suficientes" sobre la inconstitucionalidad de la norma, ó ésta no incidía en el laudo, y en consecuencia la dilatación del procedimiento ha resultado ser un perjuicio inútil?.

Si asimilamos los árbitros a los órganos jurisdiccionales respecto a la obligación de elevar cuestiones de inconstitucionalidad, evidente resulta que los árbitros no tienen por qué tener para elevar la cuestión de inconstitucionalidad, un grado de certeza mayor que los órganos jurisdiccionales respecto a la inconstitucionalidad de la norma que someten a examen del Tribunal Constitucional. La obligación de elevar la cuestión de inconstitucionalidad surge con la duda respecto de la constitucionalidad de una norma, no se requiere la certeza de su contradicción.

De otra parte, la exigencia a los árbitros de un mayor grado de certeza respecto de la duda sobre la inconstitucionalidad de la norma que deben elevar al conocimiento del Tribunal Constitucional, contrariaría los arts. 163 CE y 35 LOTC, ya que a fin de estar seguros

que de que la cuestión de inconstitucionalidad no se desestimase, solamente la propondrían en casos muy evidentes, lo que podría provocar en ocasiones la aplicación de normas inconstitucionales.

En todo caso, este problema podría obviarse elevando el árbitro, cuando dude la constitucionalidad de la norma que incide en su laudo, una doble cuestión de inconstitucionalidad, es decir, promoviendo ante el Tribunal Constitucional el enjuiciamiento tanto de la norma de la que duda, como del art. 27,6 en su interpretación literal, éste último por entender que la interpretación rígida de dicho precepto podría ser inconstitucional, ya que la obligación de dictar el laudo dentro de un plazo inalterable le impide elevar cuestiones de inconstitucionalidad, y en consecuencia vulnera los arts. 163 de la Constitución y 9.1 de la misma, puesto que obstaculiza la aplicación de la Constitución.

IV.- ELEVACION DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ARBITRAJE DE EQUIDAD.

1).- EL JUICIO DE EQUIDAD.

Las marcadas diferencias que existen entre el arbitraje de derecho y el de equidad y la ambigüedad que pesa sobre ésta última clase de juicio, provoca que sus singularidades requieran de cierto desarrollo que difícilmente podríamos realizar sino dedicando especialmente unas páginas a su exposición.

La complejidad de cualquier cuestión dentro del arbitraje de equidad, deviene principalmente de la dificultad de delimitar lo que sea la equidad (717).

Si la cuestión de inconstitucionalidad es el expediente que se utiliza para conciliar la doble obligación que tienen los órganos judiciales de fallar conforme a la ley y a la Constitución, en el supuesto que las normas ordinarias contradigan lo previsto por ésta, si el árbitro de equidad no está sujeto a la ley, ó no está sujeto a la Constitución, para nada necesita y en nada le afecta tal instituto.

(717) Vid en general, CALAMANDREI, Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, en Opere Giuridiche Vol.III, Napoli: 1968, pp.3 y ss.

El estudio de la posibilidad de que en el juicio arbitral de equidad se pueda promover una cuestión de inconstitucionalidad, en el fondo lo que está planteando, es el análisis de la proyección y vinculación de la norma jurídica como fuente del enjuiciamiento en dicha clase de arbitraje.

Para establecer el comportamiento que respecto de las normas jurídicas ordinarias deberá tener el árbitro que debe enjuiciar una controversia con arreglo a equidad, hay que determinar primero lo que es fallar conforme a ésta.

Después de haber examinado si la norma jurídica es fuente del enjuiciamiento en ésta clase de arbitraje, se podrá analizar la concreta posibilidad de elevación en el mismo de la cuestión de inconstitucionalidad. Y ello, porque si el enjuiciamiento de equidad fuese un enjuiciamiento absolutamente libre, si en definitiva el árbitro de equidad no está vinculado a norma alguna, la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad (obligación jurídica), queda carente de sentido. Si el árbitro no está sujeto a la legalidad ordinaria ni a la Constitución, ó solamente lo está a una de ellas, la utilización de éste instrumento en esta clase de juicio no tiene fin alguno.

2).- CONCEPCION DEL ARBITRAJE DE EQUIDAD EN LA LADP.

A tenor del art.4 LADP, el arbitraje puede ser conforme a derecho ó con arreglo a equidad, siempre, en éste último caso, que así se hubiese pactado expresamente. Consecuencia directa del contenido del citado precepto, no por evidente menos importante, es que el arbitraje de equidad es un arbitraje diferente al de derecho. Prueba de ello es que la LADP prevé dos clases de enjuiciamientos distintos para resolver las controversias que sean sometidas a arbitraje.

Mas, aunque podría pensarse que identificando lo que es fallar conforme a derecho, conseguiríamos saber lo que es enjuiciar conforme a equidad, ya que ésta parece plantearse en el art. 4 como un enjuiciamiento diferente al de derecho, debemos advertir que saber lo que no es algo puede significar dos cosas: bien que no es solamente eso, bien que no es en absoluto eso.

Queremos decir con ello, que el que en la LADP se contemplan dos clases de arbitraje -de derecho y de equidad- no indica a priori que éstos sean absolutamente distintos. Fudiera ser -como creemos- que el juicio de equidad sea un juicio de derecho con especiales características.

Decíamos que según la LADP, el arbitraje podía realizarse conforme a derecho ó con arreglo a equidad. Puesto que es la LADP -no debe olvidarse- la que establece estos dos tipos de enjuiciamientos, debemos en primer término examinar, lo que según dicha Ley es el arbitraje de equidad.

El artículo 4 anteriormente citado dice textualmente:

"En lo sucesivo no existirá más que un tipo de arbitraje de Derecho Privado, ya deban fallar los árbitros con arreglo a derecho, ya solamente con sujeción a su saber y entender".

A su vez, el art. 29 1º pfo. completa su configuración prescribiendo que:

"El procedimiento en caso de equidad, no tendrá que someterse a formas legales ni que ajustarse a derecho en cuanto al fondo".

Según los preceptos traídos a colación, parece ser que los árbitros de equidad podrán resolver la controversia que les sea sometida a examen según estimen más conveniente, con absoluta libertad, sin necesidad -como ocurre en el arbitraje de derecho- de tener que aplicar una norma jurídica de carácter general al caso concreto sometido a su conocimiento. El propio árbitro, ó árbitros de equidad, son los que después de conocer los hechos delimitadores del conflicto sometido a examen, crean,

dictando el laudo, la solución de la controversia.

Así como enjuiciar conforme a derecho supone la aplicación de una norma previamente existente que el operador del derecho individualiza al caso concreto, el juicio de equidad al no tener que ajustarse a derecho -conforme indica el art. 29- la resolución por la que será dirimido es creada por el sujeto llamado a realizar dicho juicio "ex novo" y para el caso concreto.

¿Existe en el arbitraje de equidad la obligación de fallar conforme a un sistema de normas predeterminado?, ¿debe aplicarse en el juicio de equidad alguna norma jurídica?.

Desde la configuración que la LADP realiza del juicio arbitral de equidad, podría decirse que el árbitro de equidad procede lo mismo que el legislador. Su decisión no está reglada, puede pues ser diferente de la que, en su caso, habría dado el derecho si la misma controversia se hubiera fallado conforme a éste.

Los únicos límites que establece la LADP a la solución equitativa -laudo arbitral de equidad- son aquéllos en base a los cuáles se puede impugnar dicho laudo, mediante, como establece el art 30 de la citada ley, el

correspondiente recurso de nulidad.

Así la regulación de la LADF, será pues el análisis de los motivos en cuya virtud puede ser anulado el laudo, los que nos indicarán las condiciones o requisitos -normas- que deberán observar los árbitros, cuando el arbitraje lo realicen conforme a equidad, pues que, a sensu contrario, si hubiesen sido observados el laudo no hubiera sido anulado.

Ahora bien, antes de entrar en ellos, queremos llamar la atención sobre un dato que, precisamente por ser tan evidente, ha sido muchas veces olvidado:

- El juicio de equidad es un modo de enjuiciar permitido por el Ordenamiento jurídico, regulado por el mismo, utilizable, en suma, porque la norma jurídica le ha dado carta de naturaleza al contemplarlo como un modo de enjuiciar diferente al juicio de derecho. Es la Ley de Arbitraje de Derecho Privado quien lo dota de un contenido, un procedimiento y unos efectos. Se podrá fallar conforme a equidad, mas sólo en los límites que la ley señale.

Al ser el juicio de equidad pues, un juicio permitido por el Ordenamiento jurídico -como expone De Marini

(718)- ello lo cualifica como un juicio jurídico.

Como explica De Marini (en su magnífica obra sobre el juicio de equidad), no cabe pensar -como se ha hecho tradicionalmente- que en el juicio conforme a derecho (ó de legalidad) el Juez aplique el derecho y, en cambio, en el juicio conforme a equidad lo cree, porque ello -considera- sólo es una verdad a medias. Ni el juicio de derecho consiste en una mera aplicación de la norma al hecho, ni el juicio de equidad consiste en una creación de la norma particular que va a dirimir la controversia (719).

En cuanto que sólo se puede juzgar conforme a equidad en los casos expresamente previstos por la ley, en cuanto que es la ley la que le atribuye unos determinados efectos, y también la ley la que regula el procedimiento para que pueda tener lugar dicho juicio, hay que concluir -como observa el citado autor- que el juicio de equidad es una especie dentro de la genérica categoría de los juicios jurídicos.

No cabe identificar juicio conforme a derecho y jui

(718) DE MARINI, Il giudizio de equità nel processo civile, Milano 1959, pp. 251 y ss.

(719) DE MARINI, Il giudizio de equità nel processo civile, op. cit., p.61.

cio jurídico porque aquél es una de las especies de éste. El mayor margen de libertad existente en el juicio de equidad -a la hora de dictar la resolución de la controversia sometida a examen- no es sino una cuestión de grado, mas no descalifica al juicio de equidad como juicio jurídico. Una cosa es la mayor o menor amplitud de libertad que se reconozca al árbitro, y otra diferente la absoluta discrecionalidad, que desde luego el árbitro de equidad no tiene.

Y es que al Derecho -como dijo Kelsen- le pasa lo que al rey Midas, todo lo que toca se vuelve jurídico.

Si lo querido y preceptuado en determinados casos por el Ordenamiento jurídico, no es someter la resolución de una controversia a unas normas jurídicas preestablecidas, sino dejar la resolución de la misma a la libertad del árbitro, hay que concluir en que el árbitro -cuando falla conforme a equidad- está haciendo uso de una norma jurídica que le permite tal actuación.

El árbitro unicamente puede enjuiciar conforme a equidad cuando se den las condiciones previstas por la LADP, y en el modo y con los efectos que ésta establece. ¿Cuales son las condiciones y requisitos que establece la

LADP?.

Como decíamos anteriormente, aquéllos que imposibilitan que el laudo pueda ser impugnado, ya que ello significa que se ha realizado conforme a lo previsto en la LADP. El laudo arbitral pues, ha de respetar lo previsto en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado (720), de lo que cabe colegir que el arbitraje de equidad no es un enjuiciamiento absolutamente libre.

El arbitraje de equidad está sujeto a lo pactado en la escritura de compromiso. Ello obliga a que únicamente pueda ser su objeto la materia que se haya sujetado al arbitraje, así como a que se realice en el plazo que se haya fijado en la escritura, siendo nulo en el caso de

(720) El art. 29, en sus 2.º y 3.º párrafos prescribe que:

"2. Los árbitros, deberán, no obstante, dar a las partes, oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender.

3. El laudo, habrá de dictarse por escrito ante Notario y por mayoría de votos."

A su vez, el art. 30 completa la regulación estableciendo que: "Contra el fallo que dicten los árbitros en un procedimiento de equidad sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala primera del Tribunal Supremo, por los motivos señalados en el art. 1733 de la Ley de enjuiciamiento Civil". Por último, el art. 1733 LEC declara que: "El recurso de nulidad contra laudos dictados en arbitraje de equidad habrá de fundarse en los activos siguientes:

1. Nulidad del compromiso o la formalización judicial del arbitraje.
2. Haber dictado los árbitros el laudo arbitral, fuera del plazo señalado en el compromiso, ó en su caso en la prórroga.
3. Haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pudiesen ser objeto de arbitraje.
4. No haber concedido los árbitros al recurrente la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas."

que el contrato de compromiso del que trae causa así lo sea. Por otro lado, el procedimiento deberá ajustarse a ciertas características tales como el respeto al principio de audiencia, y en conformidad con éste la posibilidad de presentar pruebas, obligaciones que no cabe duda son el reflejo constitucional en el arbitraje de equidad del art. 24 de la CE.

3).- LA SUJECCION DEL LAUDO DE EQUIDAD A LA CONSTITUCION.

Ahora bien, ¿el laudo de equidad solamente tiene estos límites?, ¿puede vulnerar, por ejemplo, el principio de igualdad?, ¿puede llegar a ser su contenido -como calificase afortunadamente Alcalá Zamora (721)- el que correspondería a un "juicio de iniquidad"?, ¿no tiene el laudo arbitral los mismos límites que la norma jurídica?

Si el legislador está sometido a la Constitución, si toda ley debe respetarla, si la propia LADP debe ser conforme a la Constitución, no hay duda que al ser el juicio de equidad un enjuiciamiento creado por la LADP, como la ley no puede dar lo que no tiene, ello significa que dado que ella misma está sujeta a aquélla, no puede sustraer al arbitro de equidad de cumplir la Constitución.

No siendo objeto de este estudio los límites del enjuiciamiento conforme a equidad, sino la posibilidad de la elevación en él de la cuestión de inconstitucionalidad, en lo que respecta a este punto las reflexiones realizadas son bastantes para poder aseverar, que el

(721) ALCALA ZAMORA, Perspectivas de la casación, en Estudios diversos de Derecho Procesal, Barcelona 1985, p.250.

árbitro de equidad, está sujeto a la Norma Constitucional, a la Legalidad ordinaria, (LADP y LEC en lo que aquélla remite a ésta) y a la norma contractual.

En el juicio de equidad convergen normas contractuales -las derivadas del pacto de compromiso- normas ordinarias -la LADP- y normas Constitucionales -la Constitución- ya que la LADP está sometida a la misma (722).

Así las cosas, en cuanto que los árbitros no están sujetos a aplicar una específica norma, sino que pueden aplicar cualquiera de ellas, en todo caso, como dice Giocoli Nacci (723), la Corte Costituzionale -en nuestro caso el Tribunal Constitucional- deberá inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad en el caso de que el árbitro de equidad la eleve, ya que es irrelevante para la emisión del laudo la decisión respecto de la inconstitucionalidad de una norma a la cuál el árbitro de equidad no está sujeto.

(722) Sobre los distintos grados de centralización y descentralización en los modos de producción del Derecho, vid. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 258 a 264.

(723) GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale in via incidentale*, op. cit., p. 340. Vid. también, SCHIZEROTTO, *La questione di legittimità costituzionale nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.* 1961, IV, p.80.

Como el árbitro de equidad no está obligado a fallar conforme a la legalidad ordinaria, lo que deberá hacer cuando ésta atente contra la Constitución es no aplicarla.

No es la cuestión por tanto que el árbitro de equidad pueda enjuiciar la labor del poder legislativo. For supuesto que no. Lo que ocurre es que siendo el árbitro libre de aplicar o inaplicar una norma, el Tribunal Constitucional deberá inadmitir la cuestión por falta de incidencia de esa norma en el fallo, cuando el árbitro de equidad no estuviese obligado a aplicarla.

Si bien a partir de lo expuesto parece que hay suficiente base para afirmar, que en el arbitraje de equidad no se puede promover la cuestión de inconstitucionalidad, y naturalmente lo mismo se puede predicar para cuando no ya el árbitro sino un órgano jurisdiccional tenga que juzgar conforme a la misma, debemos advertir que hay algunas excepciones:

- Si la duda respecto de la concordancia con la Constitución recae en una norma que el árbitro de equidad debe respetar, indudablemente deberá promover respecto de ella la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad

(724).

Ciertamente, si la LADP impusiese al árbitro de equidad una norma contraria a la Constitución, el árbitro debería promover la cuestión al Tribunal Constitucional, a no ser que estimando que se opone frontalmente a aquélla, la considere en el caso de que sea preconstitucional derogada por la cláusula derogatoria de la Constitución.

Abandonando el terreno de la hipótesis, examinando la LADP en lo que respecta al juicio de equidad, dado que dicha ley peca en todo caso de omisión pero no de comisión, será difícil que el árbitro de equidad se vea en la textura de tener que plantear algún problema constitucional respecto de ella.

El único que nosotros logramos atisbar, y que a continuación comentaremos, tendrá en todo caso su solución, no a través de la actividad del árbitro de equidad, sino del Tribunal Supremo cuando conozca del laudo de equidad por medio de la interposición del correspondiente recurso de nulidad.

(724) GIOCOLI NACCI, *L'iniziativa nel processo costituzionale* ..., op. cit., pp.340 y 341.

Aunque la LADP debía de haber incluido en su art. 29 la obligación del árbitro de equidad de fallar conforme a la Constitución -que es lo que pensamos ha llevado al legislador de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984 a incluir en tal precepto la obligación en dicho procedimiento de oír a las partes así como de que puedan presentar pruebas- el incorrecto entendimiento del juicio de equidad como juicio totalmente discrecional -entendemos- ha provocado la omisión del mandato (725).

Más, el que la LADP no obligue a cumplir la Constitución no tiene en definitiva importancia, ya que como no obliga a fallar en contra de la misma, deja las puertas abiertas para que el árbitro de equidad pueda dictar su laudo conforme a la Constitución.

El problema de la omisión de la LADP en torno a éste punto, y correlativamente de la reforma de 1984 de la LEC

(725) De parecer contrario al nuestro, son GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, La Constitución y el recurso de casación y revisión, en II Jornadas de Derecho Judicial, op. cit., p.217, y, VIDAL BLANCO, El recurso de casación civil en la ley 34/84 y algunos aspectos constitucionales, en II Jornadas de Derecho Judicial, op. cit., p.239, ya que partiendo ambos de que las partes acuden de conformidad al arbitraje de equidad, opinan, que deben aceptar pues, las consecuencias a que el arbitraje pueda dar lugar; en consecuencia, muestran su disconformidad con la integración dentro del art. 1733 de la LEC. de la posibilidad de impugnar el laudo arbitral de equidad cuando los árbitros no hayan concedido al recurrente la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas.

es la modificación que ésta última ha operado en algunos preceptos sin haber incluido la obligación de cumplir la Constitución.

- Si los preceptos mencionados no hubieran sido tocados por la reforma, podría considerarse que la cláusula derogatoria de la Constitución obliga a incluir dentro de ellos el cumplimiento de la Constitución, mas como han sido modificados en 1984 y siguen sin contemplar la sujeción a la misma, y en consecuencia sin incluir como motivo de impugnación del laudo arbitral la infracción de precepto constitucional, no cabe pues ya interpretar dicha norma como derogada por la cláusula derogatoria de la Constitución, sino la declaración de inconstitucionalidad de tal precepto, en cuanto que plantea una lista cerrada de motivos de impugnación, entre los cuáles no está previsto la vulneración de la Constitución.

Así, dictado en arbitraje de equidad un laudo que infrinja clara y manifiestamente la Constitución, aún cuando la parte del procedimiento arbitral no tiene en principio motivo al que acogerse de entre los previstos en el art. 1733 de la LEC, podrá insinuar -al mismo tiempo que interpone el recurso de nulidad- que es

inconstitucional el art. 1733 LEC al no prever la infracción de la Constitución como motivo que podrá basar la impugnación del laudo de equidad.

El Tribunal Supremo podrá en éste caso -como ya hizo en otra ocasión (726)- elevar la respectiva cuestión de inconstitucionalidad respecto de la imposibilidad que se deriva del art. 1733 LEC, de impugnar el laudo arbitral por infracción de precepto constitucional, a fin de que se declare inconstitucional el citado precepto, en cuanto que no permite la impugnación del laudo de equidad aunque vulnere la Constitución (727).

Cierramente, como el art. 1733 le impide al Tribunal Supremo conocer de la nulidad del laudo por el motivo indicado, habrá de declararse inconstitucional la no inclusión de ésta causa dentro del art. 1733 LEC para que pueda admitir el recurso.

(726) Vid STC 76/82 de 14 de diciembre, BOE 15-1-83, en la que la cuestión de inconstitucionalidad suscitada, arranca de la duda constitucional que la Sala Segunda del Tribunal Supremo plantea al Tribunal Constitucional respecto del art. 14 de la L.O 9/80, en cuanto si bien autoriza al Ministerio Fiscal -en cualquier caso- a recurrir las Sentencias dictadas en Primera Instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, en cambio no concede igual facultad a los condenados a penas de privación de libertad menores de tres años. Ante ello, la Sala Segunda para poder admitir el recurso, a condenados a penas de privación de libertad menores de tres años, no tenía otra alternativa que promover respecto de dicho precepto la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

(727) Vid en éste sentido ALCALA ZAMORA, en Perspectivas de la casación, op. cit., p.250, quien al plantearse el problema del contenido de los juicios de equidad, entiende que deben ser impugnables tales decisiones cuando "de manera abierta conculquen esa equidad en que deben asentarse, hasta desembocar inclusive en iniquidad".

PARTE QUINTA
LA SENTENCIA RESOLUTORIA DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIO-
NALIDAD.

CAPITULO XVIII: INCIDENCIA EN LA FUNCION JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I.- JUSTIFICACION METODOLOGICA.....	665
II.- ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LOS EFECTOS Y CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESTE TIPO DE PROCEDIMIENTOS.....	675
III.- JUSTIFICACION JURIDICO-POLITICA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL COMO APLICACION DE LA LEY AL CASO CONCRETO: LA FUNCION JURISDICCIONAL DESDE EL PRISMA DE LA DOCTRINA DE LA DIVISION DE PODERES. SU SIGNIFICACION EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO.....	682
IV.- LA FUNCION JURISDICCIONAL.....	697
1).- Función jurisdiccional y función legislativa.....	697
2).- Contenido absoluto y contenido mudable de la función jurisdiccional.....	703
V.- INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN LA FUNCION JURISDICCIONAL	724
1).- Quiebra del principio de separación de poderes: el sistema de "checks and balance".....	724
2).- El paso del Estado formal de Derecho al Estado Material de Derecho.....	730

CAPITULO XVIII: INCIDENCIA EN LA FUNCION JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

I.- JUSTIFICACION METODOLOGICA.

Antes de entrar a estudiar el acto esencial del Tribunal Constitucional, la sentencia, revelador de la esencia del mismo en cuanto que plasma uno de los enjuiciamientos principales para el que ha sido configurado, esto es, el control de la constitucionalidad, se impone en nuestra opinión la reflexión sobre ciertos puntos sin cuya comprensión no podrá llegarse nunca a entender el contenido y los efectos de la misma.

Como toda sentencia, la del Tribunal Constitucional en el procedimiento que estudiamos tiene un fin. Su contenido se dirige a la obtención del mismo; sin examinar cuál es el fin que pretende no podrán comprenderse los efectos de ésta.

La sentencia constitucional comporta una serie de peculiaridades que, sólo después de contar con los nuevos elementos configuradores de la realidad jurídico-política española, (inexistentes muchos de ellos hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978) podrán ser valorados

con la óptica oportuna, reduciendo con ello el riesgo, siempre actual, de encerrar el conocimiento que de cada disciplina jurídica deriva en un compartimento estanco, que produce resultados absurdos, y que podrían evitarse, realizando un esfuerzo por asumir las diversas perspectivas desde las cuáles puede afrontarse un fenómeno jurídico.

No exento de razón decía Ascarelli (728), que no será posible entender un instituto jurídico ni darse cuenta de la función efectivamente cumplida, si no se toma cuenta de la función que está destinado a cumplir.

Por ello nuestra insistencia a lo largo de éste trabajo en traer al Derecho Procesal Constitucional, cuestiones que, pertenecientes al Derecho Constitucional ó hasta a la Filosofía del Derecho, es imprescindible su conocimiento para aprehender la "ratio" de un Derecho que, al proveer a la tutela del Derecho Constitucional, tiene como característica principal el ser instrumental.

No podemos trasladar institutos procesales que han nacido para dar vida al derecho privado cuando las rela

(728) ASCARELLI, Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione, Saggi giuridici, Milano 1949, p.87.

ciones jurídicas que de éste derivan han sido desconocidas o perturbadas, ó simplemente se revelan inseguras, a una nueva rama del Derecho Procesal -la Constitucional- pretendiendo que su contenido y efectos sean idénticos a aquéllos de los que disfrutaban en el seno del proceso civil (729).

Mas, el que no se puedan trasladar mecánicamente no significa que no existan. En ésta nueva rama del proceso existen los principios que presiden la función jurisdiccional, aunque bajo unas nuevas formas: aquéllas que se adecúan a la idiosincrasia del objeto de la tutela.

Lo que ocurre es que como hasta ahora la mayoría de los estudios se han realizado sobre el Derecho Procesal Civil, ello ha producido una cierta distorsión, concibiéndose como características generales de un determinado instituto, aquéllas que no son sino especialidades del mismo en esa rama del proceso.

Si como ha puesto de manifiesto De la Oliva (729_b), la elaboración de la doctrina jurídica respecto del proceso contencioso-administrativo se encuentra aún en u

(729 Vid. GONZALEZ MONTES, F. Acción penal y perdón del ofendido en los denominados delitos cempúblicos, Rev.Fac.Dº.Un.Gr., nº2, 1983 pp. 86 y 87, donde el autor pone de relieve el mismo problema respecto del proceso penal.

(729_b) DE LA OLIVA, En torno al derecho a la tutela jurisdiccional, op. cit., p.125.

na situación "más indigente que la del proceso penal", ello revela que al ser campos todavía insuficientemente explorados, el proceso contencioso-administrativo como el penal, los principios y formas a los cuáles debe conformarse la tutela jurisdiccional del derecho público son temas que están todavía faltos de tratamiento y, que naturalmente obstaculizan la comprensión del Derecho Procesal Constitucional, como disciplina que se dirige también al estudio de la tutela jurisdiccional de un Derecho de ésta naturaleza: el Constitucional.

Así pues, para estudiar la naturaleza el contenido y los efectos de las sentencias en este tipo de procesos, antes de entrar directamente en la regulación positiva de las mismas, es oportuno tratar ciertas cuestiones que básicas. A saber:

En primer lugar, el contenido de la actividad jurisdiccional, valorando la incidencia en ella de la nueva Constitución Española así como del Tribunal Constitucional:

- Al ser la función jurisdiccional una función del Estado, dado, de una parte, que han cambiado tan profundamente los fines del mismo, y de otra, la inserción de

un órgano constitucional antes inexistente, el Tribunal Constitucional, es evidente que ello no puede por menos de repercutir en el contenido asignado a la función jurisdiccional (730).

De esta opinión es Rubio Llorente (731), para quién "La recepción de un concepto de Constitución, fundamentalmente distinto al imperante en Europa desde comienzos del siglo XIX, implica necesariamente, una transformación radical del ordenamiento que se judicializa; las sentencias del juez de la constitucionalidad, se convierten necesariamente en fuente del derecho; la ley, como fuente privilegiada, comparte este puesto con la decisión judicial, y el sistema basado en en la ley, se transforma en

(730) Vid. sobre este tema, GARCIA PELAYO, El status del Tribunal Constitucional, R.E.D.C.O. nº1 1981, pp. 11 a 34. En concreto, p.15, donde expone que, "Cada Estado históricamente concreto, tiene sus peculiares órganos constitucionales, de acuerdo con los principios valores y criterios organizativos que lo inspiran, cada estructura constitucional tiene unos órganos que le son propios necesarios e indefectibles, cuya desaparición afectaría a la sustancialidad, y con ello a la globalidad del sistema constitucional, ya que un sistema está integrado por unos componentes (que en la teoría del Estado suelen designarse como órganos), y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos, de tal manera que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales), produce un cambio en el sistema". Vid. en el mismo sentido, CARRETERO, El modelo del Poder Judicial en la Constitución, en El Poder Judicial, Vol.1. op. cit., pp.739 y 740, quién expone que "Al ser el poder Judicial una subestructura del total aparato del estado, sus características vienen determinadas por otra nota: tratarse de una organización que debe desempeñar una tarea acorde con los principios específicos que precisen cuales son las reglas de funcionamiento de éste conjunto orgánico para que pueda cumplir el cometido que le señala la Constitución."

(731) RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial ... op. cit., p.54.

case law".

En éste mismo sentido se pronuncia De Otto Pardo. "El esquema tradicional de Estado de Derecho -nos dice- el imperio de la ley, y la sumisión de los jueces a ella, ya no puede ser entendido al modo clásico. También el juez hace política, si por política entendemos la adopción de decisiones no programadas en todos sus extremos" (732).

Si como decía Gimeno Sendra (733), en la función jurisdiccional inciden de forma frontal las "convulsiones de la historia", no se puede obviar el estudio del contenido de la función jurisdiccional a la luz de la Constitución Española de 1978.

Partiendo -como expresa el citado profesor- de que "los elementos configuradores de la Jurisdicción han de ser tomados de la propia democracia", y en este sentido enumera como tales, "la soberanía popular, la división de poderes, la independencia, y sumisión del Juez a la Ley"

(732) DE OTTO FARDO, La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional, en El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., pp 1939 y ss., en concreto p.1944.

(733) GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit., pp. 27 y 28.

dado que uno de éstos elementos, la separación de poderes, "se plantea -afirma Schneider (734)- de una nueva manera con la existencia de una jurisdicción constitucional", es necesario analizar la repercusión que tiene esta última en la función jurisdiccional. Para ello, habremos de examinar la incidencia de los presupuestos políticos de la jurisdicción constitucional en la doctrina de la división de poderes, ya que siendo ésta la doctrina que hasta ahora daba la impronta a la función jurisdiccional, la modificación de la misma implica, forzosamente, la transformación ó modificación del contenido de dicha función.

Cabe advertir, no obstante, que si bien la jurisdicción constitucional transforma el entendimiento clásico del principio de la separación de poderes, desde el cuál se configuraba la función jurisdiccional, no solamente es el advenimiento de ésta lo que provoca el derrumbe de la misma.

Ya en el año 1959 advertía Carreras (735), que el esquema de la división de poderes estaba periclitado, adu

(734) SCHNEIDER, Jurisdicción constitucional y separación de poderes R.E.D.C.O, nº5 1982, p.35.
(735) CARRERAS LLANSANA, Las fronteras del Juez, en Estudios Fenech-Carreras, op. cit., p.106.

ciendo como única razón de su supervivencia, la coherencia de las soluciones adoptadas por aquélla.

Así las cosas, si de una parte no existe, (no ha existido nunca) el rígido principio de separación de poderes que proclamaba tal doctrina, y de otro, la entrada de la Constitución y del Tribunal Constitucional hacen devenir en la actualidad totalmente insatisfactorias las formulaciones que desde la misma se operaban de la función jurisdiccional, perdiéndose aquélla "coherencia" que -según Carreras- era la única razón para mantener su vigencia, es obvio que para poder aprehender que es "lo jurisdiccional" no se puede partir de las concepciones decimonónicas.

El estudio que proponemos ya lo justificó Carnelutti (736), cuando a propósito de su análisis sobre la evolución de las relaciones entre legislación y jurisdicción, decía que "el prejuicio de la soberanía del poder legislativo, había causado un gran perjuicio, al provocar verdaderas dificultades para comprender, cómo el juez puede verificar si una ley goza de todos los requisitos de los cuáles depende su eficacia".

(736) CARNELUTTI, Derecho y Proceso, op. cit., p.26.

En segundo lugar, será objeto de nuestro estudio el fin al que sirve el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional en este tipo de procesos, ya que una vez expuesto el fin de la actividad jurisdiccional, conviene la comparación con el fin de dichas sentencias, al objeto de poder apreciar las similitudes o divergencias que haya entre éstas y las que hasta ahora se emitían en el ejercicio de la función jurisdiccional.

- Si para cumplir el mismo fin los instrumentos a utilizar tienen que tener en ocasiones efectos diferentes, ello no obsta a que se pueda apreciar el fin armónico de los mismos, y en consecuencia su adscripción a una determinada función dentro de la tríada clásica, jurisdiccional, ejecutiva, o legislativa.

Como decía Capelletti (737), la instrumentalidad del Derecho Procesal y de la técnica del proceso impone consecuencias importantes, ya que "al igual que todo instrumento, también ese derecho y esa técnica, deben en verdad, adecuarse, conformarse lo más estrechamente posible a la naturaleza particular de su objeto y de su

(737) CAPELLETTI, Ideologías en Derecho Procesal, en Proceso Ideología y Sociedad, Buenos Aires 1974, pp.5 y 6. Vid. en este mismo sentido la STC 3/83 de 25 de enero BOE 17-2-83 f.j.3.

fin, o sea, a la naturaleza particular del derecho sustancial, y a la finalidad de tutelar los institutos de ese derecho" ya que, "un sistema procesal será tanto más perfecto y eficaz, cuanto más sea capaz de adaptarse sin discrepancias, a esa naturaleza, a esa finalidad", que en éste caso sería, la actuación de la voluntad constitucional.

II.- ALGUNAS NOCIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LOS EFECTOS Y CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESTE TIPO DE PROCEDIMIENTOS.

Las discusiones en torno al concepto de función jurisdiccional y su contenido específico se han visto siempre presididas por dos factores importantes.

En primer lugar, la necesidad de determinar si la función jurisdiccional consiste sólo en la aplicación de la ley al caso concreto, ó, por el contrario, si coexiste en dicha labor una actividad de creación del mismo.

En segundo, la conveniencia de delimitar la forma y el contenido bajo los que la función jurisdiccional aplica el derecho objetivo, a fin de poder distinguir entre la actividad ejecutiva, que como es sabido también lo actúa, y la actividad jurisdiccional.

Como puede observarse, de su distinción respecto de las otras dos funciones del Estado: la legislativa y la ejecutiva.

Centrada así la problemática de la función jurisdiccional, queremos advertir que no está en nuestro ánimo entrar aquí y ahora al desarrollo en profundidad y sub-

siguiente crítica de todas las teorías que sobre la función jurisdiccional se han ido elaborando.

La inidoneidad de nuestra Tesis Doctoral para realizar dentro de ella el referido examen -en cuanto que sólo a partir de una visión global del fenómeno jurídico a través de la Historia autorizaría a ello- provoca que restrinjamos el objeto de nuestro estudio, y solamente reflexionemos sobre los puntos que a nuestra investigación afectan.

Como el Tribunal Constitucional ha sido calificado como legislador negativo, y hasta como suplantador de la soberanía popular (738), es imprescindible analizar cuál es el contenido de la función jurisdiccional, a fin de comprobar si la actividad que desarrolla dicho Tribunal debe calificarse como jurisdiccional, ó al menos, si el procedimiento que es objeto en particular de nuestro estudio puede merecer dicho calificativo.

Porque si llegásemos a la conclusión -como lo haremos- de que los Jueces y Tribunales en su tarea de apli

(738) Vid. notas nº 45, 46, 47, 48.

car el derecho crean normas concretas e individuales, tendremos que concluir en que no porque el Tribunal Constitucional cree derecho su actividad no tiene carácter jurisdiccional, ya que, efectivamente, el Poder Judicial también lo crea, y no por ello ha dejado de calificarse de esta forma la actividad que realiza.

La diferencia entre el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Poder legislativo, no está en que alguno de éstos no tenga participación alguna en la producción del derecho, que todos la tienen, sino en el grado y las circunstancias en que tienen atribuida dicha facultad (739).

Verdaderamente, resulta absurdo condenar al Tribunal Constitucional en base a su capacidad legislativa, cuando ni aún en los primeros momentos de vigencia del principio

(739) En este sentido, CAPELLETTI, El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano, op. cit., pp. 11 y 12, partiendo del carácter político de la actividad judicial, en la que integra a la justicia constitucional, advierte, que "al haber perdido toda la credibilidad, las anticuadas teorías que defendían la naturaleza mecánica, pasiva, cognoscitiva y no creativa, de la actividad judicial" -afirma- "que hoy el problema queda reducido, a una mera graduación cuantitativa del grado de creatividad". En el mismo sentido vid, De OTTO PARDO, La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional, op. cit., pp. 1939 y ss. En concreto p.1942, donde afirma que, "La ausencia de una predeterminación del acto, (se refiere al acto de aplicación de la norma), en todos sus extremos, no es sólo una característica de la jurisdicción constitucional, sino de cualquier jurisdicción posible, y las diferencias entre ellas, no son cualitativas sino cuantitativas únicamente".

de división de poderes (que fueron los de mayor algidez), éste consiguió traducirse a la práctica jurídica (740).

Mas, esto es avanzar lo que serán nuestras conclusiones y como tales las expondremos a su debido tiempo. Desarrollarlas ahora no haria sino hacerlas perder credibilidad, creyéndolas tan sólo juicios de valor cuando son apreciaciones que se pueden constatar empíricamente.

Se ha dicho que cuando el Tribunal Constitucional anula un precepto (741), como ello, obviamente, produce un vacío normativo, su actuación no es unicamente la de un legislador negativo sino tambien positivo, en cuanto que esa anulación le dará entrada a otra norma que regulará la relación jurídica en la que con anterioridad a la sentencia del Tribunal Constitucional incidia la norma cuya inconstitucionalidad se ha declarado.

Si a estas sentencias en las que claramente se puede apreciar el Tribunal Constitucional crea derecho, se añe

(740) BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones políticas, Madrid 1981, Trad. Falcón Tello, pp.197 a 200.

(741) LOPEZ GUERRA, El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis, en El Tribunal Constitucional, Vol.II. op. cit., p.1438.

den aquéllas otras mediante las cuáles el Tribunal se convierte en supremo intérprete, no ya de la Constitución, atribución que le confiere su propia Ley Orgánica, sino de la legalidad ordinaria, puede apreciarse que la problemática de las sentencias que se dictan en este tipo de procesos es realmente compleja (742).

De otra parte, en cuanto que las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad no producen efecto de cosa juzgada material, las divergencias, al menos formales, entre las sentencias del Tribunal Constitucional y las de la jurisdicción ordinaria, parecen agudizarse cada vez más.

Así los efectos de dichas sentencias en los procedimientos para la declaración de inconstitucionalidad de las normas, puede colegirse que la gravedad del choque de éstas con aquéllas en las que tradicionalmente se entiende que sólo aplican la ley al caso concreto, podría

(742) Como ha puesto de manifiesto en España, RUBIO LLORENTE, Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial op. cit., p.52, "El problema se plantea sobre todo, cuando la decisión no se reduce, a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un precepto, de un enunciado legal, sino la de una o varias interpretaciones distintas del mismo, pues es entonces, cuando la doctrina de Tribunal, (que como emanada del intérprete supremo de la Constitución, no es cuestionable en la medida que se limita a precisar el sentido de los preceptos constitucionales), se incorpora al fallo, sea cuál fuere la forma que éste adopte, y se convierte en vinculante para los propios tribunales ordinarios, cuya libertad de interpretación desaparece".

inducirnos a pensar que no estamos antes verdaderas y auténticas sentencias.

Mantener que la función que realiza el Tribunal Constitucional en este procedimiento es jurisdiccional, sin revisar qué es lo jurisdiccional es intrínsecamente imposible.

Si los conceptos deben servir para aprehender la realidad y no para obscurecerla, y si el que llamemos a una actividad jurisdiccional debe servir para proporcionarnos a priori una serie de datos sobre dicha actividad, es evidente que hay que definir cuál es el contenido y el fin de la actividad jurisdiccional.

Aunque según Zagrebelsky (743), es absurdo entrar a discutir sobre la naturaleza jurisdiccional ó legislativa del Tribunal Constitucional, ya que "es jurisdiccional lo que el Estado considera que lo es", ésta aseveración nos parece que evade un gran problema. Mediante ella se obvia el tratamiento de los límites que con arreglo a su naturaleza tiene un determinado órgano en su actividad, y el

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

modo mediante el cuál debe llevar a cabo su actuación.

La forma, como bien sabemos los procesalistas, moldea muchas veces el fondo, por tanto, debemos esforzarnos en establecer los límites de la actuación del Tribunal Constitucional, lo que si bien, en palabras de Hans Peter Schneider (744), es como intentar trazar la cuadratura del círculo, "Desistir de este intento, sin embargo, equivaldría prácticamente a una capitulación ante los hechos y le prestaría al Tribunal un flaco servicio", ya que -añade- "su autoridad fáctica proviene precisamente, y no en última instancia, de la observancia de tales límites".

(744) SCHNEIDER H.P., Jurisdicción constitucional y separación de poderes, op. cit., p.38.

III.- JUSTIFICACION JURIDICO-POLITICA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL COMO APLICACION DE LA LEY AL CASO CONCRETO: LA FUNCION JURISDICCIONAL DESDE EL PRISMA DE LA DOCTRINA DE LA DIVISION DE PODERES. SU SIGNIFICACION EN EL MARCO DE LAS FUNCIONES DEL ESTADO.

Lejos de nuestro ánimo el hacer un incursus histórico y crítico sobre la doctrina de la separación de poderes, y su diferente y evolutiva cristalización desde que nació en el pensamiento filosófico-político del siglo XVIII hasta nuestros días, es sin embargo paso obligado para llegar a demostrar el carácter jurisdiccional del procedimiento que estudiamos, y por ende del Tribunal Constitucional, dejar aclaradas diversas cuestiones que explicaran, cómo funcionalmente el Tribunal Constitucional lleva a cabo una actividad, que -recalcamos- es la única posible para actuar la voluntad de la norma constitucional, en cuanto Norma Suprema vinculante para el resto de las fuentes del Ordenamiento jurídico.

Las peculiaridades del proceso constitucional no responden sino al intento de adecuar la tutela que por medio de él se dispensa, al objeto que en este caso se tiene que tutelar, y que es, el rango jerárquico dentro del Ordenamiento jurídico de la Constitución.

Así como se ha dicho por los administrativistas que la Administración Pública y el Derecho Administrativo tienen como presupuesto jurídico el Estado de Derecho, y como presupuesto político el principio de la separación de poderes, no pudiendo abordarse el estudio de ambos sin entender la significación que en ellos tienen las cuestiones aludidas, de igual forma, el Tribunal Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, necesitan para ser entendidos del estudio de los que son sus presupuestos inmediatos. A saber, el principio de rigidez constitucional y la salvaguarda de los derechos fundamentales.

En consecuencia, dado que el concepto clásico de función jurisdiccional se ha elaborado a partir de la doctrina política de la división de poderes (745), y que el principio de rigidez constitucional supone la corrección de la rigidez de aquél, es obvio que para saber en la actualidad cuál es el contenido de ésta, habremos de investigar la incidencia en la misma de la doctrina de la división de poderes, a fin precisamente de establecer los excesos u omisiones con que ésta definió a la función ju

(745) PEDRAZ PERALVA, La jurisdicción en la teoría de la división de poderes, R.D.P. 1976. pp.905 y ss.

risdiccional, y poder determinar, en consecuencia, el contenido que actualmente cabe predicar de la misma.

A partir de la teoría del contrato social formulada por Rousseau, la tesis de la soberanía popular junto a la doctrina de la división de poderes, perfectamente expresada por Montesquieu en "El Espíritu de las Leyes", determinan, como es sabido, la supremacía del poder legislativo respecto del poder judicial y del poder ejecutivo.

Si "ejercer el Poder, es ser dueño de la máquina de hacer derecho, es decir del instrumento más eficaz para actuar sobre la sociedad" (746), haciendo del poder judicial un poder que no pueda crear derecho, se habrá creado un poder nulo, decía Montesquieu.

Dividido el ejercicio del poder por razones de oportunidad y conveniencia (747), a fin de que -como pensaba Montesquieu- el Poder frene al Poder ("es una eterna expe

(746) BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, op. cit., p.25.

(747) Así lo entiende BURDEAU, en Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, op. cit., p.196.

riencia que todo hombre que tiene poder propende al abuso, pues no se detiene sino cuando encuentra límites (748)"), en las tres funciones del Estado -legislativa, ejecutiva y judicial- es indudable que la función que marcará el contenido de las restantes es la legislativa.

Si tanto el poder ejecutivo como el poder judicial deben realizar sus cometidos específicos bajo el imperio de la ley, y la ley corresponde elaborarla al poder legislativo, la supremacía de éste respecto de los anteriores es obvia.

Si la soberanía reside en el pueblo -como afirman todas las doctrinas políticas modernas- éste es el sujeto que deberá decidir los principios que deberán regir su vida jurídico-política. En consecuencia con éste planteamiento, coherente resulta que sea su órgano representativo -el poder legislativo- el único titular de esa capacidad de crear el derecho (749).

Como puede apreciarse, la teoría de la división de

(748) MONTESQUIEU, L'Esprit des Lois, textos de la Colección contenida en FLEINER, Derecho Administrativo, Trad. Alvarez Bendin., Madrid 1933, p.9. nota 4.

(749) En éste sentido, BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, op. cit., p.160 expone que, "democracia y soberanía del pueblo son en efecto, las dos caras de una misma moneda".

poderes así entendida, pretende dotar a los ciudadanos de un instrumento de seguridad. A saber, el de que las normas a las cuáles deberán someterse en sus relaciones políticas, económicas y sociales, tienen origen y fundamento en la soberanía nacional, siendo corolario del mismo la no ingerencia de cada uno de los tres poderes en la actividad de cada uno de los restantes (750).

Bosquejado así el principio de separación de poderes, de su estricto entendimiento deriva el dogma decimonónico de la plenitud del Ordenamiento jurídico: existiendo siempre una previa voluntad legislativa, el Juez se debe limitar a aplicar la voluntad abstracta de la ley al caso concreto.

Ahora bien, aunque así debía ser según el esquema teórico trazado, éste rígido principio de separación de poderes nunca fué llevado en dichos términos a la práctica.

Efectivamente, respecto del poder ejecutivo como ar

(750) Es por ello que afirma PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Político, op. cit., p.369, que Montesquieu ha sido reputado "como padre del nuevo Estado de Derecho, del criterio liberal y del sistema constitucionalista".

gumenta Burdeau (751), es inimaginable un poder ejecutivo que no legisle, ya que para gobernar hay que poder legislar.

Como es constatable, la Administración lleva a cabo labores ejecutivas, legislativas y enjuiciadoras (752), lo cual demuestra el carácter residual que tiene la misma. No se puede decir que el poder ejecutivo se limite a ejecutar la ley en función del interés público a no ser añadiendo que, para realizar ésta función realiza también otras que, en cierto modo, pertenecen a los otros dos poderes. Por ello se ha dicho que la Administración tiene potestad reglamentaria, potestad correctiva, y jurisdicción disciplinaria.

En cuanto al poder judicial, y sin perjuicio de desarrollar este tema en el epígrafe posterior, debemos decir que también tiene un papel importante en la creación del derecho.

Mas, así como en la época actual no existe polémica alguna y es de común consenso que la Administración reali

(751) BURDEAU, Derecho constitucional e Instituciones Politicas, op. cit. pp. 197 a 199.

(752) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, Vol.I., Madrid 1980, p. 39.

za las actividades aludidas, no existe una opinión unánime respecto a las funciones que desarrolla el poder judicial. Y ello, de entrada, por una razón lógica.

Si bien es cierto que la Administración legisla, esta producción del derecho se ve sometida a dos límites, uno, el del poder legislativo que fija sus márgenes de actuación, y otro, el del poder judicial que tiene capacidad para revisar la potestad reglamentaria de la Administración pública (art. 106 CE).

En cambio, si el poder judicial puede entrar a crear el derecho, siendo el juicio jurisdiccional en la mayoría de las ocasiones un "juicio irrevocable" (753), al legislador se le escapa el decidir lo que sea derecho, y es más, habida cuenta que, como expone Garrido Falla (754), (al objeto de explicar por qué la Administración tiene la diversidad de funciones antedichas), al monarca absoluto le son arrancadas las funciones legislativa y jurisdiccional, restando en sus manos -que ahora serán las del poder ejecutivo- todas aquéllas que no le han sido sus

(753) Vid. en España, SERRA, Jurisdicción, en Estudios de Derecho Procesal, op. cit., p.50, y, El Juicio Jurisdiccional en Estudios op. cit. pp. 91 y 113. En Italia, ALLORIO, Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria, en Problemas de Derecho Procesal, Vol.II. Trad. Sentis Melendo, Buenos Aires 1963, pp.27 y ss.

(754) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, Vol.I. op. cit., p.39.

traídas, no resulta coherente recabar la función legislativa al rey absoluto para entregarla a otro sujeto que, al igual que aquél, carece de legitimación democrática y que sería el Juez.

Es por ello que, como dice Bachof (755), "existía pues una gran preocupación, no ya por asegurar al juez frente a su anterior sujeción al soberano, sino también por vincularle como un esclavo a la letra de la ley, sólo en la cuál se veía la garantía contra el arbitrio de la autoridad".

Al Juez, en la formulación teórica de Montesquieu, se le niega cualquier margen de capacidad creadora del derecho, lo que como -explica Serra (756)- "no es para proteger al juez frente a los abusos de los restantes poderes y consagrar el principio de independencia judicial, sino mas bien para confinar al juez al humilde papel de servidor de la ley, para reducirlo a la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley", en definitiva, para tratarlo como un poder nulo, neutro.

(755) BACHOF, Jueces y Constitución, Trad. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 1963, pp.39 Y 40.
(756) SERRA DOMINGUEZ, EL Juicio Jurisdiccional, op. cit., p.64.

Nota determinante del contenido con que se dota a la actividad jurisdiccional, es el momento histórico en que surge la doctrina de la división de poderes presidido por la confianza en el legislador y el recelo hacia los jueces.

En efecto, como nos recuerda Carretero (757), "el estamento judicial había jugado en el Antiguo Régimen un papel político tan ultraconservador que, La Revolución Francesa los combatió y los redujo, sustrayéndoles la potestad de interpretar las leyes, y configurándolos como un Poder Popular. Para ello, la Asamblea Parlamentaria se atribuyó la interpretación legal (Referé legislatif), y estableció un sistema democrático de elección de jueces, ya que si el Poder emanaba del Pueblo, éste debía elegirlos, y en un principio no existieron Jueces profesionales sino Tribunales populares".

Reduciendo al juez a una labor automática, siendo el juez la boca que pronunciase las palabras de la ley, el derecho tendría como fundamento el ser la expresión de la voluntad general.

(757) CARRETERO, El modelo del Poder Judicial en la Constitución en El Poder Judicial, op. cit., pp.723 y ss. en concreto p.744.

Plasmación de esta configuración del derecho es el fenómeno codificador del siglo XIX.

Como es sabido, la codificación no significa solamente el hecho de la recopilación sistemática de las leyes escritas, sino el resultado de la ideología imperante en el siglo XVIII, en el cuál, con el triunfo de la Revolución Francesa y recayendo ya la soberanía en la nación (758), éste sujeto será el único legitimado para producir el Derecho por medio de su órgano representativo, que será al que unicamente esté atribuida la potestad legislativa.

Con arreglo al esquema teórico expuesto, parece que el derecho debe tener como garantía la de que las normas que regulen el tráfico jurídico de una sociedad provengan del poder legislativo, no permitiéndose, en consecuencia, su alteración o integración en el proceso mediante el cuál proyectándose sobre el caso concreto se individualizan.

Si el poder judicial participa en la creación de la

(758) Con respecto a si la soberanía pertenece a la nación o al individuo, vid, BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones Politicas, op. cit. pp. 161 a 163.

norma, fuente generadora de la misma pasarían a ser también los sujetos integrados en aquél, lo que restaría legitimidad a la sentencia, en cuanto provendría -la norma que en ella se ha aplicado- de la voluntad del sujeto que realiza el juicio, y no del órgano en quien la Nación en uso de su soberanía ha atribuido la potestad de elaborar las leyes.

Mas, al igual que el poder ejecutivo necesita para gobernar poder legislar, como repetidas veces se ha puesto de relieve, nunca el legislador podría prever toda la infinidad de matices que confluyen en una específica relación jurídica, y que por tanto impiden la automática subsunción de la misma bajo una norma jurídica de carácter general y abstracto.

Aparte de la consideración subjetiva del juzgador, lo que implica de antemano la posibilidad que la aplicación de la ley al caso concreto se vea influenciada por los condicionantes socio-políticos de la persona que lleva a cabo la actividad de enjuiciar, hay que tener en cuenta, y así se reconoce con carácter general por la hermenéutica moderna, que la aplicación del derecho no es una simple labor subsuntiva.

La premisa mayor que se aplicará a la premisa menor

-supuesto de hecho concreto- "es en realidad -como ha manifestado Lipari- la proposición normativa que resulta de la interpretación realizada por el juez del enunciado legislativo: es, en suma, el resultado de la elección que el juez lleva a cabo, de entre todos los posibles significados, que en el marco de un contexto histórico social determinado, puede asumir un cierto enunciado legal (796).

Es inviable llevar al derecho a la "praxis" sin que quede impregnado por la propia subjetividad del que opera con el instrumento. Como después demostraremos, el Juez, al declarar el efecto jurídico que se produce en cada caso concreto, crea derecho, y ello, independientemente de que así se establezca ó se prohíba por el Ordenamiento jurídico.

Aunque puede parecer un atentado a la democracia la existencia de creación del derecho por parte del poder judicial, ya que éste tiene un origen profesional y no representativo, ello proviene, como aclara Capelletti, de la identificación, a su juicio equivocada, entre democracia y representatividad popular. "La legitimación

(759) LIPARI, Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1980, p.102.

ó "investidura democrática" del juez, no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos en sentido estricto, del hecho de que represente a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. La legitimación democrática del Juez, deriva del respeto a esas características y garantías de la justicia natural, a que antes me he referido, y que constituyen al mismo tiempo el límite y la fuerza de la función judicial" (760).

En realidad, es lo mismo que dice Gimeno Sendra (761), bajo el título tan expresivo de "La legitimación de la actividad judicial, a través de la sumisión del Juez a la Ley y de su independencia". La legitimación estaría en que los Jueces y Magistrados realicen la actividad que la sociedad espera de ellos.

No puede asustar esta afirmación que, efectivamente es demoleadora del rígido principio de división de poderes, porque éste -como afirma Burdeau (762)- no se concibió como un dogma sino como una receta técnica para propiciar el correcto ejercicio del Poder. Por ello, el que rigidamente no pueda llevarse a la práctica, no debe

(760) CAPELLETTI, El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano, op. cit., p.13.

(761) GIMENO SENDRA, Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit., p.40.

hacer suponer que en una determinada sociedad política no existen las garantías adecuadas para controlar el legítimo ejercicio del mismo.

Como vemos pues, del dogma de la separación de poderes no queda sino un residuo puramente formal.

En cuanto que la concepción respecto de sus presupuestos es insostenible en la actualidad, ya que su instrumento, la norma jurídica, es, de una parte, un instrumento inidóneo para ser manejado de forma mecánica, cualidad que provoca el que la función legislativa no pueda llevarse únicamente a cabo por el poder legislativo, y en cuanto, de otra parte, el actual crecimiento del poder de los partidos políticos dentro de las Cámaras legislativas, puede llegar a falsear de manera inequívoca el resultado del sistema parlamentario como garante de la soberanía popular; afirmar la defensa del principio de la separación de poderes, para cercenar las funciones que en una sociedad de este siglo es necesario que realice el

(762) BURDEAU, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, op. cit., pp. 196 y 197. Además y basándose en ello, afirma Burdeau que es más correcto hablar de separación de funciones que de división de poderes, ya que la expresión "separación", deja entrever cierta comunicabilidad entre los mismos, y conlleva el que no se pueda entender, que cada detentador de dicha parcela de poder, es el depositario de la soberanía popular, por lo que respecta al ejercicio del mismo, lo que provoca en el caso de que uno de ellos ejerza actividades propias del otro, que el ciudadano considere que se produce una usurpación de funciones, que desde luego lleva a la desconfianza en la organización del Estado.

poder judicial, no tiene el menor sentido.

Como expone Sanchez Agesta (763), "Los poderes de control es ingenuo decir que los ejerce el Parlamento. En realidad los ejercen, sino exclusivamente, casi con una preponderancia abrumadora, los miembros de las Cortes que pertenecen al partido o partidos, que se llaman corrientemente de oposición. Todo el juego de los poderes de control, está ejercido de hecho por esta oposición, para cuya comprensión, es preciso elevarse a otro carácter, que la Constitución acepta y subraya al definir los partidos políticos. Los partidos políticos dice el art.6., expresan el pluralismo político. Es ese pluralismo político constitucionalmente encauzado, el que constituye una nueva fórmula de división del poder, entre la mayoría que respalda al gobierno, en el ejercicio de su función de gobernar, y una oposición en el Parlamento, que ejerce la función de control, limitando, verificando y participando, en la función de gobernar".

Pasemos a continuación al estudio de la inidoneidad de la norma jurídica para ser actuada de forma mecánica en el proceso.

(763) SANCHEZ AGESTA, Sistema político de la Constitución Española de 1978, Madrid 1980, p.18.

IV.- LA FUNCION JURISDICCIONAL.

1).- FUNCION JURISDICCIONAL Y FUNCION LEGISLATIVA.

Al ser el concepto de jurisdicción -junto a los de acción y proceso- uno de los conceptos esenciales del Derecho Procesal, pocos procesalistas hay que no hayan tratado de este ya sea directa o indirectamente.

La complejidad del fenómeno jurisdiccional justifica suficientemente la ingente bibliografía sobre la cuestión (764), ya que a las divergencias existentes en torno al entendimiento de la misma, hay además que agregar los diferentes puntos de vista que pueden adoptarse para su estudio.

Tratar pues de la jurisdicción se convierte en un tema espinoso, para el que se requiere, en primer lugar, determinar la perspectiva desde la cuál se va a realizar el estudio.

Siendo la causa que en ésta ocasión nos aboca al mis

(764) Vid. por todos las síntesis que ofrece en España BERRA, Jurisdicción, en Estudios de Derechos Procesal, op. cit., pp. 23 y ss., y en Italia SATTI, Giurisdizione, Voz en Enciclopedia del diritto, T.XIX, 1970, pp.220 y ss.

mo, la necesidad de determinar si tienen o no carácter jurisdiccional las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas con causa en un cuestión de inconstitucionalidad, aunque podría parecer -puesto que como hemos dicho mediante ellas se crea derecho- que analizando el contenido de la función jurisdiccional en contraste con la función legislativa, podríamos llegar a un resultado válido, ello, por la causa que expondremos a continuación, sería totalmente incorrecto.

Deslindar jurisdicción de legislación sin tratar antes de otras cuestiones, supondría partir de un dato apriorístico, esto es, unas determinadas actividades como integradas dentro de la jurisdiccional, y otras dentro de la legislativa. De esta forma estableceríamos las diferencias entre las mismas partiendo de las características que hubiéramos fijado como propiamente peculiares de una y otra función. Así el método escogido, el resultado vendría naturalmente condicionado por la selección de actividades que hubiéramos considerado "a priori", como propiamente jurisdiccionales y como propiamente legislativas.

Para precisar las peculiaridades de la función jurisdiccional en contraste con la función legislativa, es

previo saber qué actos jurídicos integramos dentro de cada una de ellas. Y naturalmente en este proceso de selección es en donde está la enjundia de la cuestión, ya que suele ser común el partir de ciertos axiomas como inatacables.

Así, se dice que el resultado de la jurisdicción es la aplicación de la ley al caso concreto, es decir, una resolución con efectos "inter partes". La ley, en cambio, es una declaración de voluntad con carácter general y abstracto. En estas definiciones ambas actividades quedan enfrentadas, mas porque no se toman en cuenta otras actividades. Ciertamente, en ocasiones las resoluciones de los órganos jurisdiccionales tienen efectos no sólo "inter partes" sino "también erga omnes". Por otra parte, también hay actividades legislativas que al tener un único sujeto destinatario no se puede decir que tengan carácter general.

Si los actos normativos provenientes del legislativo no tienen a veces carácter general, y los judiciales tienen en cambio a veces ése carácter, p. e. la declaración de ilegalidad de un reglamento, ó la declaración de nulidad de un matrimonio; si existen bastantes instituciones dentro del derecho que reconocidamente tienen origen jurisprudencial, (la institución de la litis expensas, la

sociedad de responsabilidad limitada, etc...) lo cierto es que a veces las resoluciones que provienen de los órganos del poder judicial crean derecho, y que no solamente lo crean para el caso concreto sino con carácter general.

Así las cosas, ¿debemos llegar al concepto de lo jurisdiccional a través de calificar como tales todas las actividades que realizan los órganos jurisdiccionales?, si ello no es así, ¿qué actividades de entre las que realizan los órganos jurisdiccionales deberemos tomar en cuenta para llegar al concepto de actividad jurisdiccional?. Por otra parte, ¿solamente las que realizan los órganos judiciales son jurisdiccionales?, ¿qué es lo que cualifica a una actividad como jurisdiccional, el sujeto que la realiza ó las específicas notas características de la actividad realizada?.

Iguales interrogantes nos asaltan respecto de la actividad legislativa. ¿Es actividad legislativa toda la que proviene del poder legislativo?, ¿solamente el poder legislativo tiene capacidad legislativa?.

La función jurisdiccional, de albergar en su primera época solamente la protección de las relaciones jurídicas entre los particulares, ha tenido que acoger la salva-

guarda de determinadas relaciones entre éstos y los poderes públicos. Mas, dado que la actividad jurisdiccional nació cuando el aparato del Estado, incluso el Estado mismo, no había aún surgido, no se puede partir de la actividad que se realizó en un determinado momento histórico mediante la función jurisdiccional, para negar dicho carácter a otras formas de aparición de la tutela.

No es un dato explicativo del contenido de la función jurisdiccional el contenido que ésta haya tenido durante unos determinados periodos históricos, incluso el primigenio con que naciese, ya que aunque hasta el siglo XIX la jurisdicción casi unicamente se proyectaba sobre los particulares, a partir del momento en que el aparato estatal empieza a desarrollarse ocupando el derecho público el puesto preponderante que antes tenía dentro del Ordenamiento jurídico el derecho privado, el fenómeno jurisdiccional evoluciona en el mismo sentido, y consecuentemente aparecen nuevas formas de tutela. A saber, la tutela de los "administrados" respecto de la Administración pública, la tutela de los justiciables respecto del poder judicial, y la tutela de los ciudadanos, como "poder constituyente" respecto del poder legislativo.

A medida que las anomalías jurídicas pueden ser más sutiles, más complejas, la función jurisdiccional se con-

vierte en una actividad multiforme al objeto de responder adecuadamente a las variadas formas de tutela que exige la convivencia social y democrática.

2).- CONTENIDO ABSOLUTO Y CONTENIDO MUDABLE DE LA
FUNCION JURISDICCIONAL.

Para la mayor parte de la doctrina procesalista el concepto de jurisdicción es un concepto relativo (765). Dejando el análisis de esa perspectiva que será tratada posteriormente, nos interesa ahora abordar el estudio de la jurisdicción desde otros parámetros.

Es indudable que si observamos la función jurisdiccional en un determinado momento histórico, sobre su concepto y contenido operarán, naturalmente, las características del Estado en que se inserte dicha función. Al ser ésta una de las funciones de aquél, el fin del Estado predetermina y cualifica el contenido de la misma.

Así lo reconoce Fenech (766), cuando insiste en que para abordar cualquier investigación procesal, dado que

(765) En esta línea de pensamiento está por ejemplo FENECH, Notas previas al estudio del Derecho Procesal, en Estudios Fenech-Carreras, op. cit., p.44; y la mayoría de la doctrina procesalista. Vid. en contra SERRA DOMINGUEZ, El juicio jurisdiccional, op. cit., p.22, quien entiende que "el concepto de jurisdicción es único y no admite relatividad".

(766) FENECH, Notas previas al estudio del Derecho Procesal, op. cit., p.35. Los otros dos puntos que considera también como determinantes, son "la carencia de conceptos de valor universal madurados por los siglos", y "la supervivencia de las normas procesales dictadas bajo el imperio de cierta concepción estatal que perduran después del cambio de ésta, provocando el divorcio entre la concepción política del Estado y sus funciones y la regulación legal del proceso". Vid. también, RODRIGUEZ VARGARCEL, Posición del Juez según algunas concepciones de la soberanía y a tenor de determinadas escuelas del derecho, R.D.F. 1952. pp 19 y ss.

el derecho procesal es una rama del derecho público, es necesario tener en cuenta entre otras circunstancias, la que viene expresada por "la relatividad de los conceptos en función del Estado en un momento dado y en un país concreto".

Por otra parte, si el análisis respecto de la función jurisdiccional se realiza sobre determinados aspectos del fenómeno jurisdiccional, la conclusión podrá ser en cambio distinta.

Hay una parte del contenido de la actividad jurisdiccional que no es mudable y otra que si lo es. Lo que interesa a nuestro estudio es deslindar netamente ambas parcelas.

El contenido no mudable de la función jurisdiccional proviene de las cualidades del instrumento con que opera la misma: la norma jurídica. A éste, hay que agregar los fines del Estado en que se va desarrollar dicha función jurisdiccional. El contenido total de la función jurisdiccional es una suma de ambos. Ahora bien, es una suma en la que siempre hay un factor fijo, el que viene dado por la problemática que trae conexas la aplicación de la norma jurídica.

Acogiendo esta distinción el estudio de la función jurisdiccional se vería bastante facilitado. Determinadas cuestiones serían siempre "constantes", así como las demás serían "variables" ya que estarían en función de los fines del Estado.

Y es que, independientemente de lo que prescriba el Ordenamiento jurídico a éste respecto, toda labor de aplicación de normas jurídicas conlleva una actividad de creación de las mismas, y ello, por imperativo de la propia norma (767).

Será pues contenido mudable el grado de creación, pero no la existencia o inexistencia de ésta.

Una cosa es lo que se ha predicado en cada momento histórico que debiera ser la jurisdicción, y otra, lo que efectivamente era (768). La función jurisdiccional tiene

(767) Vid. PUIG BRUTAU, La jurisprudencia como fuente del derecho, Interpretación creadora y arbitrio judicial, Barcelona 1951, quien ofrece una síntesis de las principales teorías sobre la función creadora del Juez.

(768) Similar sentido poseen las palabras de LALAGUNA, Jurisprudencia y fuentes del Derecho, Pamplona 1969, pp. 26 y 27, cuando afirma que "Parece claro que el valor de la jurisprudencia no depende únicamente de los postulados del Derecho positivo y que cifrar el valor de la jurisprudencia en su posible consideración como fuente del Derecho es alejarse del centro de la cuestión. El tema de las relaciones entre jurisprudencia y fuentes del Derecho no puede por ello ser afrontado correctamente si para su estudio sólo se tienen en cuenta las premisas que proporciona el Derecho escrito; incluso cabe sostener que estas premisas no son las más relevantes para su estudio".

un contenido que le es intrínseco, y que -como hemos manifestado- proviene de tener que aplicar normas jurídicas, reglas que al serlo de carácter general y abstracto dada su intención de permanencia en el tiempo, conllevan una específica dinámica que actúa a manera de un multiplicador fijo.

La realidad de lo que decimos puede corroborarse con la simple observación de la práctica judicial. Aún en los sistemas positivistas a ultranza en los que se prohíbe al Juez la creación del derecho, de todas formas esta labor se lleva a cabo porque es imposible aplicar mecánicamente la norma jurídica.

Un principio de prueba pudiera ser lo sucedido en los primeros momentos de vigencia del dogma de la división de poderes:

Los revolucionarios franceses comprendieron que interpretar la norma no era sólo una labor mecanicista. Por ello, y como señala Calamandrei (769)- el racionalismo iluminista por cortar la incerteza del derecho, llegó a

(769) CALAMANDREI, Il significato costituzionale della giurisdizione di equità, en Opere giuridiche, Vol.III, op. cit., p.72.

sostener que en el sistema de la Legalidad, los jueces para permanecer fieles a la ley, deberían aplicarla sin interpretarla, ahora bien, como agrega aquél, "bastó un breve experimento, de este llamado referé legislativo, para hacer comprender que prohibir al juez interpretar la ley, significaría negarle el comprenderla, y por tanto el aplicarla, y en consecuencia, el poder hacer justicia".

Deduciéndose de lo expuesto que es necesaria la interpretación de la norma para que ésta puede ser aplicada, la cuestión que se presenta como determinante para establecer el contenido de la función jurisdiccional, es precisar si la actividad interpretativa es una actividad mecánica ó, por el contrario, en ella interviene algún factor que impide que pueda ser una labor automática.

Uno de los puntos centrales para saber cuál es el contenido de la función jurisdiccional es aprehender en qué consiste la actividad interpretativa (770).

El estudio de la jurisdicción nos lleva al análisis

(770) Vid. BETTI, Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Madrid 1975, Trad. De los Mozos, y, Teoria generale dell'interpretazione, 2 Vol. Milano 1955;

de la interpretación del derecho, tema respecto del que aunque sólo nos limitásemos a exponer los distintos significados que a través de la historia jurídica se han atribuido a la misma, nos llevaría "nada más y nada menos, que a rehacer la historia del derecho" (771).

Llegados aquí podemos establecer ya algunas conclusiones:

- Para aquellos que la actividad interpretativa es una pura labor mecánica, mediante la función jurisdiccional sólo se creará derecho si el Ordenamiento jurídico otorga esta atribución al poder judicial.

- Para aquellos otros que opinan que la hermeneútica jurídica es un proceso complejo, la función jurisdiccional conllevará siempre una labor de creación de derecho, con independencia de que el Ordenamiento jurídico atribuya o no al órgano judicial (operador del derecho) la creación del mismo. El poder judicial nunca podrá ser el poder nulo que configuró Montesquieu.

(771) LIPARI, Derecho privado .., op. cit., p.96. quien por consiguiente considera que "La interpretación ha constituido siempre la piedra de toque de todas las concepciones del derecho".

Si la actividad jurisdiccional tiene que interpretar normas jurídicas, y la interpretación da lugar a la creación de derecho, la aplicación de las normas jurídicas es siempre una labor creativa.

Coherente con ésta toma de postura -como hemos establecido al principio- es distinguir dentro de la función jurisdiccional un contenido absoluto y otro mudable.

Como puede apreciarse del tono de nuestra argumentación nuestra adhesión a la tesis de que la norma jurídica no puede aplicarse automáticamente es obvia. Como dijo Calamandrei (772), "haría retroceder en medio siglo la ciencia procesalista, quien al estudiar la naturaleza de la sentencia, se obstinase en dejar a la sombra el elemento imperativo, en provecho del elemento lógico". Es evidente que, aquélla frase famosa del Marqués de Beccaria: "Dove le leggi siano chiare e precise, l'ufficio di un giudice non consiste in altro che nell'accertare un fatto"... "Felice quella nazione, dove le leggi non fossero una scienza", no tiene la más mínima sustentación desde ésta perspectiva.

(772) CALAMANDREI, La Sentencia subjetivamente compleja, en Estudios sobre el proceso civil, Buenos Aires 1945, Trad. Sentís Melendo, p.470.

La reflexión sobre la función jurisdiccional no puede ser sólo abstracta y conformarse con el estudio de la configuración que a nivel normativo se realiza de la misma. Tiene que ir más allá, conocer el alcance de las resoluciones judiciales.

Para saber cuáles son las fuentes del derecho no sólo hay que estudiar las normas, también los resultados de la actividad judicial. Al ser el proceso uno de los lugares donde más calificadamente se aplican las normas, uno de los crisoles donde se puede apreciar cuáles son las fuentes del derecho, debemos analizar si las reglas que se aplican en este coinciden con las que según el Ordenamiento jurídico son las fuentes de aquél.

A éste respecto resulta interesante constatar, como la mayoría de la doctrina procesalista viene a opinar que el derecho no es una realidad numérica, en consecuencia, que no se puede hablar de su aplicación como si de una operación aritmética ó simplemente lógica (teoría del silogismo jurídico) se tratase (773).

Como ha puesto de relieve Serra (774), el Juez, al e

(773) SERRA DOMINGUEZ, El Juicio jurisdiccional, op. cit., pp.69 y 70.

(774) SERRA DOMINGUEZ, El Juicio jurisdiccional, op. cit., p.71.

mitir el acto típicamente jurisdiccional, la sentencia, lleva a cabo no solamente juicios lógicos, sino también históricos y críticos.

La operación de fallar que en principio parece una simple labor de lógica consistente en la subsunción de unos determinados hechos -los fundamentos fácticos de la pretensión- bajo una norma jurídica de carácter abstracto, a fin de declarar la voluntad de la ley en ese caso concreto (775), no puede reducirse a este esquema sino es prescindiendo de todos los pasos mentales que, aunque sin exteriorización, realiza el Juez para emitir su decisión sobre la relación jurídica que se le presenta a examen.

Fallar con arreglo a derecho es aplicar la voluntad abstracta de la ley al caso concreto, ahora bien, como quiera que para declarar la voluntad de la ley que se produce en ese supuesto específico, es necesario determinar qué hechos quedan probados, elegir la norma bajo la cuál, a la apreciación del Juez, quedan subsumidos éstos y, después, elegir de entre los varios significados de la norma aquél que en opinión del Juzgador se adapta al fin

(775) Vid. ROCCO, La sentencia civil, Mexico 1944, Trad. Ovejero, pp. 52 y ss.

que ésta persigue, es indudable que estos juicios que el Juez realiza son juicios críticos, en consecuencia, juicios de valor sobre los que pesarán las circunstancias personales y culturales del Juez, y que incidirán de manera rotunda en la resolución del caso sometido a examen. Estas son, en definitiva, las razones que han llevado a afirmar que la norma no es el objeto de la interpretación sino su resultado (776).

Según Serra (777), las clases de juicios que se realizan en el juicio jurisdiccional son los siguientes:

Juicios lógicos para averiguar el ó los significados posibles de la norma, juicios históricos encaminados a reconstruir los hechos, y a determinar la existencia de la norma, y juicios críticos y de valor, que son aquéllos que determinan la elección de uno de entre los varios significados de la norma, y los que mediante el examen del caso concreto determinan con base en los resultados de los anteriores juicios la resolución concreta del Juez.

Simplemente el considerar un hecho como probado, pue

(776) Vid. LIPARI, Derecho privado ... , op. cit., p 103.

(777) SERRA DOMINGUEZ, El juicio jurisdiccional, op. cit., p.71.

de cambiar por completo el contenido de la sentencia. Por ello, son precisamente ésta clase de juicios los que pueden influir en que el asunto sometido a examen se resuelva de una forma u de otra, situación que no es anormal en la práctica jurídica que ofrece múltiples ejemplos de sentencias contradictorias.

Lo dicho bastaría para basar el carácter creador de la función jurisdiccional, aunque ello, claro está, dentro de unos límites que no tiene el legislador, quien, por ejemplo, no se encuentra en la necesidad de tener que subsumir unos hechos para poder declarar una consecuencia jurídica, sino que "ex novo" puede realizar la combinación de éstos que crea oportuna.

Mas aún hay otras circunstancias que coadyuvan a dotar de carácter creativo a la función jurisdiccional.

En primer lugar, la existencia de lagunas dentro del Ordenamiento.

Como expone Prieto Castro (778), el axioma positivis

(778) PRIETO CASTRO, Derecho de Tribunales, Pamplona 1986, pp. 113 a 118 en concreto 113.

ta de la plenitud del Ordenamiento no existe. La complejidad del tráfico jurídico y el carácter profundamente evolutivo, y por tanto cambiante, de las relaciones que se generan en la sociedad, hace imposible prever la infinidad de particularidades que pueden presentarse en la realidad jurídica. Prueba de ello son todos los institutos que se han creado por vía jurisprudencial. Así, la intervención procesal de terceros, el fraude a la ley, la litis expensas, etc...

Aunque sería extralimitarnos en nuestro objetivo entrar en el problema de las lagunas del Ordenamiento, si nos parece sin embargo necesario dejar constancia del punto central de la cuestión:

Soto Nieto resume perfectamente las interrogantes respecto de la existencia de las lagunas del derecho cuando dice: "Podrán aquí y acullá detectarse lagunas en la ley; más lo discutible es si tales vacíos cabe acusarlos asimismo del Derecho, es decir de la globalidad del Ordenamiento jurídico del país" (779).

(779) SOTO NIETO, Derecho vivo, Vol. II. Madrid 1971, p.9.

Hay que distinguir, como señala De Diego (780), entre la laguna de la ley y la laguna del Derecho. La cuestión está en discernir si existen lagunas en la ley ó en el Ordenamiento jurídico, cuestión que está íntimamente relacionada con la consideración que se da a la analogía (781).

Si se considera, como lo hace De Castro (782), que la analogía es en realidad el método querido por el legislador para resolver un caso concreto cuando no se prevea por la norma jurídica una solución específica, cabrá hablar de laguna legal, mas no, desde luego, de laguna del Ordenamiento, ya que mediante la aplicación de la analogía, que será desde ésta perspectiva el medio integrador por excelencia, "el derecho legislado crece, alimentándose de su propia substancia, mediante su desarrollo lógico o dialéctico".

Desde este punto de vista, lagunas únicamente habría en las leyes, yendo más allá, en el derecho consuetudinario, pero nunca en el Ordenamiento jurídico.

(780) DE DIEGO, De las lagunas de la ley, (Discurso del acto de apertura del Curso 1943-44, en la Real Academia de juripudencia y legislación, Madrid 1944, p. 53.

(781) Vid. sobre la analogía, DE DIEGO, La analogía en el Código Civil español, R.D.Priv. 1914. Vid. también, ZITELMAN, Las lagunas del Derecho, R.G.L.J. 1922.

(782) Vid. DE CASTRO Derecho Civil de España, Madrid 1984, p.479.

Aunque bien es verdad que los partidarios del iusnaturalismo, en cuanto se excluya al derecho natural del Ordenamiento (783), han afirmado la posibilidad de la existencia de lagunas en el mismo, dejando aparcada ésta cuestión que nos llevaría bastante más lejos de lo deseable, nos interesa constatar cómo ya se sea partidario de una alternativa u otra, de todas maneras en cualquiera de ellas el Juez asume un papel ciertamente relevante cuando debe utilizar para fallar la analogía (784).

Otra cuestión asimismo importante, es el otorgamiento en ocasiones al Juez, de facultades discretionales, ya que, ciertamente, la facultad discrecional implica un amplio margen de actuación al mismo, y no sólo eso, sino el reconocimiento de la incapacidad del legislador para llegar a regular esas particulares cuestiones. Muestra de ello es, por ejemplo, la regulación de arrendamientos urbanos, en la que aunque se establece una casuística detallada, precisamente pensando el legislador

(783) Como resume DE DIEGO, De las lagunas de la ley, op. cit. p.47, debe tenerse en cuenta que la insuficiencia de las fuentes para resolver una cuestión de Derecho, ha llevado fundamentalmente a la doctrina a sustentar dos posturas. Primera, considerar que al ser el Derecho natural subsidiario de todo derecho positivo, éste deberá suplir a aquél, ó por el contrario, mantener que el propio derecho positivo se complementa a sí mismo en virtud de su fuerza orgánica, siendo el instrumento para realizar este procedimiento de desarrollo la analogía.

(784) Vid. GREGO, Analogía jurídica, Voz en NEJS, Barcelona 1950, pp.645 y ss.

en la utilización fraudulenta de las normas, la fórmula del art. 9 LAU. al establecer que "Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley" no está sino reconociendo, la propia incapacidad de la regulación efectuada.

No obstante, aunque el Juez, como hemos expuesto, tiene una activa participación en la creación del derecho, no debemos proseguir sin aclarar una cuestión. Es la siguiente:

No debe asimilarse una toma de postura positiva respecto del papel creativo del Juez en la creación del derecho, con los postulados de la escuela libre del mismo, ó mas recientemente, con la teoría del uso alternativo del derecho (785).

"No se trata de reivindicar, -como ha expresado Lipari (786)- la actuación de un derecho libre, es decir, de un derecho espontáneamente formulado en el momento de

(785) Vid. sobre el uso alternativo del derecho, PERFECTO ANDRES IBÁÑEZ, Para una práctica judicial alternativa, An.C.F.S.U.Gr, nº16, 1976, pp. 155 y ss.

(786) LIPARI, Derecho privado. ...op. cit., p.101.

su realización concreta, sino que se pretender comprender que cualquier corpus iuris exige, dada su formulación abstracta, una continua reformulación en su aplicación a la realidad concreta y cambiante y que la labor del intérprete consiste en ésta continua reformulación".

En cambio, en el sistema de derecho libre -como ha expuesto Calamandrei (787)- "Ningún derecho preexiste a la controversia: las actividades de los individuos están jurídicamente incalificadas, hasta que no interviene la decisión de la autoridad para considerarlas lícitas o ilícitas. La libertad individual no tiene aquí antes de la acción, ni límites ni garantías. Función jurisdiccional y función jurídica se identifican: la creación del derecho y su aplicación se avienen en un mismo momento".

Decir que el Juez crea derecho no es sino expresar lo que ocurre en la realidad jurídica. La exigencia lógica -derivada del principio de soberanía popular- de que la potestad legislativa recaiga en el poder legislativo, puesto que es éste un poder democrático que representa a la sociedad, y por tanto, si ésta es soberana

(787) CALAMANDREI, Il significato costituzionale della giurisdizione di equità, op. cit., p.65.

na para regir sus propios destinos, ello significa o tiene como corolario la potestad de darse las normas por las cuáles deberá regirse su vida jurídica, no puede llevarse a cabo rigidamente. También es exigencia lógica de la norma jurídica, impuesta por su carácter general y abstracto así como por su intención de permanencia en el tiempo, un proceso complejo para poder proyectarse a la específica relación jurídica de la que se está conociendo en el proceso, y en él es innegable la presencia del elemento volitivo, la voluntad del Juzgador.

La función del Juez no es la del mero autómeta. La teoría del silogismo jurídico hay que desterrarla (788) y ello por una serie de imperativos que devienen de la idiosincrasia de la norma jurídica. Por consiguiente, no se puede seguir partiendo de ciertos tópicos que no llevan sino a producir una imagen falseada de la realidad.

Así las circunstancias que rodean la aplicación de la norma jurídica, discrepamos en consecuencia de la opinión de Perez Royo (789), cuando afirma que "la nulidad

(788) Vid. en el sentido que se expone, LARENZ, Metodología de la ciencia del Derecho, Barcelona 1966, Trad. Giöbernát, p.6.

(789) PEREZ ROYO, La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad , en El Tribunal Constitucional., Vol.III, op. cit. p.2186.

del Poder judicial es un desideratum, es lo que el poder judicial debe ser, no porque sea un poder nulo sin importancia, sino porque es un poder terrible, ya que puede ser la mayor amenaza para la libertad de los ciudadanos".

Ciertamente, como dijo Calamandrei (790), "toda interpretación sino es necesariamente, modificación, es una prosecución y una especificación, en la cuál el intérprete más fiel se deja siempre algo.

Como ha quedado visto, el esquema teórico según el cuál la creación del derecho debería ser unicamente realizada por el poder legislativo, es un esquema imposible de llevar a la práctica. Quiérase o no el Juez crea derecho, porque, "si el derecho (rige, vincula opera) tal como es interpretado, y si la interpretación es el procedimiento mediante el que se atribuye significado a un enunciado, entonces hay que concluir que la interpretación siempre es creativa" (791), y en ese caso, como el Juez siempre debe interpretar la norma para aplicar el derecho, ello equivale pues a tener que aceptar la participación de los órganos jurisdiccionales en la creación

(790) CALAMANDREI, Il significato costituzionale della giurisdizione di equita, en Opere Giuriche op. cit., p.72.

(791) LIPARI, Derecho privado... op. cit. p.104.

del mismo.

Verdaderamente, si se piensa que en la actualidad no puede siquiera ya discutirse la existencia de un Derecho Judicial "contra legem" -que sería aquél que aplican los Tribunales de Justicia cuando la norma que va a recibir aplicación en el proceso siendo preconstitucional es opuesta a la Constitución (792)- los argumentos que viene barajando la doctrina civilista desde los años veinte, (793) para negar el carácter formal de fuente a la jurisprudencia van cediendo poco a poco.

Solamente el hecho que la doctrina se haya ocupado tanto del problema de la eficacia de la jurisprudencia, revela que algo más encierra ésta que la simple aplicación automática del derecho, ya que si sólo esto fuese, la eficacia de la jurisprudencia no haría sino ratificar la del derecho. La eficacia de la jurisprudencia preocupa por algo más. Por su carácter creativo.

Las páginas anteriores las hemos dedicado a justifi

(792) Vid. en contra de la existencia del derecho judicial contra legem, DIEZ PICAZO, La jurisprudencia, en El Poder Judicial, Vol.I, op. cit., p.254.

(793) DIEZ PICAZO, La jurisprudencia, en El Poder Judicial, Vol.I, op. cit., p.279.

car el carácter creativo de la labor judicial, veamos ahora la eficacia que ésta posee.

A éste respecto, la función del recurso de casación, reforzado por el recurso en interés de ley como instrumento de imposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede llevarnos sino a la conclusión de que el poder judicial crea derecho.

Las resoluciones del Tribunal Supremo juzgan la ley para interpretarla y, en este sentido, si como hemos dicho la interpretación es siempre creativa, debemos convenir en que el significado de la disposición normativa será el que le atribuya el Tribunal Supremo. Si auténtica se ha llamado a la interpretación que de la norma realiza el legislador, efectiva -aparte de judicial- podríamos llamar a la interpretación que de aquélla realizan los Tribunales de Justicia.

Verdaderamente, si el derecho va a tener que ser aplicado conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (794) -bajo pena de ser anuladas (casadas), las

(794) Tengase en cuenta que a partir de la reforma de la LEC por la Ley 34/84 de 6 de agosto, el recurso de casación podrá fundarse no ya en la infracción de doctrina legal sino de la jurisprudencia, lo que evidentemente ha fortificado aún más el papel creativo del Tribunal

resoluciones que difieran de la misma- no cabe duda que ésta adquiere el carácter de fuente del derecho.

Como ha sido dicho, La ley reina pero la jurisprudencia gobierna.

Supremo. Si antes era necesario para utilizar el recurso de casación la infracción de doctrina legal por la que que según el propio Tribunal Supremo había que entender "la establecida en repetidas e idénticas resoluciones del Tribunal Supremo" en la actualidad una única resolución podrá fundar el recurso de casación.

V. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

1).- QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES Y DE SUPREMACIA DEL PODER LEGISLATIVO. SU REFLEJO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA: EL SISTEMA DE CHEKS AND BALANCE Y EL PRINCIPIO DE RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Si como hemos expuesto el poder ejecutivo necesita de cierta capacidad legislativa y además tiene cierta capacidad de enjuiciamiento, si el poder judicial tiene también cierto margen de creación del derecho, y por último, si el poder legislativo dicta en ocasiones normas jurídicas de carácter individual que pueden asimilarse -excepto en la necesidad de motivación (795)- con una sentencia, la colaboración que existe entre los clásicos poderes del Estado es total. No obstante, como advierte Rodríguez Zapata (796), así como en nuestro texto constitucional, "no hay consagración expresa de un monopolio de la función legislativa en favor de las Cortes Genera

.795) Vid. DE OTTO PARDO, La posición del Tribunal Constitucional . . . El Tribunal Constitucional, Vol.III, op. cit., p.1947, quien explica que "La diferencia básica (de la resolución judicial) con el proceso de decisión política (está) en que la sumisión a la norma se realiza sin el intermedio de la regla de aplicación. El político como el Juez decide, pero no lo hace con sumisión a la norma y razonamiento de base empírico, inmediatamente ligados a las conexiones causales de las posibles opciones. No está sometido ni a reglas de interpretación, ni a los precedentes ni a la dogmática. Vid. también, SANCHEZ AGESTA, Concepto jurídico del acto político, (Los nuevos límites de la jurisdicción contenciosa administrativa) en Escritos en homenaje a Pérez Serrano, Madrid 1959, T.II, pp.183 a 201.

(796) RODRIGUEZ ZAPATA, Límite de la potestad de control de las Cortes Generales, R.E.D.C.O. nº9, 1983, p.58.

les ni de la función ejecutiva en el Gobierno", si en cambio la función jurisdiccional solamente está atribuida al poder judicial (art. 117,3) (797).

Esta situación en que los poderes se controlan e interfieren reciprocamente supone, como ha expuesto el citado autor (798), el establecimiento por nuestra Constitución, de un sistema de contrapesos, de fuerzas en equilibrio, de "cheks and balance".

El rígido principio de la separación de poderes ha definitivamente quebrado. Lo que ocurre, como explica Pérez Serrano (799), es que dado el rol casi evangélico que la doctrina de la división de poderes asumió en el continente, se tienen grandes reservas mentales a la hora de repudiarla.

La idea del art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano al prescribir que: Un Estado

(797) Mas, aunque ciertamente la función jurisdiccional está atribuida al poder judicial, resulta sugestivo el planteamiento de SAINZ DE ROBLES, El Poder judicial en la Constitución, en El Poder Judicial, Vol.I. op. cit., p.25, quién partiendo de que "la construcción de la sentencia depende de un conjunto de datos cuya elaboración sobre la realidad, y cuya incorporación al proceso, no es obra exclusiva ni siquiera principal del juez", se pregunta, ¿Sería pues, incorrecto o excesivo afirmar, como punto de partida de nuestro análisis, que el poder judicial no corresponde sólo a los Jueces, por muy preeminente que sea su función en el ejercicio de aquél?

(798) RODRIGUEZ ZAPATA, Límite de la potestad de control de las Cortes Generales, op. cit., p.59.

(799) PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Politico, op. cit., p.50.

sin derechos fundamentales y sin división de poderes no tiene Constitución", está todavía insita en nuestra mentalidad, y decir abiertamente que no existe el principio de la división de poderes aún conduce al maniqueísmo de pensar que no estamos en un Estado constitucional.

Ahora bien, si como ha dicho Occhiocupo (800) "ningún poder es soberano fuera del pueblo, y la fuente de la actividad legislativa, administrativa, y jurisdiccional, de todo poder público, por quién sea y en cualquier forma que sea ejercitado es la comunidad", ello significa la superación en la forma tradicional de concebir el Estado. El principio de rigidez constitucional se ha superpuesto al clásico de la división de poderes.

Y en éste presupuesto, en el poder soberano del pueblo, es donde se fija el quizás más importante de los contrapesos de nuestro sistema constitucional. Esto es, el Tribunal Constitucional.

Partiendo, como ha dicho Sanchez Agesta (801), de que en la actualidad el equilibrio de poderes no viene de

(800) OCCHIOCUPO, La Corte Costituzionale come giudice di opportunità delle leggi, en La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale, Padova 1984, p.18.

la mano de la división de los mismos, sino de equilibrio entre la mayoría y la oposición, si esta circunstancia se conjuga con el control que el Gobierno suele tener respecto del Parlamento, que a su vez está controlado por los partidos políticos, se hace necesario, como propone Occhiocupo (802), el control de las eventuales mayorías legislativas, el control de los pactos políticos que pudieran llevar a la conculcación de la voluntad de la soberanía nacional expresada en la Constitución.

Si la doctrina de la división de poderes no llevaba al equilibrio, sino al predominio del poder legislativo, y éste predominio no garantiza en la actualidad que la norma jurídica sea la expresión de la soberanía popular, realmente es necesario una nueva fórmula para que el ejercicio del poder se adecúe a las exigencias actuales. ¿Cuál es la nueva fórmula?. El Tribunal Constitucional.

Naturalmente, la exigencia de control del poder legislativo conlleva directamente la merma de la supremacía de éste, y ello con independencia -como expusiese Crisafu

(801) SANCHEZ AGESTA, Sistema político de la Constitución Española, op. cit., p.18.

(802) OCCHIOCUPO, La Corte Costituzionale come giudice di opportunità op. cit., pp. 20 y ss.

111 (803) - de que este control se efectúe por cada uno de los órganos del poder judicial -como ocurre en los países anglosajones con el sistema de jurisdicción difusa constitucional- ó por un Tribunal especial encargado de ello -sistema de jurisdicción concentrada- ya que en todo caso un órgano carente de legitimación democrática, se superpondrá al poder Legislativo, lo que además es inevitable. Si el "controlador" y el "controlado" tuviesen un origen homólogo, mas que de control -advierte Crisafulli (804)- habría que hablar de autocontrol, y ello sería como otorgar un poder soberano al poder legislativo que es precisamente al que se intenta limitar.

En este sentido, y tal como ha expuesto Zagrebelsky (805), el Tribunal Constitucional no es sólo un límite al principio de la supremacía del Parlamento, sino también una derivación del principio democrático representativo; ahora bien, en un Estado que se basa en el pluralismo político y donde la disciplina de voto puede llevar a conculcar la voluntad constitucional, no existe otra fórmula de garantía. Y es que, como afirmase Calamandrei

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

(804) CRISAFULLI, La Corte Costituzionale ha venti anni, op. cit., p.74.

(805) ZAGREBELSKY, Giustizia Costituzionale, op. cit., p.19.

(806), "todas las libertades son vanas si no se pueden ser reivindicadas y defendidas en juicio".

Así las cosas, la garantía es crear un sistema de fuerzas en equilibrio verdaderamente eficaz. Por ello, y como ha expresado Capelletti (807) -respecto del puesto que en éste sistema corresponde al poder judicial- "Checks and balances, no significa un poder judicial pasivo, no creativo, mera boca de la ley o débil frente a un poder político, sea legislativo y/o ejecutivo preponderante; tampoco significa separación del poder judicial respecto de los demás poderes, según la rígida interpretación continental, que provocó la ausencia de control judicial sobre el ejecutivo, hasta un siglo después de la Revolución Francesa, o la ausencia de control judicial sobre el legislativo, durante dos siglos a partir de ella. Checks and balances significa por el contrario, que cuanto más fuerte es un poder, tanto más fuertes devienen también los demás, en cuanto que todos y cada uno de ellos están controlados por los demás y los controlan".

(806) CALAMANDREI, *Proceso y Justicia*, en *Derecho Procesal Civil* Vol.III, op. cit., p.220.

(807) CAPELLETTI, *El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano*, op. cit., p.15.

2).- EL PASO DEL ESTADO FORMAL DE DERECHO AL ESTADO MATERIAL DE DERECHO.

En el epigrafe anterior hemos visto como el poder judicial participa de la capacidad legislativa. Ahora veremos como además esta capacidad legislativa se ve potenciada por la Constitución.

La existencia de una Constitución como la Española incide en la doctrina de la división de poderes. Si antes teóricamente el poder legislativo creaba la norma y el poder judicial la aplicaba, ahora, en cuanto que el poder legislativo esta sujeto a la Constitución, la tutela de la voluntad constitucional tiene grandes repercusiones en la administración de justicia.

Como ha expuesto Garcia de Enterría (808), la Constitución "asigna a los Jueces un papel central en el sistema" ya que "Administrar justicia no es pues, con toda claridad para la Constitución, un simple juego formal que el Juez ha de resolver mediante las simples conexiones de unas leyes con otras, con cierre de cualquier valor superior. Por el contrario, es un intento de hacer

(808) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad. Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución, op. cit., p.18.

pasar precisamente el valor superior de la justicia, valor material por excelencia, en el proceso de aplicación legal".

Si tal como hemos descrito siempre en la labor judicial ha habido creación del derecho, ahora esta creación viene potenciada por nuestra Constitución, que exige "funcionalizar la ley hacia la justicia" (809). "El juez -afirma Garcia de Enterría (810)- debe pues construir en derecho todos y cada uno de los preceptos legales antes de proceder a su aplicación".

Como cabe apreciar la transformación es grande. El Juez, en el Estado social y democrático de Derecho en que España se ha constituido, pasa a tener un papel relevante en la defensa de la legalidad constitucional, ya que precisamente a través de ella es como se conseguirá la prosecución de dicho Estado.

El mandato del art. 9 de la Constitución imponiendo a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del indivi

(809) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de derecho y op. cit., p.22.

(810) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de derecho y .. op. cit., p.19.

duo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, también va dirigido al poder judicial, y en consecuencia, éste tiene una serie de funciones constitucionales que cumplir que estarán además enmarcadas dentro de los valores y principios constitucionales (811).

La asunción del poder judicial de la defensa de la Constitución, es una tarea compleja que deberá llevarse a cabo a través de distintos medios técnicos. De entre ellos, el primero, será naturalmente la interpretación constitucional de toda norma jurídica.

Por ello -nos dice Capelletti (812) "hoy los grandes y fascinantes problemas del proceso y del procesalista, no son ya ciertamente rumiaduras dogmáticas que pudieron tener un significado, e incluso ser su gloria en otras épocas; los grandes problemas de hoy son los de la accesibilidad del instrumento procesal, de la efectividad de

(811) Así lo considera ALVAREZ CONDE en, La posición constitucional del Poder Judicial, en El Poder Judicial, Vol.1, op. cit., p.506, cuando expone que, dado que el Poder Judicial deberá realizar la defensa de la legalidad constitucional desarrollando todos los principios y valores constitucionales. "Con ello la posición del poder Judicial adquiere necesariamente y por imperativo de la propia Constitución un marcado carácter transformador de la sociedad en la aplicación e interpretación de los valores democráticos contenidos en su ordenamiento jurídico. De ahí la importancia que el poder Judicial está llamado a desarrollar en un Estado de Derecho."

(812) CAPELLETTI, El nuevo proceso laboral bajo acusación, en Proceso Ideologías y Sociedad, op. cit., p.237.

la justicia, con todos aquellos análisis incluso sociológicos, que se tornan necesarios al fin de entender críticamente esos problemas de accesibilidad y de efectividad".

El paso del Estado formal de Derecho al Estado social, tiene entre otras implicaciones la intervención activa del Estado, y en consecuencia, del poder judicial. Ejemplo de ésta intervención pudiera ser el aumento de los poderes del Juez en el proceso civil que ha operado la reforma de la LEC de 1984.

Ahora bien, aunque actualizar el Ordenamiento y ponerlo en consonancia con la Constitución es tarea del legislativo, no cabe duda que también lo es del poder judicial (813), y ésta es una de las transformaciones radicales que la Constitución ha operado en la función jurisdiccional.

No cabe pues resguardarse en la existencia de un Ordenamiento preconstitucional para dejar de aplicar la Constitución.

(813) Vid en similar sentido, FERNANDEZ CARNICERO, Relaciones entre el Poder Judicial y las Cortes Generales, en el Poder Judicial, Vol.II. op. cit., pp. 1350 y 1351, donde expone textualmente que "El Parlamento comparte con el poder Judicial la función de creación de derecho en cuanto que ambos a través de la Ley y de la Jurisprudencia son garantes de la unidad y plenitud del ordenamiento jurídico".

Al tener el deber el poder judicial de suplir las deficiencias del legislador, en cuanto que aquél es configurado por la Constitución como un poder sometido a la misma, la presencia dentro de los derechos fundamentales de la tutela efectiva, exige que el poder judicial sea garante de la plenitud del Ordenamiento jurídico, lo que lleva -como así lo ha afirmado García de Enterría- que "el Juez queda (e) apartado definitivamente de su viejo papel de aplicador mecánico y rutinario de las Leyes, entendidas como simples reglas externas" (814).

Si bien es cierto -como apuntase Calamandrei- que la persistencia de un Ordenamiento anterior, provoca "una desconcertante promiscuidad (de) fuentes jurídicas heterogéneas" que, indudablemente dificultan la labor judicial, y hacen "difícil orientarse en este panorama accidentado, donde venerandas ruinas arqueológicas, están junto a arsenales de nuevas construcciones todavía atestados de andamios" (815), de otra parte y, como resalta

(814) GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado material de derecho y op. cit., pp. 23 y 24.

(815) CALAMANDREI, La funzione della giurisprudenza nel tempo presente, en Opere Giuridiche, Vol.I, Milano 1966, p.600..

el propio autor, ello no justifica "esta especie de irónico gusto, que se entrevé entre las líneas de ciertas sentencias, de poner en evidencia la imperfección de las leyes y de hacer recaer todas las culpas sobre la inercia del legislador que no provee, no corresponde ya a los deberes constitucionales del orden judicial, el cuál para darse cuenta de la Constitución y de las metas que ella señala, no tiene ya necesidad de pasar a través del trámite del Legislador" (816).

Las palabras de Calamandrei podrían encontrar reflejo en la realidad española, si el poder judicial, llamado por la Constitución a una labor activa en la tarea de adecuar las normas jurídicas a los nuevos principios constitucionales, no asume esta responsabilidad que le ha sido encomendada.

Como bien lo expresa Capelletti (817), el Juez, se haya al mismo tiempo en la condición de súbdito, mas también de superior frente a la ley ordinaria: debe respetarla y eventualmente aplicarla, pero al mismo tiempo

(816) CALAMANDREI, La funzione della giurisprudenza nel tempo presente, op. cit., p.612.

(817) CAPELLETTI, Actividad y poderes del juez constitucional, en Proceso Ideologías y Sociedad, op. cit., p.394.

po también debe controlarla. El propio poder judicial es un freno del poder legislativo.

En definitiva, el paso del Estado formal de Derecho al Estado material tiene en el proceso una proyección rotunda. Como con acierto ha expuesto Capelletti, "Los principios milenarios de la acción de parte (*ne procedat iudex ex officio*), de la imparcialidad del juez (*nemo iudex in re sua*), del contradictorio (*auditur et altera pars*), como también el principio secular de la independencia del juez (insertado en el cuadro más amplio de la separación de los poderes, núcleo esencial de la concepción del Estado de derecho), todas estas clásicas garantías procesales han resultado responder a través de una crisis que llegó a madurar en la época contemporánea, si a las exigencias de un proceso liberal pero no a las de un proceso justo" (818).

La búsqueda del proceso justo debe ser el fin de la administración de justicia. A este respecto resultan muy ilustrativas las palabras de Calamandrei (819), cuando se

(818) CAPELLETTI, Libertad individual y justicia social, en *Proceso Ideologías y Sociedad*, op. cit., pp.109 y 110.

(819) CALAMANDREI, Proceso y justicia, en *Derecho Procesal Civil*, Vol.III, op. cit., p.213.

preguntaba hasta qué punto el problema del procesalista no era sino la búsqueda de un proceso justo, ya que como expone gráficamente, "nosotros los procesalistas no podemos resignarnos a ser solamente pacientes y meticulosos constructores de relojes de precisión, cuyo trabajo se agote en poner orden las ruedecillas, sin preguntarnos si el mecanismo que ha de salir de nuestras manos servirá para señalar la hora de la felicidad o la hora de la muerte."

Llegados aquí, y visto pues como se ha transformado la función jurisdiccional, estudiemos ahora las sentencias del Tribunal Constitucional que -como se verá, puesto que inciden directamente en las fuentes del derecho- afectan también pues al contenido de dicha función.

CAPITULO XIX: CARACTERISTICAS DE LAS SENTENCIAS
RESOLUTORIAS DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD.
SUS CLASES.

I.- CARACTERISTICAS PRINCIPALES.....	738
1).- Efecto "erga omnes" de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad.....	740
2).- Carencia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad.....	756
A).- Su fundamento.....	756
B).- La eficacia de la sentencia en un orden jurisdiccional diferente al que ha sido dictada.....	772
C).- La irrevocabilidad del juicio jurisdiccional y la carencia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria.....	778
3).- Otros efectos de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad.....	789
A).- El efecto preclusivo	789
B).- El efecto de precedente.....	796
4).- Efectos de la sentencia desestimatoria por razones de forma.....	801
II.- DIFERENTES MODALIDADES DE SENTENCIAS.....	811
1).- Planteamiento general.....	811
2).- Sentencias manipulativas.....	815
3).- Sentencias interpretativas.....	822

CAPITULO XIX: CARACTERISTICAS DE LAS SENTENCIAS RESOLUTORIAS DE LA CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD. SUS CLASES.

I.- CARACTERISTICAS PRINCIPALES.

Obtenida la conclusión en el Capítulo anterior de que los órganos judiciales participan en la creación del derecho con motivo de la aplicación del mismo al caso concreto, en éste, al hilo del estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional, nos plantearemos la similitud de las mismas con las que hasta ahora se obtenían del ejercicio de la función jurisdiccional.

Para ello analizaremos primero las características más sobresalientes de dichas sentencias proyectando en ellas las observaciones que correspondan desde la perspectiva aludida. Posteriormente, entraremos en el análisis de las diversas modalidades de sentencias y los efectos de las mismas, a excepción de los de las sentencias estimatorias, que por su extensión y complejidad será estudiado en los siguientes Capítulos.

Aunque en principio parezca que estamos invirtiendo el orden lógico de exposición, la ambigüedad e imprecisión

sión, e incluso, como ha sido señalado por algún autor (820), la disconformidad en que en ocasiones la LOTC incurre respecto de la Constitución en la regulación de la sentencias resolutorias de los procedimientos de inconstitucionalidad, nos obligan a ello, resultando más fructífero en consecuencia sentar las bases constitucionales, desde las que cuando entremos en la regulación que hace la LOTC de dichas sentencias poder realizar sobre los preceptos atinentes la correspondiente interpretación constitucional.

(820) Vid. GARCIA DE ENTERRIA con T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.1, p.174. También GONZALEZ PEREZ, Derecho Procesal Constitucional, op. cit., p.267.

1).- EFECTO ERGA OMNES DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

Las peculiaridades de la Constitución, Norma que toca aplicar al Tribunal Constitucional, conceden al mismo un ámbito de actuación muy superior al que en la aplicación de las demás normas tiene cualquier Juez o Tribunal. Esto es así, no porque los enjuiciamientos que el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales realizan sean diferentes, sino por las especiales circunstancias que rodean al objeto del enjuiciamiento del primero, esto es, la norma jurídica en su contraste con la Constitución.

Como lo que hay que tutelar es que se cumpla la voluntad constitucional, al recaer el objeto del enjuiciamiento que realiza el Tribunal en una norma jurídica de carácter general, es obvio que por la sentencia constitucional se verán afectados una pluralidad de sujetos (821).

(821) Vid. respecto a la producción del efecto erga omnes de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, FAIREN GUILLEN, Algunos problemas procesales que plantea la ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, en *El Tribunal Constitucional*, Vol.II. op. cit., pp. 1013 a 1017. Vid. también GONZALEZ PEREZ, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p.267, quien expone la posible inconstitucionalidad del art. 38,3 LOTC, si se interpretase en el sentido de atribuir simplemente efectos inter partes a la resolución estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad.

Y es que, partiendo -como dijera Calamandrei (822)- que el Tribunal Constitucional juzga la ley no para interpretarla como hace el Tribunal Supremo sino para anularla, lógico es que para cumplir tal función la sentencia se imponga a todos los destinatarios de la misma.

Este es un punto importante. Nótese que cuando el Tribunal Constitucional conoce del recurso de amparo su sentencia tiene efectos "inter partes" porque conoce de un litigio concreto. En cambio, cuando enjuicia la constitucionalidad de una norma, el proceso se objetiviza. Carece de interés para el proceso constitucional, las vicisitudes de aquél en que nació la cuestión de inconstitucionalidad. Precisamente, en este dato basábamos la autonomía de la prejudicial constitucional.

Como expusimos, cuando el Tribunal Constitucional admite la cuestión de inconstitucionalidad, lo que acontece al proceso del que trae causa queda totalmente al

(822) CALAMANDREI, Corte Constitucional y Autoridad judicial, en Derecho Procesal Civil III, op. cit., pp.139 y 140, donde exponiendo que la ley es el *thema decidendi* tanto para la Corte de Casación como para la Corte Costituzionale ya que ambos juzgan la ley, indica que la diferencia entre ambos enjuiciamientos estriba en que la Corte de Casación juzga la ley para interpretarla *inter partes*, mientras que la Corte Costituzionale lo hace para anularla *erga omnes*.

margen del curso del proceso constitucional (823).

Así las cosas, si se crea un órgano específico para conocer de la constitucionalidad de las normas en su contraste con la Constitución, coherente resulta que este órgano cuando aprecie la inconstitucionalidad de la misma, la anule con efectos generales y no para el caso concreto. En ello reside una de las grandes diferencias del control concentrado de la constitucionalidad con el control difuso. Si bien en éste la incertidumbre que traería al justiciable las que serían sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de una misma norma, y en cada ocasión sólo con efectos para el caso concreto, se evita a través de la institución del precedente, en nuestro sistema de jurisdicción concentrada la seguridad jurídica se logra mediante este efecto general de que gozan las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad.

Aunque ello parece que llama al Tribunal Constitucional a la labor legislativa, ya que aunque anular una norma no es crearla, en principio, y sin entrar en este

(823) La extinción del proceso principal, en virtud de algunas de las llamadas causas anormales de terminación del proceso, como pudieran ser la renuncia del actor ó el desistimiento del demandado, incluso, la transacción judicial, no afectaran el curso del proceso constitucional que, una vez admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, permanecerá indiferente a las vicisitudes del proceso del que trae causa.

momento en mayores profundidades, cierto es que las sentencias estimatorias alteran el sistema de fuentes del derecho que se proyecta sobre una determinada relación jurídica; ello, sin embargo, es absolutamente necesario si se pretende que la tutela del rango normativo de la Constitución sea eficaz.

Si hay que vigilar que el poder legislativo se someta a la Norma Constitucional, el órgano encargado de éste control deberá tener poder para anular las normas que elaboradas por aquél contradigan a aquélla. Y para ello, instrumento necesario será que las sentencias del Tribunal Constitucional tengán, al menos, el mismo valor normativo que el mandato jurídico que se proponen anular. Es decir, el rango de fuentes primarias (824).

Por otra parte, no debe extrañar el efecto "erga omnes" de dichas sentencias, reconocido por lo demás en el art. 164 CE, ya que -como se recordará- también en el ámbito administrativo poseen este carácter las sentencias

(824) Así es reconocido por PIZZORUSSO, Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano, en El Tribunal Constitucional, Vol.1, op. cit., p.295, exponiendo que "las sentencias constitucionales deben ocupar en la jerarquía de las fuentes una posición semejante a la del acto normativo que ellas declaran inconstitucional y por ello en el ordenamiento italiano donde están sujetas al control del Tribunal Constitucional únicamente las leyes y actos con fuerza de ley del Estado y de las Regiones, aquella que es propia de las fuentes primarias".

estimatorias de las pretensiones de anulación de disposiciones normativas aunque éstas no tengan el rango de ley. Efectivamente, conforme al art. 86,2 LJCA (825), las sentencias que declaren la ilegalidad de un reglamento tendrán efecto "erga omnes", cualidad que, por otra parte, siempre ha sido visto por la doctrina con acierto, ya que -como comentaba García de Enterría (826)- conllevaba un efecto de economía procesal realmente favorecedor, puesto que de esa manera se impedía el efecto multiplicador dañoso del reglamento. Además, como indica Pugliese (827), también tiene por ejemplo "efectos erga omnes" la sentencia sobre status personal, y no por ello se les ha negado carácter jurisdiccional.

Desde una perspectiva procesal las consecuencias que conlleva este efecto "erga omnes" son las siguientes.

La primera y más importante de todas ellas -coherente de otra parte con el carácter general y abstracto de la norma jurídica- es la carencia de límite

(825) Art 86,2 LJCA: "La sentencia que anulare el acto o la disposición producirá efecto entre las partes y respecto de las personas afectadas por los mismos."

(826) GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, op. cit., pp.27 y 28.

(827) PUGLIESE, Giudicato Civile, Voz en Enciclopedia del Diritto, T.XVIII. Milano 1969, p.850.

subjetivo de la cosa juzgada. Así lo afirma De Elizalde (828), y compartimos totalmente su opinión.

Ciertamente, y como ya hiciera notar Arozamena (829), las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de las normas trastocan las identidades procesales de la cosa juzgada, y es que -como expuso Crisafulli (830)- los efectos generales de la sentencia estimatoria absorben los propios de la cosa juzgada.

Mas, ésta transformación es sólo modificación, ó ise podría llegar a pensar que dichas sentencias no producen tal efecto? (831). ¿No puede suceder que sea a la inversa?, es decir, ¿que los efectos generales sean un efecto de la anulación de la norma jurídica con efectos inter partes?.

Efectivamente, al igual que el art. 86,2 de la LJCA

(828) DE ELIZALDE, El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., pp. 878 y 879.

(829) AROZAMENA SIERRA,, El recurso de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.173.

(830) CRISAFULLI, Le funzioni delle Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive, en Riv.Dir.Proc. 1966, pp.225 y 226.

(831) Vid. BALLADORE PALLIERI, Effetti e natura delle sentenze delle Corte Costituzionale, Riv.Dir.Proc. 1965 p.165, para quien la reproposición de una cuestión sobre el mismo objeto deberá inadmitirse no por el efecto de cosa juzgada, sino por otras motivos como pudiera ser la falta de interés.

no prescribe que las sentencias tengan efecto "erga omnes", mas esta consecuencia -como afirma González Pérez (832)- va implícita en la declaración de nulidad, porque "anulado el acto, una nueva pretension anulatoria frente al mismo, (aún cuando la causa petendi fuera distinta) carecería de sentido, ya que el acto objeto de impugnación ha desaparecido de la realidad jurídica", de igual forma la existencia de la jurisdicción constitucional, creada al fin de contrastar las normas ordinarias con la Constitución, podría llevar a la consideración de que el efecto "erga omnes" es un efecto implícito en los pronunciamientos del Tribunal, en el caso de que se declare la contradicción de una norma ordinaria con la Constitución.

El control incidental, no debe olvidarse, sólo afecta al proceso constitucional en el momento de su iniciación. El nacimiento del proceso constitucional en su forma de control concreto -cuestión de inconstitucionalidad- ó control concentrado -recurso de inconstitucionalidad- afecta simplemente al modo de nacer el control, no al propio control. La autonomía del proceso constitucional -volvemos a insistir- respecto del proceso "a

(832) GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, op. cit., p.1051.

quo" es total, y una de las consecuencias más importantes de esta autonomía, es que ya haya nacido dicho proceso en una u otra forma, de todas maneras el objeto del mismo será el enjuiciamiento de la norma en relación a su compatibilidad con la Constitución, lo que implica que en el caso de que se estime la inconstitucionalidad de la misma, dicha declaración no solamente tenga efectos para el proceso del que trae causa, sino también para todos los sujetos destinatarios de la norma jurídica anulada, puesto que en definitiva ha sido eliminada del Ordenamiento jurídico.

Como se puede apreciar, éstas sentencias tienen efecto general no porque sean sentencias especiales, sino porque lo que es especial es el objeto sobre el que recaen, la validez de la norma jurídica. Si a esto se añade la existencia de un Tribunal específico para que enjuicie de las mismas, lógico resulta que, ya que las enjuicia un Tribunal de gran prestigio y "auctoritas", las elimine -en caso de que sean contrarias a la Constitución- de una vez y por todas del Ordenamiento jurídico.

Ello conlleva que la virtualidad de la cosa juzgada quede un tanto reducida, porque si tal efecto lo produce

la sentencia a fin de que no se pueda volver a enjuiciar el mismo objeto procesal, en esta ocasión nos encontramos con que al ser anulada una norma, el efecto de cosa juzgada se propaga en todas aquellas direcciones en que la propia norma tenía su radio de acción.

Así las cosas, dado que el art. 164 CE declara que las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad tendrán efectos "erga omnes", resulta interesante plantearse, si el efecto positivo de la sentencia (cosa juzgada material) será el que obstaculice un proceso posterior, ó bien lo que lo impediría sería la ausencia de la norma -a partir de la publicación de la declaración de inconstitucionalidad- dentro del Ordenamiento jurídico. Veamos más despacio ésta cuestión.

Ejercitada ante la jurisdicción civil una acción cuyo fundamento jurídico resida en la norma declarada inconstitucional, ¿el órgano judicial tendrá que desestimarla con fundamento en el efecto prejudicial (cosa juzgada material) de la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad, ó en la falta de fundamento jurídico dado que dicha norma es ya inexistente?.

Supuesto que el órgano judicial desconociese la emisión de la sentencia estimatoria que afecta a la norma

que incide en su fallo, y promoviese respecto de la misma la respectiva cuestión de inconstitucionalidad, la inadmisión que de la cuestión realizará el Tribunal Constitucional, ¿a qué causa se deberá?. ¿Se inadmitirá por ser manifiestamente infundada -puesto que sobre dicha norma ya ha recaído una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad que así la ha declarado y en consecuencia carece de fundamento seguir dudando sobre algo que ya ha sido resuelto- ? ó, ¿por falta de vigencia de la norma cuestionada?.

Aunque pueda parecer artificiosa la cuestión aludida, no lo es tanto. En definitiva lo que estamos planteando es si surten efecto de cosa juzgada las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley.

Si la inconstitucionalidad es un estado que una vez declarado por el Tribunal Constitucional tiene unos efectos "sui generis", aunque similares no son del todo comparables -sobre todo en cuanto a la retroactividad de sus efectos- a otros institutos como la derogación (833), se vuelve tema esencial determinar si dichas sentencias producen efecto de cosa juzgada o no.

(833) Vid. STC 14/81 de 29 de abril BOE 21-5-81. Vid. también infra pp.

Si no lo producen, ello equivaldría a considerar que tal norma ha desaparecido del Ordenamiento jurídico, sin que se tenga que tener en cuenta su causa, circunstancia que a la hora de sopesar la normativa a aplicar a las relaciones jurídicas que hubieren nacido bajo el amparo de dicha norma, podría llevar a unos resultados absolutamente diferentes, a los que en cambio se llegará partiendo de la base de que la causa de su eliminación del Ordenamiento jurídico es la inconstitucionalidad.

Si bien como ha expuesto Arozamena, (834) "si la sentencia es estimatoria y por tanto deroga la norma inconstitucional, no es imaginable un proceso ulterior con el mismo objeto", puede haber situaciones en que el Tribunal Constitucional se vea compelido a tener que resolver -ya sea en sede de admisión, ó al final del procedimiento (835)- sobre una cuestión respecto de la que con anterioridad ya haya resuelto a favor de la inconstitucionalidad de la norma puesta en cuestión.

(834) AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, op. cit., p.172.

(835) Por ejemplo, aquéllos casos en que habiéndose admitido varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre la misma norma, al no haberse acumulado y haber transcurrido ya la fase de admisión, sea necesario decidir cada una de ellas, aún cuando se haya resuelto ya sobre la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Por otra parte, no sólo dictará con esta causa el Tribunal Constitucional autos de inadmisión ó sentencias desestimatorias sino que como expusimos la inconstitucionalidad sobrevenida podrá provocar el enjuiciamiento de la norma ya declarada inconstitucional. Vid. supra pp.471 y 472.

El art.38,1 LOTC prescribe que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada. Pese a la conflictividad del citado precepto, ya que esta declaración como cabe observar, predica tal efecto para todo tipo de sentencias, y ello como veremos a continuación habrá en cambio de entenderse simplemente respecto de las sentencias estimatorias, en esta ocasión fundamenta la alternativa por la que optamos.

No siendo iguales los efectos que produce la inconstitucionalidad que los de cualquier otra fórmula de las que extinguen una norma en el Ordenamiento jurídico, si se inadmite o desestima en base al efecto de cosa juzgada, ello conlleva que el juez "a quo" proponente de la cuestión quede vinculado a la declaración de inconstitucionalidad de la norma, a tener la norma cuestionada por inconstitucional, y no simplemente por no vigente.

Como dijimos con ocasión del estudio de los autos de inadmisión, la apreciación de la cosa juzgada conlleva que los efectos de la inconstitucionalidad de la norma se retrotraigan a relaciones jurídicas que, como la que originó el control constitucional, estaban pendientes con

anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En cambio, la apreciación de la falta de vigencia vinculará a partir de la fecha de la sentencia en que se declare la inconstitucionalidad.

En consecuencia, el instituto de la cosa juzgada es sumamente útil también en estas sentencias.

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional quien ha inadmitido ya cuestiones de inconstitucionalidad basándose en el efecto de cosa juzgada (836).

Para terminar, dado que con base en el efecto "erga omnes" que tienen dichas sentencias se ha discutido su carácter jurisdiccional, resulta interesante ocuparnos de la construcción chiovendiana respecto de los efectos "erga omnes" de las sentencias constitutivas. Ello nos hará comprender las similitudes entre la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad y las demás sentencias.

(836) Vid. ATC 85/81 de 28 de julio; ATC 86/81 de 28 de julio; ATC 264/83 de 7 de junio. Vid. también la STC 41/83 de 18 de mayo BOE 17-6-83.

* - LA CESACION DE VIGENCIA DE LA NORMA JURIDICA COMO CONSECUENCIA PREVISTA POR LA CONSTITUCION A LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA TESIS DE LIEBMAN.

Al igual que Chiovenda (837) salvaba la jurisdiccionalidad del nuevo estado jurídico que producía la sentencia constitutiva aduciendo que el mismo lo producía la ley y no dependía de la voluntad del órgano jurisdiccional, (que lo único que hacía era reconocer esa voluntad de la ley que venía unida a la atribución al actor de un específico derecho potestativo), lo mismo podemos decir en el caso que nos ocupa:

- El efecto "erga omnes" de la sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad lo produce la Constitución al prever el propio control constitucional. Esta es la tesis de Liebman para explicar tales efectos.

Para Liebman (838) el carácter general de las resoluciones estimatorias del Tribunal Constitucional no nace de la voluntad de éste Tribunal, sino del art. 136.1 de la Constitución Italiana, homólogo al 164 CE. Para el

(837) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., pp. 215 a 217.

(838) LIEBMAN, Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale, en Riv.Dir.Proc. 1957, I, p.511.

autor citado, la Corte se limita a declarar la inconstitucionalidad de la norma en orden al supuesto de hecho concreto que se le somete a examen, la abrogación de la norma deriva "ex lege" del hecho de haber declarado la Corte Constitucional la inconstitucionalidad "inter partes" (839).

Como es fácil observar, el planteamiento de Liebman es similar al que ofrece Chiovenda para explicar los efectos de la sentencia constitutiva.

Chiovenda consideraba que la sentencia constitutiva da respuesta al derecho potestativo del actor al cambio jurídico, pero que lo que produce ese cambio jurídico no es la voluntad del Juez, sino la de la ley. La ley es la que anuda a la resolución judicial (expresando la existencia o inexistencia del derecho del actor al cambio jurídico) la creación, modificación o extinción de un estado jurídico nuevo.

Aunque como apuntó Carnelutti (840), esta explica

(839) La misma opinión que Liebman, sostiene BALLADORE PALLIERI, Effetti e natura delle sentenze delle Corte Costituzionale, op. cit., p.165, puesto que afirma que lo que produce la fuerza erga omnes de las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, no es la voluntad del Tribunal Constitucional expresada en ese sentido, sino el art. 136 de la Constitución italiana que hace nacer de la declaración de ilegitimidad de la norma, el estado de nulidad de la misma.

ción es sin duda un tanto ficticia, ya que sabido "a priori" por el Juez constitucional que la Constitución atribuye efectos generales a la sentencia, éste tiene en su mano producirlos o no, puesto que en definitiva la producción de éstos dependen del contenido que dé a su sentencia, es aceptable sin embargo esta teoría, porque explica el "ser" de las sentencias constitutivas, y si en todo caso ello parece ficticio, lo mismo habría de parecer, por ejemplo, respecto de las sentencias constitutivas que declaran la ilegalidad de un reglamento, y siempre se ha aceptado su jurisdiccionalidad.

Que la sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad de una norma produzca a su vez normas jurídicas, en el sentido de que al eliminar una naturalmente entran en juego otras, es un efecto que no deriva directamente de la sentencia del Tribunal Constitucional, sino de la Constitución y de que el objeto del control sean normas jurídicas.

(840) CARNELUTTI, Derecho y Proceso, op. cit., p.27, nota 51. Vid en el mismo sentido, PUGLIESE, Giudicato civile, op. cit., p.851.

2).- CARENCIA DE COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA DESESTIMATORIA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD.

A).- SU FUNDAMENTO.

En base a que el fundamento de la existencia del Tribunal Constitucional es la atribución de la soberanía al pueblo, y que al igual que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, también el Tribunal Constitucional está sujeto a la Constitución, consecuencia directa de ello es la prohibición que pesa sobre dicho Tribunal de asumir la posición de legislador constitucional.

El Tribunal Constitucional es un órgano constituido por el poder constituyente. De aquí que en ningún caso pueda rectificar o modificar la voluntad constitucional.

Si la sentencia vale como expresión de la voluntad del Estado (841), el propio Estado no puede desobedecer la voluntad del poder constituyente que es quien lo ha creado.

(841) CHIOVENDA, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vol.I, op. cit., p.47.

La proyección de ésta estructura sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional es directa:

Si las sentencias desestimatorias (interpretativas ó no), impidiesen que la disposición o la norma puesta en cuestión pudiese volver a ser enjuiciada por el Tribunal Constitucional, dichas sentencias estarían dotando a las normas objeto de las mismas, de la propia "rigidez" (842) que tiene la Constitución.

El Tribunal Constitucional es intérprete constitucional, no legislador constitucional. Es diferente que mediante las sentencias resolutorias de la cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal consiga -entre otros efectos- la creación de normas ordinarias (843), que la creación de normas de carácter constitucional. Ello situaría a dicho Tribunal, al mismo nivel que el poder constituyente que es el que ha elaborado la Constitución y, -como hemos dicho- el único poder soberano.

(842) Sobre el principio de rigidez constitucional, Vid. LUCAS VERDU, *Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional*, en *Escritos en homenaje a Perez Serrano*, Madrid 1959, pp 107 a 132. En especial, p.113 donde expresa que la rigidez constitucional es una garantía y a su vez un límite, lo que se proyecta en el tema que nos interesa en el siguiente resultado: que las normas constitucionales no podrán ser creadas sino por el poder constituyente.

(843) Que podría convertirse el Tribunal Constitucional en legislador constitucional, en el caso de que sus sentencias desestimatorias produjesen el efecto de cosa juzgada, es tan cierto, que precisamente el temor a que asumiese dicho Tribunal tal status, era una de las motivaciones de Karl Scmidt, para atacar la existencia del control de la constitucionalidad.

Esta es la razón de que como reza en el art. 1 LOTC, el Tribunal Constitucional sólo esté sujeto a la Constitución y a su Ley Orgánica (844), de lo que cabe deducir que, en cambio, no lo está a su propia jurisprudencia, aseveración que también está expresamente contemplada en el art. 13 LOTC (845). Ello implica, refiriéndonos al caso que nos ocupa, que no surten efecto de cosa juzgada material las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.

La inexistencia del efecto de cosa juzgada material, aparte de evitar que el Tribunal "se encierre en sus propios e inevitables errores" (846), también evita -y ésta es su razón primordial- que las normas ordinarias adquieran el "status" de constitucionales -ó como dice Zagrebelsky (847)- que adopten "un peremne status de legitimidad constitucional". Si tales sentencias produjesen dicho efecto, habría que convenir que la norma que enjuiciada por el Tribunal hubiese resistido ésta confron-

(844) Mandato éste último, que podría desde luego considerarse inconstitucional, ya que la LOTC no es una Norma de rango constitucional.

(845) Art. 13 LOTC: "Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno."

(846) DE CASTRO cit. por ARAGON REYES, en Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores a la jurisprudencia, en El Tribunal Constitucional, Vol.I. op. cit., p.532.

(847) ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, op. cit., p.184.

tación sin ser declarada inconstitucional, habría adquirido a modo de una patente de corso en el futuro, ya que nunca más podría volver a ser objeto de enjuiciamiento. Evidentemente, habría dejado de estar sujeta al control constitucional.

Como dice Capelletti (848), la atribución de cosa juzgada a las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, supondría una confirmación ó a una interpretación auténtica de la norma enjuiciada, función que, obviamente, no tiene el Tribunal Constitucional.

De esta opinión es también el propio Calamandrei. Si bien en su primer trabajo sobre el tema (849) opinaba que tales sentencias impedían volver a cuestionar la norma sobre la que recaían, más tarde—convencido, como él mismo expresa (850) por las razones de Azzaritti—cambió de opinión, considerando que tales sentencias, dado el objeto sobre el que recaen, no pueden producir efecto de cosa juzgada, pues que no producen —como sostuviese Azza

(848) CAPELLETTI, Pronunce di rigetto nel processo costituzionale della libertà e cosa giudicata, Riv.Dir.Proc., 1956 p.136.

(849) CALAMANDREI, La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil, op. cit., p.94, donde fundamentaba tal efecto, no en la cosa juzgada, sino en la interpretación auténtica en que consistía la sentencia desestimatoria.

(850) CALAMANDREI, Corte Constitucional y Autoridad Judicial, op. cit., pp.164 y 165.

ritti- ningún efecto fuera del proceso en el curso del cual fué propuesta.

Adviértase que lo contrario implicaría que tal interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de una norma (sentencia de acogimiento parcial (851), o tal desestimación de la inconstitucionalidad, quedaría dotada de una rigidez y fijeza que sólo puede tener la Norma Constitucional, ya que ello daría lugar a la creación de una legalidad constitucional paralela a la de la Constitución, cuyo origen no estaría en la voluntad soberana de la Nación.

En definitiva, podemos decir con Capelletti (852) que no pueden parangonarse en cuanto a la cosa juzgada se refiere, las decisiones de desestimación de la inconstitucionalidad de las normas con las restantes sentencias desestimatorias emanadas por los órganos jurisdiccionales (853). Aparte de las razones ya expuestas, porque -como acertadamente expone el citado- parece difícil poder ad

(851) Vid. infra pp.

(852) CAPELLETTI, Pronunce di rigetto nel processo costituzionale ... Riv.Dir.Proc. 1956, p.149.

(853) Vid. en similar sentido ZAGREBELSKY, La Giustizia Costituzionale, op. cit., p.185; y PIZZORUSSO, Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze delle Corte Costituzionale, en Giur.Cost. 1966, p.1976.

mitir "a priori" que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y las situaciones subjetivas garantizadas constitucionalmente, puedan ser sacrificadas en interés de la seguridad jurídica. Tanto más si se piensa -añade- que éste fin de la seguridad jurídica al que responde la institución de la cosa juzgada no es un fin en sí mismo, sino que debe ser el medio para hacer posible la propia convivencia de los ciudadanos.

En coherencia con estas razones, no puede un bien que es por definición fundamental para el Ordenamiento, y por tanto, para la paz social, sacrificarse a esta paz misma sencillamente porque no la lograría (854).

Además, la convalidación de una determinada norma a efectos del control de la constitucionalidad, supondría el cierre a una jurisprudencia evolutiva, ya que "la indeterminación de algunas Normas Constitucionales -como decía Treves (855)- y el continuo cambio de las situaciones sociales, crean siempre nuevos problemas relativos a la elección de valores y a su realización por

(854) CAPELLETTI, Pronunce di rigetto nel processo costituzionale op. cit., p.149. Vid. también p.150.

(855) TREVES, Introducción a la Sociología del Derecho, Madrid 1978, p.176.

medio del derecho", con lo cuál puede muy bien suceder, que una norma o una específica interpretación de la misma, si en un principio fué conforme a la Constitución, pasado el tiempo resulte disconforme a la Norma Suprema.

Por otra parte, dado que en ocasiones la norma no es inconstitucional en si misma sino en contraste con otra (856), ya que la inconstitucionalidad deviene de la vulneración que del principio de igualdad provoca, bien el mismo trato a situaciones que son diversas ó el trato diferente a situaciones que son iguales, la convalidación de una norma de una vez y para siempre, no permitiría apreciar el vicio de inconstitucionalidad sobrevinida -en este caso- en que pudiera incurrir una norma (857).

Si las sentencias desestimatorias causaran efecto de cosa juzgada, sería como atribuir al Tribunal Constitucional la facultad de modificar la Constitución.

Entre otras causas, a ello obedece además la publica

(856) Vid. supra pp. 405 a 409.

(857) En base a esta posibilidad que tienen las normas jurídicas de devenir inconstitucionales, discrepamos de la opinión de ARAGON REYES, Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional, control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia, en El Tribunal Constitucional, Vol.I, op. cit., p.564, cuando al objeto de diferenciar entre derogación e inconstitucionalidad, afirma que la inconstitucionalidad en sentido estricto es siempre originaria.

ción de los votos discrepantes de las sentencias del Tribunal Constitucional, ya que es importante la aportación de materiales que puedan basar en su momento un cambio de orientación de la jurisprudencia del mismo.

Por otra parte, y aunque sea sólo a título ilustrativo, debe reseñarse que esta carencia del efecto de cosa juzgada es, en opinión de Pizzorusso y Balladore Fallieri (858), una cuestión totalmente aceptada en la práctica y en la doctrina italiana.

Por ello, aunque somos conscientes que podríamos mantener como existente el efecto de cosa juzgada, siempre que lo encorsetáramos en los límites precisos del art. 1252 del Código Civil, pues que argumentando un cambio en las circunstancias socio políticas, siempre sería posible volver a proponer la cuestión de inconstitucionalidad, motivándola en que aunque la norma ya ha sido objeto de una sentencia desestimatoria, la identidad que respecto de la causa necesita la cosa juzgada para

(858) PIZZORUSSO, Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze delle Corte Costituzionale, op. cit. . Vid. también, BALLADORE PALLIERI, Effetti e natura delle sentenze delle Corte Costituzionale, Riv.Dir.Proc. 1965, p.162 donde expone textualmente que "E oramai opinione pacifica, nella prassi é si può dire, nella dottrina de il rigetto della eccezione di inconstituzionalità non impedisce il riproponimento della questione".

producirse, se ha perdido -argumento que lleva a Almagro Nosete (859) a predicar el efecto de cosa juzgada de este tipo de sentencias- ello nos parece que supone desconocer los principios constitucionales que sobre la materia se proyectan, y que impiden que desde el principio de rigidez de la Constitución se pueda teóricamente admitir la producción de dicho efecto.

Aunque pudiera parecer en principio que razones de economía procesal aconsejarían que las sentencias desestimatorias tuvieran dicha eficacia, ha de tenerse en cuenta que al ser el objeto de debate la constitucionalidad de una norma, otorgar a estas sentencias eficacia de cosa juzgada supondría convalidar de una vez y para siempre una específica norma, con lo cual, al no poder volver a ser enjuiciada nunca más, ésta habría variado sustancialmente su rango normativo, ya que las únicas normas que no son susceptibles de ser declaradas inconstitucionales son las contenidas en la Constitución.

Si la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad

(859) Vid. como sostenedores de la producción de cosa juzgada de las sentencias desestimatorias, ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, op. cit., p.171; PEREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, op. cit., pp.279 a 282; SAAVEDRA GALLO, *La duda de inconstitucionalidad*, op. cit., p.279; GONZALEZ PEREZ, *La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, op. cit., pp. 1237 y 1238.

dad produjese efecto de cosa juzgada, la norma ordinaria enjuiciada quedaría asimilada con la Constitución, y ello claramente atenta contra los principios insitos en la misma.

Las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad no pueden tener otra eficacia que la del cierre formal del proceso constitucional, con la consiguiente reanudación del proceso principal en que emergió la cuestión, y la de vincular al Juez que la promovió (art. 38,3 LOTC), impidiéndole dudar de la constitucionalidad de la norma cuestionada. Como expresa además Allorio (860) "el pronunciamiento de rechazamiento en el proceso constitucional no puede tener valor de cosa juzgada, ... porque no hay partes, mas exactamente, no hay una controversia respecto de la cuál pueda constituirse la cosa juzgada".

El Tribunal Constitucional es competente para enjuiciar la disconformidad de las normas ordinarias con fuerza de ley respecto de la Constitución, pero no lo es para declarar la conformidad de aquéllas con ésta.

(860) ALLORIO, Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada, en Problemas de Derecho Procesal, T.II, Buenos Aires 1963, p.57.

En la doctrina española, la desafortunada regulación de la LOTC ha provocado una gran confusión. Dejando ahora el tema de la regulación concreta que desde esta Ley se produce, y en la que entraremos en este mismo capítulo, veamos cuál ha sido la postura de algunos autores españoles.

Acertada nos parece la opinión de Arozamena Sierra (861), quien, examinando los fines a que conduce la cosa juzgada en el proceso civil, tras aseverar que en el proceso constitucional las circunstancias son absolutamente diferentes que en aquél, opina que como "el juez constitucional verifica la legalidad constitucional de una materia mudable, y verifica esa legalidad desde valoraciones que no son inmutables "... "el ius dictum del juez constitucional tiene una propiedad diversa del juez civil". Si permaneciera inmutable se estaría impidiendo la evolución de la jurisprudencia constitucional, cuestión inadmisibles, (agregamos nosotros), desde la perspectiva del principio de rigidez constitucional que es precisamente en base al cuál se instaura el control constitucional.

(861) AROZAMENA SIERRA, El recurso de inconstitucionalidad, en El Tribunal Constitucional, Vol. I. op. cit., pp. 174 y 175 en concreto p.175.

Al mismo resultado llega De Elizalde (862), argumentando que según el art. 164 de la CE sólo pueden producir efectos generales las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, por lo cuál debe negarseles dichos efectos a las sentencias desestimatorias. Ello contrariaría la debida defensa de la Constitución.

Si como hemos afirmado en el epigrafe anterior, el efecto "erga omnes" de las sentencias estimatorias nacia -al igual que las que estimaban la ilegalidad de una norma reglamentaria- de la declaración "inter partes" de la inconstitucionalidad de la norma, en buena lógica, respecto de las sentencias desestimatorias tendría que suceder igual. Por ello creemos, volviendo el argumento al contrario, que si las sentencias desestimatorias no tienen efectos generales, no tienen efectos inter partes. No cabe uno sin el otro.

Si como dice García de Enterría las sentencias desestimatorias no deben tener efectos generales, ya que ello supondría otorgarles un valor "cuasi-legislativo" (863), de igual forma, tampoco pueden producir efecto de cosa juzga

(862) DE ELIZALDE, El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia, en el Tribunal Constitucional, Vol. I. op. cit., p.879. Vid. también en similar sentido BOCANEGRA SIERRA, El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional, Madrid 1982, pp.269 a 274.

(863) GARCIA DE ENTERRIA con T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I. op. cit., p.179.

da material respecto del proceso del que traen causa, ya que todo órgano jurisdiccional está obligado, en caso de que dude la constitucionalidad de la norma que incide en su fallo a promover la cuestión de inconstitucionalidad.

Por otra parte, si la sentencia desestimatoria no constituye a la norma enjuiciada por su presunta inconstitucionalidad en un estado jurídico de "constitucional", a qué queda vinculado el Juez que elevó la cuestión de inconstitucionalidad. Evidentemente a nada. Una cosa es el efecto preclusivo, que limitado al Juez proponente de la cuestión, y a fin de volver ordenado el proceso surte ésta sentencia, y otro tema muy diferente es el de la cosa juzgada.

Además, como aduce García de Enterría (864), si la sentencia desestimatoria tuviera efecto de cosa juzgada ello equivaldría "a consagrar de una manera rígida un riguroso stare decisis que vincula al Tribunal a sus propios precedentes jurisprudenciales, fórmula totalmente extraña a nuestro sistema y aún al sistema anglosajón para los Tribunales superiores, que pueden, ellos solos,

(864) GARCIA DE ENTERRIA con T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I. op. cit., p. 174.

apartarse de los precedentes y así hacer evolucionar la jurisprudencia, como es notorio que es normal en la producida en materia de judicial review".

En cuanto al apoyo normativo en la LOTC de la alternativa propuesta, dado que el art. 38,2 LOTC relata el régimen al que deberán acomodarse las sentencias desestimatorias del recurso de inconstitucionalidad, de ello cabe inferir que tales sentencias -las desestimatorias, tanto del recurso como de la cuestión- no se encuentran integradas en el art. 38,1, precepto que atribuye a toda clase de sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad efectos generales.

En consecuencia, al no establecer el art. 38,2 -como lo hace respecto del recurso- el efecto de cosa juzgada, cabe inferir de este particular que las sentencias desestimatorias dictadas en cuestiones de inconstitucionalidad no producen tal efecto.

Conforme al art. 38,3 LOTC: "Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la

sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas".

Traida a colación la sentencia desestimatoria del recurso de inconstitucionalidad, es interesante advertir que el Tribunal Constitucional ha corregido el art. 38,2 LOTC (865), cuyo juego con el art. 29,2 LOTC (866) impedía la compatibilidad entre el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Aunque conforme al art. 38,2: "las sentencias desestimatorias dictadas en recurso de inconstitucionalidad, impidieran cualquier planteamiento ulterior de la cuestión en la misma vía fundado en idéntico precepto constitucional", el Tribunal Constitucional (867) ha declarado al respecto lo siguiente:

"Si en el futuro se plantearan casos concretos que permitieran apreciar nuevos matices en orden a justificar la oposición - o la disconformidad- a la Constitución de algunos de los preceptos cuya constitucionalidad no se declara ahora, el Juez o Tribunal correspondiente podría promover la cuestión de inconstitucionalidad con relación al precepto que le suscitara la duda, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38,2 de la Ley Orgánica del Tribunal".

(865) No podemos por menos de recordar la aguda crítica -y merecida- del prof. GARCIA DE ENTERRIA, Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, op. cit., pp. 174 y 179, contra este precepto, que según el prof. citado interpretado literalmente es inconstitucional.

(866) Téngase en cuenta que de la dicción del art. 29,2 parece desprenderse, al indicar dicho precepto expresamente la posibilidad de nueva interposición de la cuestión cuando hubiese sido desestimado un recurso de inconstitucionalidad por razones de forma, que a "sensu contrario", y con base en la frase "no será obstáculo", si la desestimación del recurso lo fuera por razones de fondo ello obstaculizaría el posible replanteamiento del enjuiciamiento de la misma norma mediante la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

Esta interpretación además venía avalada, tanto por la andadura parlamentaria del 29,2 como por el propio art. 38,2, que al indicar tan ambigüamente que las sentencias desestimatorias impedirían el planteamiento de la cuestión en "la misma vía", suscitaba dudas en cuanto a si por ésta habría de entenderse la de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad ó sólo la vía del recurso de inconstitucionalidad.

Sin entrar a valorar la oportunidad técnica del art. 29 LOTC, los debates parlamentarios en torno al mismo indican claramente que su redacción está en absoluta conexión con el espíritu que inspiró al legislador al redactar la norma. A éste propósito recordemos, que el art. 32,2 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados (B.O.C.G. de 24-5-1979), (actual art. 29,2 de la LOTC), se expresaba en los siguientes términos:

"La desestimación de un recurso de inconstitucionalidad contra una ley ... promovido en vía principal, no será obstáculo para que la misma ley,... .. pueda ser impugnado en vía incidental con ocasión de su aplicación en otro proceso".

Después del Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados (B.O.C.G. de 30-7-1979), el art. 32,2 quedó modificado como sigue:

"La desestimación por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad ...".

En éstos mismos términos ha sido recogido por la LOTC siendo el actual art. 29,2. Como cabe apreciar, se suprimió el inciso que acotaba los efectos excluyentes de la desestimación del recurso de inconstitucionalidad solamente a la vía del recurso de inconstitucionalidad, por lo que pasó a excluir también la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

Así pues, del recorrido parlamentario del art. 29,2, resulta fácil colegir que así como en un primer momento quedaba abierta la vía incidental, cuando en vía principal hubiera recaído sentencia desestimatoria bien por razones de forma ó por razones de fondo, ya que nada se especificaba al respecto, más tarde dicha vía fué cerrada para las sentencias desestimatorias que lo fueran por razones de fondo. En consecuencia, fueron suprimidos los términos generales de "desestimación de un recurso" y sustituidos por los de "desestimación por razones de forma de un recurso de inconstitucionalidad".

(1867) STC 4/81 de 2 de febrero BOE 24-2-81, f.j.i.3)

B).- LA EFICACIA DE LA SENTENCIA EN UN ORDEN JURIS-
DICCIONAL DIFERENTE AL QUE HA SIDO DICTADA.

El problema de la eficacia de la resolución de la cuestión prejudicial en el orden donde es resuelta como asunto principal, es sin duda diferente al de la eficacia de la misma en el proceso principal.

Abordado ya el problema de la falta de efecto de cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria en el orden constitucional, así como en el proceso "a quo", veamos qué peculiaridades presenta esta circunstancia respecto de la resolución de las restantes cuestiones prejudiciales.

La resolución de las cuestiones prejudiciales devolutivas tiene una desigual incidencia en el proceso principal. La observación de la eficacia de la sentencia civil en el proceso penal (868), así como la que ejerce la sentencia penal en el proceso civil, es buena prueba de ello (869). En tal forma ello es así, que tomando como base lo que ocurre en estos órdenes jurisdiccionales, no

(866) GOMEZ ORBANEJA, Eficacia de la sentencia civil en el proceso penal, R.D.P. 1945, pp.165 y ss.

(869) GOMEZ ORBANEJA, Eficacia de la sentencia penal en el proceso civil, R.D.P. 1946, pp.5 y ss.