

ANTECEDENTES Y NORMATIVA DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Ignacio Ma. DE LOJENDIO E IRURE *

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* 1. *La Constitución española de la II República y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales.* 2. *El control de constitucionalidad italiano por vía incidental.* 3. *El control concreto de constitucionalidad en la República Federal de Alemania.* III. *La cuestión de constitucionalidad en el ordenamiento vigente.* 1. *El principio de primacía de la Constitución.* 2. *Normativa constitucional y legislativa de los procedimientos de control.* 3. *Naturaleza, objeto y parámetro de validez.* 4. *Planteamiento y garantías procesales. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Efectos de las sentencias.* 5. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El día 1º de agosto de 1980, el gobernador civil de Sevilla suspendió el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de aquella capital sobre creación de juntas municipales de distrito. Se fundaba, para ello, en el artículo 365.1, en relación con el 362.1.4º de la Ley de Régimen Local, por entender que el acuerdo municipal infringía el artículo 294.3 de dicha ley, y el artículo 192 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales.

El gobierno civil da traslado de la suspensión a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla para que se siga el procedimiento previsto en el artículo 118 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La Sala de la Audiencia requiere, por su parte, a la Corporación Local para que remita el expediente y formule las oportunas alegaciones; acuerda, después, oír al abogado del Estado y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia, o no, de plantear la "cuestión de inconstitucionalidad" y, no obstante al parecer negativo de uno y otro, opta por plantearla, por entender que la mayoría de los tenientes de alcalde del Ayuntamiento de Sevilla cuestionaron la constitu-

* Catedrático de derecho político. Universidad de Sevilla.

cionalidad de los mencionados artículos 365.1 y 362.1.4º de la Ley de Régimen Local, y por estimar, en consecuencia, que de la validez o invalidez de dichos preceptos dependía el fallo al considerar que eran contrarios a los artículos 131 y 140 de la Constitución española.

El Tribunal Constitucional admitió la "cuestión", y, en su día, dictó sentencia. Fue la primera sentencia pronunciada en procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad, la Sentencia 14/1981 de 29 de abril. El objeto de la cuestión fue una ley preconstitucional y el fallo forma parte de las llamadas sentencias "interpretativas".

Se ponía así en juego la segunda de las vías procesales de control de la constitucionalidad previstas en la Constitución española (CE). La establece en su artículo 163, que dice así:

Quando un órgano judicial considere en algún proceso que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley que, en ningún caso, serán suspensivos.

Desarrollan este precepto constitucional los artículos 35 a 37, específicos sobre la materia y los artículos 38 a 40, comunes a los procedimientos de *recurso* y de *cuestión* de inconstitucionalidad en lo que concierne a los efectos de la sentencia, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 2/1979 de 3 de octubre.

II. ANTECEDENTES

El procedimiento de control concreto de constitucionalidad que la Constitución de 1978 ha introducido, forma parte del sistema de protección de la ley fundamental en garantía de la conformidad que a la misma deben las leyes y actos con fuerza de ley que componen el ordenamiento jurídico y que en aquélla tienen su modelo y fundamento. Dentro del conjunto de medidas y procedimientos que el Constituyente ha establecido al efecto, el instituto definido como cuestión de inconstitucionalidad completa la amplia estructura del control abstracto implantado por el artículo 151 de la CE, y significa una instancia abierta a la disposición del juez o tribunal ordinario al que constituye en partícipe de la defensa de la ley fundamental, la *lex superior*, cuantas veces sus preceptos hayan de servir de parámetro de validez de las normas legales de aplicación a los casos sobre los que tiene jurisdicción.

El procedimiento de control concreto de inconstitucionalidad ha sido instaurado en la España de hoy después de alcanzar experiencia y madurez en otros ordenamientos democráticos europeos en países de nuestro entorno cultural. De ahí la conveniencia de comenzar este trabajo con una semblanza de sus modelos respectivos actualmente en vigor, entre los que dedicaremos nuestra atención a los adoptados por la Constitución de la República Italiana y la de la República Federal de Alemania, las dos primeras cartas fundamentales de la última posguerra. Pero la justicia histórica obliga a que les preceda un breve examen del modelo introducido por la II República española, su antecedente nacional más notable.

Estos tres modelos que pasamos a considerar son puntos de referencia útiles para valorar el procedimiento de control concreto de constitucionalidad en el ordenamiento español vigente.

1. *La Constitución española de la II República y la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales*

El primer antecedente de un intento de control de constitucionalidad en España se remonta al artículo 77 del Proyecto de Constitución de la I República, año 1873, que facultaba al Tribunal Supremo en Pleno a suspender los efectos de una "ley contraria a la Constitución". Era una interesante aportación que, no sin cierta verosimilitud, pudo ser atribuida a las simpatías que en alguno de los sectores ideológicos del federalismo español despertaba el ejemplo del control judicial en los Estados Unidos de Norteamérica. Pero el antecedente más próximo y más notable fue el que procedía del Anteproyecto de Constitución de la Asamblea Nacional el año 1929, cuando la dictadura de Primo de Rivera tocaba a su fin. El título XI de aquel Anteproyecto —bajo la rúbrica "De las garantías jurisdiccionales de la Constitución y del procedimiento para su reforma"¹—, además de una poco definida protección de derechos individuales, introdujo la figura de "un recurso por inconstitucionalidad de las leyes en supuestos concretos en que pudieran infringir la Constitución". La competencia para entender dicho recurso fue atribuida a la Sección de Justicia del Consejo del Reino, y desarrollada en el Proyecto de Ley Orgánica de dicho Consejo. Aquel Anteproyecto de Constitución de la Asamblea Nacional en 1929 era

¹ El título IX del Anteproyecto de Constitución de la Comisión Jurídica Asesora de 1931 y al de igual numeración de la Constitución de 1931, hacen recordar éste de la Asamblea Nacional] de la Dictadura por su rúbrica y por las dos materias, garantías y reforma, que integran su contenido.

indicativo del eco en España de las tendencias del nuevo constitucionalismo de la posguerra, en un momento histórico en que era fácil prever cambios políticos importantes a corto plazo. El régimen ya claudicante en que aquella tentativa se produjo, la condenaba a morir antes de haber nacido.

El primer modelo español de jurisdicción constitucional y, concretamente, de control de constitucionalidad de las leyes, fue el instaurado dos años después por la II República en su Constitución de 1931. Era un sistema de contornos imprecisos, "inspirado —a juicio de Pérez Serrano— en modelos tan dispares como el Tribunal de conflictos francés, el Tribunal del Estado alemán y el Tribunal Constitucional austriaco",² si bien, como el mismo autor manifestaría en la por él redactada Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC) en 1933, en su concepción y, dados los términos en que se articulaba el texto constitucional, pareció "necesario orientar todas las instituciones más bien en el sentido austriaco que en el norteamericano".³

La Constitución de 1931, que fue lacónica en la definición del sistema de justicia constitucional, al que dedicaba parte de su título IX, había introducido, en el título VII, sobre la "Justicia", la vía indirecta y preliminar de control concreto que establecía en su "Artículo 100: "Cuando un Tribunal haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales."

Este artículo era reproducido del artículo 78 del Anteproyecto de Constitución de la Comisión Jurídica Asesora,⁴ y, en el seno de la misma, el texto transcrito sólo fue objeto de una enmienda de Javier Elola —que no prosperó—, en la que proponía que dicho texto fuese ubicado en el artículo que establecía quiénes estaban legitimados para entablar "recursos y reclamaciones ante el Tribunal".⁵

² Pérez Serrano, Nicolás, *La Constitución española* (9 diciembre 1931). Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, p. 324.

³ En *Anteproyectos de ley e informes presentados al gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Ed. Sucesores de Rivadeneira, 1933, p. 99.

⁴ De su Subcomisión, encargada de la redacción del Proyecto, formaban parte constitucionalistas y juristas distinguidos como González Posada, Pedroso, Luna, García Valdecasas, Elola, Viñueles, quienes elaboraron un borrador de notable valor técnico.

⁵ Javier Elola proponía además —y este es un dato de interés— que la decisión del juez o tribunal de elevar consulta al Tribunal Constitucional y suspender el procedimiento se formalizase "por resolución motivada"; véase el *Anteproyecto de Constitución de la República Española*, Madrid, Ed. Sucesores de Rivadeneira, 1931, p. 143.

La así concebida "cuestión de inconstitucionalidad", que permitía a los órganos de la administración de justicia participar en el control de constitucionalidad, se conjugaba con las restantes competencias del Tribunal Constitucional previstas en el artículo 121, CE, 1931, como eran el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, el recurso de amparo, etcétera. En lo que atañe a la ordenación del sistema general de garantías, el título IX de la Constitución se limitó a determinar la composición del Tribunal y las personas u órganos competentes, o legitimados, para acudir a aquél, enumeración esta última —artículo 123 de la CE de 1931— que fue criticada "por su desorden, imprecisión y vaguedad", y atribuida al tono "abigarrado e híbrido que se advierte en la organización del Tribunal".⁶

El artículo 124 de la Constitución remitía a "una ley orgánica especial" —la futura Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC) — la tarea de establecer "la extensión y efectos de los recursos a que se refiere el artículo 121, además de las prerrogativas e inmunidades del Presidente del Tribunal". El gobierno tuvo el buen acuerdo de encomendar la redacción del Anteproyecto de dicha Ley Orgánica a la antes mencionada Comisión Jurídica Asesora, cuya Subcomisión del Tribunal Constitucional, presidida por Pérez Serrano, realizó una meritoria labor, un trabajo —comentaba a la sazón Rodolfo Reyes— "de los más serios y completos que los constituyentes han tenido a la vista".⁷ Hay que tener en cuenta la delicadeza y dificultad de aquella misión en materia ante la que discrepaban las posiciones de la doctrina y de los políticos, influidos por la atracción de sistemas contrapuestos de control, el abstracto y concentrado de estirpe kelseniana, llamado "austriaco" y el *judicial review* norteamericano, precedidos, este último, de una ya antigua y dilatada fama, y, aquél, por la relativa novedad de su aún reciente recepción en España. A todo ello se unía tanto el recelo político general que inspiraba un órgano nuevo y su posible interferencia en la esfera reservada al Poder Legislativo como la desconfianza ante el control de constitucionalidad por el juez.

Estas diferencias se evidenciaron en el brillante debate que, durante varias sesiones del Congreso de los Diputados, mantuvieron en mayo de 1933 sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías, Javier Elola, quien lo inició con su extensa y minuciosa intervención informativa, Recaséns Siches, Sánchez Román, Fernández Castillejo,

⁶ Pérez Serrano, N., *La Constitución...*, cit., p. 331.

⁷ Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid. Ed. Espasa-Calpe, 1934, p. 74.

Ossorio y Gallardo y Jiménez de Asúa. El modelo resultante fue un modelo *sui generis*, basado en el sistema europeo, el que entonces llamaban austriaco ya citado, de tipo concentrado, pero que en cumplimiento del artículo 100 de la Constitución permitía, además, a un juez o tribunal de justicia y al Ministerio Fiscal, acudir al Tribunal de Garantías Constitucionales y someter a su decisión la declaración de la validez o invalidez de una ley que fuese de aplicación al caso concreto cuando pudiera ser contraria a la Constitución. El instrumento procesal era el recurso, en vía directa, o bien, en vía indirecta, la "excepción de inconstitucionalidad" o la consulta al Tribunal de Garantías, como actos preliminares al recurso, cuando el proceso se originaba en otro proceso ante el juez o tribunal ordinario.

Los artículos 30 a 33 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 24 de junio de 1933, que regulan la fórmula adoptada y sus trámites procesales, en relación con los antedichos "actos preliminares", y su artículo 42 que determina con carácter general los efectos de las Sentencias del Tribunal, establecieron la normativa legal del sistema. Para el mejor enjuiciamiento de la peculiar variante de control concreto introducida por el modelo español de la II República —Cruz Villalón la califica como "control concreto impropio"—, vamos a detenernos en la fórmula que recoge el texto del artículo 30 de la LOTGC:

1. *La excepción de inconstitucionalidad de la ley pertenece únicamente al titular del derecho que resultare agraviado por la aplicación de aquélla.*
2. *En el caso previsto en artículo 100 de la Constitución los Tribunales de Justicia procederán, de oficio y con sujeción a los trámites fijados por esta ley, a formular su consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales.*
3. *Cuando el Ministerio Fiscal estimara que la ley aplicable a un caso determinado, pudiera ser contraria a la Constitución, deberá plantear la cuestión en forma de recurso ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.*

Tres son, por tanto, los supuestos previstos en el artículo 30. El primero de ellos, la llamada excepción de inconstitucionalidad, requiere una previa explicación. La Constitución, entre los órganos y personas legitimadas para acudir ante el Tribunal, incluía en su artículo 123.5: "toda persona individual o colectiva aunque no hubiera sido directamente agraviada." Este texto constitucional, así redactado, despertó la

INCONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL 423

natural alarma que era de esperar y, llegado el momento de discutir el proyecto de la Ley orgánica del Tribunal de Garantías, la reacción que había provocado dejó bien clara su huella en uno de los momentos más interesantes del ya aludido debate parlamentario en el pleno del Congreso que contribuyó decisivamente a fijar el criterio que prevaleció en la redacción final. Se produjo como reacción de prudencia frente a quienes interpretaban que el artículo 100 de la Constitución dejaba la vía libre para ejercitar la "acción popular" sin restricción alguna, opinión sustentada por algunos sectores de la Cámara. Aquella reacción se manifestó en la enmienda de Ossorio y Gallardo, Recaséns Siches y Sánchez Román, y quedó bien patente en estas palabras de Ossorio en una de sus intervenciones:

Si cualquier ciudadano... si cualquier persona individual o colectiva puede poner pleito al Parlamento aunque no le afecte el asunto y discutir la legalidad constitucional de una ley y obtener la anulación *erga omnes* de esa ley, me parece a mí que ni habrá Gobierno ni Parlamento con prestigio; primero, porque a ese Tribunal no irán las necesidades sino las pasiones y los enconos... y, además, si gana la reclamación se encontrará con un Tribunal que es una institución política, colocado por encima del Parlamento.⁸

Esa fue la razón de que el artículo 30.1 de la LOTGC declarase que la excepción de inconstitucionalidad de la ley pertenece "únicamente al titular del derecho que resultare agraviado por la aplicación de aquélla". En cuanto a la *consulta* al Tribunal, elevada "de oficio" por el juez o tribunal del proceso originario, ésta implicaba una decisión última de dicho tribunal. El planteamiento de la "cuestión" ante el Tribunal de Garantías por el Ministerio Fiscal —artículo 30.3 de la Ley Orgánica— no tiene antecedentes en los modelos europeos que precedieron al de la II República.

Las leyes de la República "las aprobadas por las regiones autónomas", eran en aquel modelo el *objeto del control*, a tenor de lo establecido en el artículo 28 de la LOTGC, que extendía, además, la consideración de leyes a los decretos acordados en Consejo de Ministros "sobre las materias reservadas a la competencia del Poder Legislativo" y "a los decretos de urgencia del presidente de la República", "cuando no se halle reunido el Congreso y en los casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la

⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes 1931-1933*, p. 13186.

República", previstos, respectivamente, en los artículos 61 y 80 de la Constitución de 1931. Los decretos que "análogamente puedan dictar" los gobiernos de las regiones autónomas de conformidad con sus estatutos merecían idéntica consideración. El *parámetro* de validez de las leyes no podía ser otro que la Constitución de la República cuando fueran contrarias o no hubieren sido aprobadas o promulgadas en la forma prescrita por la misma: lo era también si se trata de leyes regionales "cuando infrinjan un precepto de la Constitución" y el respectivo Estatuto de Autonomía "cuando incidan en infracción" del mismo (artículo 29 de la LOTGC).

El *procedimiento* a seguir, en relación con los "actos preliminares" que comentamos —la Ley Orgánica lo regula en sus artículos 31 a 33—, se distingue, por sus trámites específicos, del que se sigue en la vía directa del recurso de inconstitucionalidad.⁹ La Ley establece, a su vez, una distinción en los trámites procesales según se trate de alegación de inconstitucionalidad presentada por cualquiera de las partes "en pleito civil o criminal", en cuyo caso, el juez o tribunal remitirá testimonio de dicha alegación y su respuesta, juntamente con su propio dictamen, al presidente del Tribunal Supremo, quien pasará las diligencias a la sala correspondiente, por razón de materia, para que dictamine sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal de Garantías. El artículo 32 de la Ley Orgánica reafirma el carácter preceptivo de este dictamen del Tribunal Supremo. El dictamen afirmativo permite al órgano Judicial suspender el procedimiento de origen y plantear la cuestión al Tribunal de Garantías; pero si el dictamen del Tribunal Supremo es negativo, no cabe suspensión de aquél, ni podrá la parte interesada interponer recurso sin el previo depósito de una fianza —entre 5.000 y 25.000 pesetas—, fianza, por cierto, de inequívoca intención disuasoria, que recuerda la que en el Proyecto de Ley Orgánica del Consejo del Reino de 1929 se requería para promover el recurso de inconstitucionalidad de las leyes. Con las diferencias propias de cada jurisdicción, el procedimiento era análogo en los "pleitos contencioso-administrativos", los de "ilegalidad y exceso o desviación de poder" y los que pudieran sustanciarse ante "órganos jurisdiccionales de aplicación del derecho social", en lo que, en ningún caso, se suspenderá el procedimiento.

La Ley Orgánica —artículo 31.5— prevé el supuesto de "cuestiones administrativas o gubernativas", no incluido entre los casos mencionados, en las que "el titular agraviado por la aplicación de una ley

⁹ La Ley Orgánica regula este último en sus artículos 35 a 39.

que se reputa inconstitucional podrá interponer recurso ante el Tribunal de Garantía, previo dictamen favorable del Cuerpo Consultivo Supremo de la República". Es un supuesto incongruente con la naturaleza del control de constitucionalidad.

La LOTGC, en su artículo 42, que determinaba los efectos de las sentencias del Tribunal de Garantías, dispuso que las sentencias que declaren que una ley no fue votada o promulgada en la forma prescrita por la Constitución, o por el Estatuto Regional, "producirán la total anulación de aquélla". Son efectos *pro futuro*, pues no podrán afectar "a situaciones jurídicas creadas durante su vigencia". En cambio, las sentencias que resuelvan sobre inconstitucionalidad material, solamente producirán efectos "en el caso concreto del recurso consultado". Era la consecuencia, como observa Cruz Villalón, de la adopción también "por el constituyente y el legislador del sistema de control concreto o vía de excepción".¹⁰

Llegado el momento de valorar el modelo de control adoptado por la II República, son muchas las circunstancias que dificultan un juicio estrictamente objetivo. Ya el punto de partida, la misma concepción y configuración del Tribunal en el periodo de elaboración del texto constitucional —ha escrito Bassols Coma—, "revelaba la inmadurez y las vacilaciones de los constituyentes respecto de la exacta significación de una auténtica Justicia Constitucional".¹¹ Hemos aludido también a la tensa polémica suscitada en el debate parlamentario sobre el Proyecto de Ley Orgánica. Y no cabe olvidar, por otra parte, la experiencia anómala de la II República que no sólo impidió una deseable revisión y puesta a punto del sistema por ella instaurado de control de constitucionalidad, sino que sometió la actuación del Tribunal a la presión constante de los intereses políticos. Fue inevitable que su independencia se resintiera "forzado por la propia marcha de los acontecimientos".¹²

La deficiente definición del sistema de control que la II República implantó, dificulta hoy una calificación precisa del mismo. Así, Rodolfo Reyes, quien de manera tan destacada contribuyó en España al mejor conocimiento del "juicio de amparo" mexicano, se limitó a des-

¹⁰ Cruz Villalón, Pedro, "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5, 1982, p. 141.

¹¹ Bassols Coma, Martín, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 33.

¹² Ruiz Lapeña, Rosa María, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, Barcelona, Ed. Bosch, S.A., 1982, p. 251 y xxv (Introducción).

cribir el nuevo modelo español como "un sistema especial, con algunas características del americano, otras del austriaco y muchas propias".¹³ Como sistema mixto, lo calificó Bassols,¹⁴ y para Cruz Villalón, "el elemento americano aparece... como un cuerpo extraño en un modelo, por lo demás plenamente inserto en el sistema europeo".¹⁵ Ni siquiera la *jurisprudencia del Tribunal de Garantías*, hoy recogida por Bassols y García Ruiz, nos permite ahondar en nuestro enjuiciamiento del sistema. De los siete asuntos en los que el Tribunal conoció de recursos de inconstitucionalidad, uno es una consulta judicial con origen en la Audiencia Provincial de Lérida, dos son casos de excepción de inconstitucionalidad, propiamente dicha, surgidas en procesos ante la jurisdicción civil y contencioso administrativa, y las restantes son excepciones "impropias o administrativas".¹⁶

El Tribunal de Garantías hubo de soportar la onerosa carga de la discrepancia de opiniones sobre su verdadera función y de la presión de los políticos que se resistían a poner la protección de la Constitución en manos de un tribunal. Como declaró ante la Cámara el que sería su primer presidente, Alvaro de Albornoz, ningún político "verá con simpatía el proyecto de Ley de Garantías Constitucionales" porque "todos los políticos tienen la convicción íntima y profunda de que la defensa de la Constitución no es una función jurisdiccional, es algo que incumbe esencialmente al Presidente de la República y al Pueblo".¹⁷ No puede extrañar, pues, "la escasa fortuna con que la Constitución y la Ley Orgánica regularon el nuevo Tribunal", que fue debida —en opinión de Rubio Llorente— "a la confusión que en los constituyentes de la II República existía acerca de la auténtica naturaleza de una institución de este género que, para muchos... no era otra cosa que un pobre sucedáneo de la Cámara Alta". "... Sucedió que la configuración predominantemente política dada al Tribunal anuló la posibilidad de actuar, éste, como instancia arbitral y condenó su obra al fracaso."¹⁸ Pero, en la experiencia de las instituciones, los fracasos enseñan y la lección de la II República no caería en el olvido.

¹³ Reyes Ochoa, Rodolfo, *La defensa constitucional...*, cit., p. 161.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 48.

¹⁵ Por atención de su autor me permito transcribir este y algún otro juicio de Pedro Cruz Villalón, de su obra *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, pendiente de publicación.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, p. 13289.

¹⁸ Rubio Llorente, Francisco, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Público*, núm. 16, 1982-1983, p. 31.

2. *El control de constitucionalidad italiano por vía incidental*

La Constitución italiana vigente, en su título VI, sección 1ª, artículo 134, limita a tres materias las competencias del Tribunal Constitucional: éste juzga sobre las “controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones; los conflictos de atribución entre los poderes del Estado, los del Estado y las regiones y los de las regiones; y sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y los ministros de conformidad con la Constitución”. A su vez, el artículo 137 dispone que “una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas y los plazos para promover los juicios de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los jueces del Tribunal... Por una ley ordinaria se establecerán las demás normas para la constitución y funcionamiento del Tribunal”.

Sobre estas bases, las leyes constitucionales y ordinarias y la jurisprudencia del Tribunal, han configurado el instituto del control *in via incidentale* que constituye uno de los antecedentes más directos de la “cuestión de inconstitucionalidad” del ordenamiento español en vigor. Como rasgos peculiares del modelo italiano, Zagrebelsky señala la *concretezza*, el carácter concreto del control:

Su instrumentalidad con vistas a la no aplicación de la ley en el proceso, y la posición de “intermediariedad” que el juez y el juicio asumen entre la exigencia del poder público expresada en la ley, de un lado, y las relaciones sociales, de otro. Juez y jurisdicción —si es posible esquematizarlo así— son momentos de la organización y de la actividad del Estado-aparato, pero son también... el punto de encuentro entre Estado-aparato y Estado-Comunidad.¹⁹

La *legislación básica* a la que la Constitución remite la regulación del modelo de control está compuesta, en primer lugar, por la Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, núm. 1, que en su artículo 1º optó por el sistema de control “por vía incidental”, es decir, “en el curso de un juicio” o proceso ante el juez ordinario. Crisafulli ha evocado las palabras de Calamandrei cuando dijo que el juicio común es “la antecámara del Tribunal (Constitucional) y el juez del que depende el sujeto al que corresponde abrir o no el *portone* del Tribu-

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Ed. II Mulino, 1977, pp. 84 y 85.

nal".²⁰ La Ley constitucional de 11 de marzo de 1953, núm. 1, dispone, en su artículo 1, que: "El Tribunal Constitucional ejerce sus funciones en la forma, en los límites y condiciones de la misma establecidos por la Constitución, en la citada LC de 1/1948 de 9 de febrero y en la Ley ordinaria emanada para la primera actuación de las preindicadas normas constitucionales." Esta ley ordinaria es la Ley 87/1953 de la misma fecha, 11 de marzo, que la Ley constitucional 1/53 que a ella remite. Sobre el ejercicio de las funciones del Tribunal Constitucional en general, el legislador italiano dictó con posterioridad leyes, como la LC 2/1967, o la Ley 170/1978 que acusan ciertas vacilaciones y diferencias normativas atribuibles al propio desarrollo de la institución.

La *iniciativa* procesal de la cuestión incidental —que puede plantearse en un proceso ordinario de cualquier naturaleza (civil, penal o administrativo, sea contencioso o no)— corresponde a las partes o al juez, de oficio, de acuerdo con las normas que disciplinan el procedimiento. "En el curso de un juicio —dice la Ley 87/53, artículo 23— ante la autoridad jurisdiccional, una de las partes o el Ministerio Público pueden plantear la cuestión de legitimidad constitucional... que también puede ser planteada de oficio." Pueden ser parte en el juicio civil el actor, el demandado, el *litis consorte*, el interventor; en el penal, el acusado, la parte civil, el responsable civil y la persona obligada civilmente a prestar la indemnización. Y puede serlo también como "parte pública", el Ministerio Fiscal, en el procedimiento penal, en todo caso, y en algunos de carácter civil y de jurisdicción voluntaria.²¹ De acuerdo con el artículo 23.1 de la Ley 87/1953, la iniciativa se formaliza mediante instancia dirigida al juez o tribunal, expresiva de la ley o acto en forma de ley que se cuestiona y del precepto o preceptos de la Constitución que se presumen violados. Por su parte, el juez, de oficio, puede elevar al tribunal, directamente, la cuestión de legitimidad, incluso en fases diferenciadas del proceso, como la de instrucción o la de juicio propiamente dicho.

El sistema italiano establece distintas *condiciones requeridas* para la tramitación del procedimiento por vía incidental, requisitos o condiciones *sine qua non*, aunque alguna de ellas, en cierto modo, de relativa exigibilidad. La primera de dichas condiciones, elemental por intrínseca a la naturaleza del control concreto, es la ya exigida por la

²⁰ Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, 5ª edición, Padua, Cedam., 1984, p. 263.

²¹ Zagrebelsky, *cit.*, p. 95.

LC 1/1948, que la cuestión sea planteada de oficio o por una de las partes *nel corso di un giudizio*.

La segunda condición es la *relevancia* de la cuestión en sí, es decir, la presunta inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, a efectos de la decisión judicial. La define el artículo 23.1 de la Ley 87/53 como condición indispensable *qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione* de la cuestión incidental. Cuando la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, dirá el artículo 163 de la Constitución española de 1978, sea una norma con rango de ley "... de cuya validez dependa el fallo"; términos que coinciden literalmente con los del artículo 100.1 de la Ley fundamental de Bonn.²² La fórmula citada del artículo 23.1 de la Ley 87/1953, resulta, pues, menos precisa y tajante que la alemana y la española, y no es extraño que haya suscitado diferencias de apreciación en la doctrina italiana, en la que, como recuerda Crisafulli "no es cuestión pacífica si la relevancia debe asumirse como 'prejudicialidad' rigurosamente *necesaria* o como simple *posibilidad* abstracta de aplicación de la ley cuestionada en el juicio *a quo*".²³

Condición de la iniciativa de parte, también requerida por la Ley 87/53, íntimamente unida a la de relevancia, es la de que se trate de una *cuestión no manifiestamente infundada*, que es requisito, asimismo, del auto de remisión del juez *a quo* al Tribunal. Se advierte que la ley reguladora no exige que la cuestión sea "manifiestamente fundada", o, dicho en términos más expresivos, que la norma en cuestión sea inconstitucional, como requiere, y lo veremos, la Ley fundamental de Bonn. La condición de *non manifesta infondatezza*, debe bastar para impedir que el juez aplique la ley de aplicación al caso concreto y para obligarle a remitir la cuestión al Tribunal Constitucional. Claro está que esto no suprime la dificultad de determinar con exactitud dónde empieza y dónde termina esa no manifiesta *infondatezza* de la cuestión. La doctrina italiana que, en general, coincide en comentar el amplio margen de opinabilidad que esta verificación abre, entiende que sólo puede declararse como manifiestamente infundada una cuestión "cuando la inconsistencia de los argumentos que la sostienen aparecen *ictu oculi*".²⁴ De todas formas, si la cuestión sus-

²² "Ein Gesetz auf es bei der Entscheidung ankommt".

²³ Crisafulli, V., *op. cit.*, p. 282. Es interesante, al respecto, el comentario de Paulo Carnevale, "Irrelevanza di fatto e soprarvenuta e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale" en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 10, 1984, pp. 2387 y ss.

²⁴ Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, tomo II.

citada por cualquiera de las partes carece de "relevancia" y es "manifiestamente infundada", el Tribunal dictará el correspondiente auto de no admisión.

El auto de no admisión dictado por el juez, a que acabo de referirme, en el incidente de inconstitucionalidad planteado por una de las partes, será —como indica Zagrebelsky— un auto "adecuadamente motivado", como está previsto por el artículo 24 de la Ley 87/1953, si bien, de hecho, suele ser "sucintamente motivado" (artículo 134 Código de Procedimiento Civil.²⁵ Este dato nos lleva a considerar brevemente la condición de *motivación*. El artículo 110 de la Constitución italiana dispone que "todas las providencias jurisdiccionales deberán ser motivadas". Sin embargo, cuando en el caso contrario a que hemos aludido, el juez admite la cuestión y dicta en consecuencia el oportuno auto de remisión al Tribunal Constitucional de las actuaciones procesales, así como de suspensión del juicio *a quo*, en la práctica —recuerda Pizzorusso— la motivación se reduce a "una simple referencia a los motivos de la pretensión de parte, a los que podrá el juez, eventualmente, añadir otras consideraciones relativas, por ejemplo, a la fundamentación de la cuestión o a su relevancia...".²⁶

En cuanto al procedimiento ante el Tribunal Constitucional, y sin entrar en detalles concretos de su tramitación, su primera misión es la de verificar la relevancia, fundamento y motivación de la cuestión planteada por el órgano Judicial de origen, examen que, de ser negativo, concluirá con una decisión de no admisibilidad de la cuestión incidental. En el supuesto contrario, concluido el primer plazo en que las partes del proceso, y los órganos públicos interesados —el presidente, gobierno central o, en su caso, el de la Junta Regional— podrán personarse en el procedimiento, presencia o intervención que es facultativa, se designa el juez o magistrado ponente, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 87/1953, y posteriormente, vencido un nuevo plazo, tiene lugar la audiencia pública, salvo en casos especiales. El proceso constitucional no es, por tanto, un proceso de carácter contencioso, pues, como se indicó, no es preceptiva la intervención de las partes del procedimiento incidental, ni la representación de los órganos del Estado o la región.

Las *sentencias* pueden ser desestimatorias o estimatorias, pueden afectar a la totalidad o, solamente, a parte de las normas de la ley en cuestión, interpretativas. El artículo 27 de la antes citada ley auto-

²⁵ *Op. cit.*, pp. 108 y 109.

²⁶ Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 25.

riza al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de otras normas legales, distintas de la cuestionada, cuando aquélla derive de la decisión adoptada; posibilidad que ha permitido asignar al procedimiento incidental una cierta función de control abstracto en la que el Tribunal puede desvincularse de la misión en que sirve al proceso a *quo*.²⁷ Respecto de los efectos de la sentencia, el artículo 136 de la Constitución italiana establece que: "cuando el Tribunal Constitucional declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma deja de tener eficacia desde el día que sigue a la publicación de la decisión." Se trata, pues, desde el punto de vista subjetivo, de una eficacia *erga omnes*. En cuanto al día desde el que la norma sancionada pierde la eficacia, el artículo 30 de la Ley 87/1953 contradice el mencionado precepto. La interpretación de ambos textos ha dado lugar a un amplio debate, a lo largo del cual —como dice Pizzorusso—:

Ha quedado claro que la determinación de los casos en los que debe procederse a la no aplicación de la ley declarada inconstitucional es algo que corresponde a los operadores jurídicos y, en particular a los jueces, quienes deberán tomar una decisión en todos aquellos casos en que, de no haber mediado la declaración de inconstitucionalidad, la ley resultaría aplicable.²⁸

La doctrina italiana ha destacado la alta misión del Tribunal Constitucional como garante de la Constitución, y la importancia y eficacia de su colaboración en esta tarea con el juez ordinario, que le permite ampliar el ámbito de su acción, a pesar de que el control incidental es insuficiente para salir al paso de todos los casos de constitucionalidad dudosa de las leyes. La jurisprudencia del tribunal italiano ha sabido interpretar con bastante flexibilidad el control por vía incidental marcando una tendencia claramente expansiva que le ha permitido extender oportunamente su radio de acción.

3. *El control concreto de constitucionalidad en la República Federal de Alemania*

El sistema de control concreto implantado por la *Grundgesetz* (GG), en su artículo 100, ocupa también un lugar destacado, entre los antecedentes directos del actual modelo español, en el constitucionalismo

²⁷ Zagrebelsky, S., *cit.*, p. 111.

²⁸ Pizzorusso, *op. cit.*, p. 55.

de la última posguerra. Fue lenta su gestación, cuyas raíces ahondan en la doctrina jurídica y en la práctica jurisdiccional desde el *Kaiserreich* a través del largo debate sobre el *richterliches Prüfungsrecht*, el derecho o competencia de los jueces a controlar la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución de Weimar soslayó la responsabilidad de pronunciarse sobre cuestión tanto tiempo discutida,²⁹ que había sido, como escribió Georg Jellinek, “un tema favorito de los juristas alemanes”,³⁰ entorno a la cual estaban encontradas, de un lado, las posiciones de los defensores del poder judicial y su independencia en la tutela del derecho y de la ley, y, de otro, las de los partidarios de la soberanía del Parlamento.

Sería la jurisprudencia la que abriese el camino a cierto control difuso que la Constitución de 1919 no había autorizado pero tampoco prohibido. Un paso importante en esta dirección fue el dado por la sentencia del Tribunal del Reich de 5 de noviembre de 1925 y, especialmente, por el Anteproyecto Külz —por el nombre del ministro del Interior que fue su introductor en 1926—, textos ambos a los que me permito referirme por atención de Cruz Villalón, quien los examina en su obra, en vías de publicación, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. La mencionada Sentencia del Tribunal del Reich, en su fundamentación del caso planteado, declaró que: “puesto que la Constitución no contiene ningún precepto, en virtud del cual la decisión acerca de la constitucionalidad de las leyes del Reich fuera sustraída a los Tribunales, hay que reconocer el derecho y el deber del Juez de controlar la Constitucionalidad de las leyes del Reich.”

Más importante, aunque no llegase a prosperar, fue por su contenido el Proyecto Külz en el que se apuntan rasgos del sistema hoy en vigor, instaurado por la Ley fundamental de Bonn. En efecto, el texto del Proyecto, en su versión última, concebía el control concreto como forma o vía indirecta de acceso al control concentrado en el

²⁹ No obstante haber encomendado, en su artículo 13, al Tribunal Supremo del Reich, la decisión sobre la compatibilidad de una disposición de un *Land* con el derecho del Reich, previo requerimiento de la autoridad central competente del Reich o del *Land*, y a pesar, igualmente, de haber creado, en su artículo 108, el Tribunal de Estado del Reich (*Staatsgerichtshof*) al que la Ley de 9 de julio de 1921 (RGrBl, 1921, pp. 905 y ss.) atribuía competencia en los casos de acusación, por el Reichstag, al presidente del Reich y a los ministros y en los de litigios constitucionales, cuando no fuese competente para ello otro Tribunal superior del Reich.

³⁰ Jellinek, G., *Recht und Verordnung*, ed. 1877, p. 379.

Tribunal de Estado del Reich e introducía el *Vorlagepflicht*, el deber del juez o tribunal ordinario que entendía del caso planteado, ante ley o norma inconstitucional, de suspender el procedimiento y someter la decisión al Tribunal de Estado; deber u obligación que constituye la esencia del procedimiento de control concreto, desde el momento en que el juez *a quo* no puede aplicar una ley inconstitucional ni puede declarar su inconstitucionalidad a efectos del proceso en que la cuestión se plantea. El Proyecto fue aprobado por el Reichsrat e, incluso, por el Reichstag en primera y segunda lectura, pero no llegaría a convertirse en ley.

La constitucionalización del modelo de control abstracto, primero en Checoslovaquia y meses después en Austria, había dado plena actualidad al problema como se hizo patente en importantes congresos de los profesores alemanes de derecho público y en la literatura jurídica de los años veinte en general. El modelo austríaco de influencia kelseniana provocaría la reacción de Schmitt y su tesis del "protector de la Constitución". Discrepaban los autores en sus preferencias por uno u otro sistema y no faltaron los que vieron en el control concreto una fórmula ideal de colaboración de los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional *ad hoc*, fórmula que en algunos países, entre ellos España, había de prevalecer. El mismo Kelsen, quien en un trabajo de su primera época había asociado el control judicial de las leyes a la idea democrática del Estado, por considerarlo incompatible con la concepción de la ley del absolutismo,³¹ en su ponencia al Congreso de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Público, celebrado en Viena el año 1928, al examinar el problema —de suma importancia a su juicio—, de la introducción del procedimiento de control ante el Tribunal Constitucional, y después de descartar la *actio popularis* por sus notorios peligros, al considerar otras posibilidades, sugirió en primer lugar como solución que:

Todas las autoridades (u órganos) a los que está encomendada la aplicación de la ley, en el caso en que hayan de aplicar una norma sujeta a control constitucional y tengan dudas sobre su constitucionalidad, suspendan el procedimiento correspondiente y eleven al Tribunal Constitucional solicitud motivada de control y, eventualmente, de anulación de la norma.³²

³¹ Kelsen, Hans, "Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des öffentlichen Rechts*, núm. 32, 1914, pp. 435 y ss.

³² Kelsen, Hans, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit", en *Veröffen-*

En esta evolución debe recordarse, igualmente, que la importante reforma del artículo 104.1 de la Constitución de Austria, en el año 1929, juntamente con otras modificaciones, introdujo entre las competencias del Tribunal Constitucional la de conocer de la inconstitucionalidad de una ley federal, o de la ley de un *Land* cuando sea la clave de un proceso pendiente en el tribunal que así lo solicite, es decir, introducía el control concreto, aunque a tenor de dicho artículo 140.1 (reformado), la iniciativa para instar la intervención del Tribunal Constitucional, era exclusiva del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Administrativo de Justicia.

Partiendo de estos antecedentes, y de otros más inmediatos, la Ley fundamental de Bonn incorporó el control concreto de constitucionalidad a su ordenamiento. *El artículo 100*, en su *apartado 1* dice así:

Quando un Tribunal estime que una ley, de cuya validez depende el fallo, es inconstitucional se suspenderá el proceso y cuando se trate de la violación de la Constitución de un *Land* se recabará la decisión del tribunal de dicho *Land* que sea competente en materia de litigios constitucionales, y la del Tribunal Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental. Este mismo procedimiento rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un *Land*, o bien de la incompatibilidad de una Ley de un *Land* con una ley federal.

Este apartado 1º del artículo 100 es, por su contenido, el que más directamente nos interesa, y a su comentario vamos a ceñirnos en el presente trabajo.³³

El artículo 100.1 —cuyo texto fue anticipado casi literalmente por el borrador o anteproyecto de Herrenchiemsee— nos ofrece un modelo,

tlichungen der Vereinigung der Deutschen staatsrechtslehrer, Berlin-Leipzig, Ed. Walter de Gruyter, 1929, pp. 73 y 74.

³³ El apartado 2 del artículo 100 prevé la decisión del Tribunal Constitucional federal] cuando en un proceso surge la duda de si una regla de derecho internacional es o no elemento integrante del derecho federal y fuente de derechos y obligaciones del individuo (ha de relacionarse este texto con el artículo 25 GG; y el apartado 3 del mismo artículo ordena recabar, la decisión del Tribunal Constitucional federal, cuando en la interpretación de la ley fundamental, el Tribunal Constitucional de un Estado discrepe del Tribunal Constitucional federal o del de otro *Land*).

Como comentario del texto completo de este artículo 100 GG, véase el de Stern, Klaus, *Kommentar zum Grundgesetz (Bonner Kommentar)*, Hamburgo, Joachim Heitmann Verlag, artículo 100, pp. 1 a 97.

en línea con el italiano y el español actual, de "control concreto de normas", denominación que fue acuñada por Hans Peter Ipsen a raíz de la entrada en vigor de la ley fundamental.³⁴ Atribuye al Tribunal Constitucional federal la exclusiva, el llamado "monopolio de rechazo" (*Verwerfungsmonopol*), y confirma el tipo de control concreto concentrado. Esta atribución al Tribunal Constitucional Federal (BVG) del control de constitucionalidad concreto ha sido interpretada como una competencia que sitúa al Tribunal por encima de los órganos de la administración de justicia, e incluso del mismo legislador, lo que supone "una fáctica posición de fuerza que limita considerablemente la independencia real del juez ordinario y que ha sido, incluso, fortalecida por la ampliación de este poder a través de la jurisprudencia del mismo Tribunal".³⁵ Esta reducción de la competencia del juez ha sido interpretada, a su vez, por Klaus August Bettermann y otros autores como un medio, en cambio, de proteger la función del legislador ante interpretaciones de la ley posiblemente infundadas.³⁶

En este resumen del modelo alemán, coincidente en puntos fundamentales, como veremos, con la fórmula italiana y, el posterior ordenamiento español, vamos a indicar los rasgos y condiciones del procedimiento que se sigue para elevar por el juez la cuestión al Tribunal y someterla a su fallo. Concretaremos después, el objeto, el parámetro y, en último término, la decisión del Tribunal Constitucional y su alcance.

Condición inicial que impone al juez el deber de acudir al Tribunal, es la relevancia de la decisión (*Entscheidungserheblichkeit*). Es imprescindible que la solución del proceso del Tribunal a quo dependa de la validez de la norma cuestionada. Como es imprescindible también que el juez o tribunal, considere que la ley es inconstitucional, es preciso —a diferencia de lo que a este respecto requieren el modelo italiano y el español—, que tenga la firme "convicción de su invalidez"; no basta con la simple duda (BVerfGE 1.189, y otras). En cuanto al auto o resolución por el que el juez o tribunal decide elevar la cuestión al Tribunal, ha de ser *motivado*, so pena de no ser admitido; en él se hará constar no sólo su motivación, sino también la relevancia de la decisión, y demás requisitos consignados en el artículo 100.1. Cumplidas dichas:

³⁴ Ipsen, H.P., "Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit", en *Deutsche Verwaltung*, ..., 1949, p. 486 y ss.

³⁵ Meyer, Wolfgang, en su comentario al artículo 100 GG, en Munsch, Ingo von, *Grundgesetz Kommentar*, Munich, tomo III, Ed. CH. Beck, 1978, p. 548.

³⁶ Véase Bettermann, Karl August, "Die Konkrete Normenkontrolle und sonstige Gerichtsverfahren", en *Festgabe Bundesverfassungsgericht*, tomo 1, 1976, p. 324.

condiciones, el auto del juez incluirá la suspensión del procedimiento y dispondrá la remisión al Tribunal Constitucional, que irá acompañada de las actuaciones procesales. La resolución no es impugnabile.

El artículo 100.1 habla, en términos generales, de *tribunal* con referencia al órgano judicial ordinario encargado del proceso en que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita. Bajo el término general de "tribunal" se refiere a todos los cuerpos u órganos jurisdiccionales de la administración de justicia en la Federación y en los *Länder* o estados miembros.

En cuanto al *objeto* del control concreto, es una ley —federal o de un *Land*— como indica el mismo artículo 100.1 GG en los cuatro supuestos que contempla: el de violación de la Constitución de un *Land* —caso en el que entenderá el tribunal competente de dicho *Land*—, el de la violación de la ley fundamental, el de la violación de dicha ley fundamental por la ley de un *Land* y, finalmente, de la incompatibilidad de una ley de un *Land* con una ley federal. La ley contraria a la Constitución ha de ser una *ley formal*, esto es, debidamente tramitada y aprobada por el Parlamento, promulgada y publicada en la forma que determinan los artículos 76 a 78 y 82 de la ley fundamental. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional comprende entre estas leyes formales la misma ley fundamental, pues cabe la inconstitucionalidad de alguna o algunas de sus normas (BVerfGE, 2, 320 y ss), las leyes federales incluidas, las previstas leyes del presidente de la República, en casos de emergencia legislativa (BVerfGE, 1.201), las leyes de los estados miembros, las que sancionan los tratados reguladores de las relaciones políticas de la Federación y, en general, todas las demás leyes en sentido formal. Quedan excluidos, como objeto de control, los reglamentos —aunque Betterman no los excluye cuando son reglamentos aprobados por el Parlamento³⁷—, el derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) y el derecho de ocupación (*Besatzungsrecht*).

Sólo puede ser objeto de control la ley *posconstitucional* (BVerfGE 2,124). El Tribunal Constitucional llega a esta conclusión por aplicación de la regla *lex posterior*, en virtud de la cual la ley fundamental —dice Meyer—, como más reciente, desplaza a las leyes anteriores, sin que sea decisivo, a este efecto, el rango superior de aquélla: interpretación ésta de la que difiere parte de la doctrina, como K. A. Betterman, para quien la regla *lex posterior derogat legi priori* presupone que dichas leyes sean de igual rango, estén situadas en el mismo plano jurí-

³⁷ *Idem*, pp. 335 y 336.

dico y pertenezcan al mismo sector jurídico, pues, de lo contrario *lex posterior inferior non derogat leggi priori superiori*.³⁸

El parámetro de la constitucionalidad es la ley fundamental o Constitución de la R.F.A. y, en su caso —primer supuesto del artículo 100.1—, la Constitución de un *Land*, o bien, cuarto supuesto, la ley federal respecto de la de un *Land* o estado miembro. Recordemos a este efecto que la *Grundgesetz*, en su artículo 140, ha actualizado la vigencia de los artículos 136 a 139 y 141 —en materia de libertad religiosa y de culto, de la Constitución de Weimar.

En una de sus primeras decisiones, el Tribunal Constitucional hizo hincapié en el principio de interpretación constitucional según el cual un precepto de la ley fundamental no puede ser examinado o interpretado de forma aislada, sino a la luz y en conexión con los demás preceptos de aquella con los que se integra en una unidad interna y común. Con la misma y manifiesta lógica, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal han puesto de relieve la importancia, como parámetro de la constitucionalidad de la ley sometida a control, de los valores y principios fundamentales del ordenamiento constitucional, y las *Leitideen*, las ideas conductoras que penetran y trascienden los fundamentos del orden jurídico, sin necesidad de concretarse en normas jurídicas singulares: el principio democrático (BVerfGG 1,32...), el principio del Estado de derecho (BVerfGE 2,403), el del Estado social y de la justicia material, el principio federal que la ley fundamental integra con el social y el democrático, en su artículo 20.1, para definir la esencia del régimen político que hace suyo la República Federal de Alemania.

Para concluir este repaso, por fuerza incompleto, del modelo de la R.F.A., me limitaré a algunas indicaciones sobre el desenlace del procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Éste podrá devolver al tribunal de origen, al *Instanzgericht*, la resolución y la formación procesal remitida en caso de duda para que proceda a reelaborarla y completarla (BVerfGE, 8,32 y ss.). Cumplidos los trámites de Audiencia y deliberación, el Tribunal dictará sentencia en que podrá aclarar si procede la improcedencia y no admisión del caso cuando falte alguna de las condiciones requeridas; la conformidad de la norma, con el parámetro (*Prüfungsmassstab*) correspondiente a la misma; o bien declarar la nulidad de la norma en cuestión. La Ley sobre el Tribunal Constitucional federal (BVerfGG), en su parágrafo 82,I,78,2 establece que el Tribunal no podrá extender su decisión a leyes distintas de la some-

³⁸ *Op. cit.*, p. 331.

tida a su control, aunque si puede hacerlo a otras normas de dicha ley e, incluso, a la totalidad de la misma.³⁹

La profunda atención que la doctrina alemana ha dedicado al análisis de la función del Tribunal Constitucional, y que tiene reflejo en su jurisprudencia, ha remarcado las dificultades y limitaciones inherentes a su misión de intérprete de la ley fundamental; límites, como distingue Helmut Simon, ante todo funcionales dentro del esquema de distribución de los poderes del Estado que imponen al Tribunal el respeto de los respectivos ámbitos de poder del Parlamento, el gobierno y la administración de justicia. Y límites del propio poder de interpretación que derivan de la misma naturaleza del texto constitucional y de la frecuente indeterminación y amplitud de sus preceptos que requieren la debida cautela en la labor de concretización y racionalización que al Tribunal incumbe. A pesar de todo ello y no obstante vacilaciones y oscilaciones de criterio, el Tribunal no ha dejado de realizar la función depuradora y actualizadora del ordenamiento y los 48 procesos de control abstracto, y los 707 de control concreto de normas registrados hasta comienzos de 1981 arrojaban un saldo de 273 normas total o parcialmente anuladas, e incompatibles con la ley fundamental.⁴⁰

III. LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE

1. *El principio de primacía de la Constitución*

Artículo 27.2 LOTC: "Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados."

La conciencia de la necesidad de defender la Constitución y asegurar la eficacia de sus preceptos fue urgida por la vulnerabilidad de los códigos políticos europeos y la inestabilidad constitucional del Estado liberal en el siglo XIX. Aquella necesidad había sido tempranamente sentida por los inspiradores de la Constitución de los Estados Unidos de América en 1787 que vieron en la Constitución una ley superior y en la independencia de los jueces la más segura garantía de su preserva-

³⁹ Véase Stern, Klaus, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁰ Véase Simon, Helmut, "Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Handbuch des Verfassungsrechts*, dir. por E. Benda, W. Maihofer y H. J. Vogel, Berlin-Nueva York, Ed. Walter de Gruyter, 1984, tomo II, pp. 1265 y 1279 y ss.

ción. “La plena independencia de los Tribunales de Justicia —escribió Hamilton en el núm. 78 de *El Federalista*— es particularmente esencial en una constitución limitada. . . Una constitución es, de hecho, y ha de ser contemplada por los jueces como una ley fundamental. . . La Constitución debe ser antepuesta a la ley, la intención (la voluntad) del pueblo a la de sus agentes”.⁴¹

Esta preocupación por encontrar un garante de la Constitución fue largo tiempo contrarrestada en Europa por la resistencia a que el Poder Judicial fuese el encargado de asumir su protección, hasta que, en plena crisis institucional, el traumatismo de la llamada guerra europea abrió una nueva etapa que, entre las aportaciones de la concepción del “Estado democrático”, dio entrada al modelo europeo de jurisdicción constitucional.

El control de constitucionalidad por un órgano constitucional independiente de los tres poderes del Estado tuvo, asimismo, por fundamento el principio de constitucionalidad, que Hauriou y otros autores coetáneos suyos enunciaron como “principio de superlegalidad constitucional”, de “superioridad de la Constitución” en cuanto “expresión más directa de la soberanía nacional”, en la que se sustentan la delegación de poderes a instituciones representativas por obra de la Constitución y “la superioridad de la Constitución sobre las leyes ordinarias”.⁴²

La primacía de la Constitución significa la primacía del derecho y la subsiguiente concepción del Estado como Estado de derecho, esto es, como poder sometido al ordenamiento que en la Constitución tiene su norma fundamental a la que todas las demás han de conformarse. El principio del Estado de derecho, como decíamos antes con referencia a una decisión del Tribunal Constitucional federal de la R.F.A., es garantía de la seguridad jurídica. La primacía de la Constitución es “la primacía del poder constituyente” que “tiene su expresión concreta —como escribió Mirkiné Guetzewitch— en el control de la constitucionalidad de las leyes. Sólo ella puede dar garantías reales de la legalidad superior de la Constitución y de las libertades públicas”.⁴³

Estas y parecidas manifestaciones de la doctrina acogieron favorablemente en los años de la primera posguerra europea de este siglo la

⁴¹ “A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as a fundamental law. . . The Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents” (*The Federalist*, núm. 78).

⁴² Hauriou Maurice, *Précis de Droit Constitutionnel*, 10ª ed., Paris, 1929, pp. 261 y ss.

⁴³ Mirkiné-Guetzewitch, B., *Les Constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Ed. Delagrave, 1928, p. 34.

instauración de la jurisdicción concentrada de constitucionalidad que ha distinguido el llamado sistema europeo. El Tribunal Constitucional es el órgano al que el Estado democrático contemporáneo ha confiado la misión de garantizar la supremacía normativa de la Constitución y, con ella, la unidad y la armonía, la congruencia interna, del ordenamiento jurídico de un país. Dentro de esta misión, alcanza máxima relevancia "la función principal de los procesos de constitucionalidad, cual es la defensa objetiva de la Constitución, al afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo de la misma a las disconformes con la Constitución" (STC 14/1981, de 29 de abril, FJ. 4).

Es habitual asociar la idea de control de constitucionalidad con la de rigidez constitucional. Se da por entendido que el hecho de que la Constitución sea rígida —dice Crisafulli—, ha de tener "como consecuencia lógica la necesidad de un control de la conformidad a la misma de las leyes ordinarias, mientras que el hecho de que sea flexible, libremente reformable por cualquier ley posterior, significaría por el contrario, también lógicamente, la exclusión de un control de constitucionalidad". Sin embargo, a juicio del mencionado autor, esta idea es "sólo *aproximadamente* exacta", pues, sin negar la función de garantía y estabilidad a la que los requisitos extraordinarios de revisión o reforma constitucional pueden servir, es cierto que:

Se han dado, históricamente, ordenamientos de Constitución rígida —como el francés de la III República— sin que haya habido precepto alguno que autorice a los jueces o a otra autoridad controlar la conformidad de las leyes a la Constitución y, lo que es más importante, sin que un control de este género sea aplicado por los jueces o aseverado por la doctrina.

Incluso en ordenamientos de Constitución flexible —agrega Crisafulli—, se aceptó por parte de la doctrina que la conformidad de las leyes a la Constitución fuese controlada por los jueces, como, de hecho, se admitía en la Italia del Estatuto Albertino, aunque por ser también opinión pacífica la de la incontabilidad de los *interna corporis acta*, aquel control formal, en último término, resultaba limitado.⁴⁴ En realidad, y si dejamos atrás ejemplos del pasado, en una Constitución flexible en la que no existen normas supralegales, una jurisdicción constitucional de control no tiene razón de ser.

Después de la temprana experiencia de la II República, en esta ma-

⁴⁴ Crisafulli, V., *Lezioni...*, op. cit., pp. 256-258.

teria, que no tuvo tiempo ni posibilidad de enmendar sus fallos e insuficiencias iniciales y del desarrollo posterior en Europa, durante la segunda parte de este siglo, de la jurisdicción constitucional, la concepción y la regulación del sistema español hoy en vigor se nos muestra como un modelo equilibrado y armonioso dotado de un amplio margen de competencias e instrumentos de control. Sin faltar a la verdad puede decirse, a este respecto, que entre los sistemas actuales es uno de los más completos, particularmente en lo que interesa a los procedimientos de control, que cuentan con las dos vías procesales, la directa del recurso y la indirecta de la cuestión de inconstitucionalidad, todo ello bajo un mismo modelo de "control concentrado", en el que el Tribunal Constitucional, sin menoscabo de la función asignada a los tribunales ordinarios, se reserva en última instancia el monopolio de la decisión.

2. *Normativa constitucional y legislativa de los procedimientos de control*

La regulación del Tribunal Constitucional (título IX, CE) no fue motivo para romper el ánimo de consenso que prevaleció durante el proceso constituyente de 1978. En el texto constitucional resultante, el procedimiento de "recurso de inconstitucionalidad", control por vía directa o de acción, figura, en el artículo 161.1, a), como la primera entre las materias de las que el Tribunal es competente para conocer. La "cuestión de inconstitucionalidad, como procedimiento de control quedó definida en el artículo 163 CE que volvemos a transcribir:

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

En su elaboración por las Cortes Constituyentes, el texto de este artículo 163 tuvo como punto de partida el artículo 154 del Anteproyecto de Constitución que se limitaba a disponer que: "cuando algún Juez o Tribunal de Justicia de oficio considere en algún proceso, que una norma legal invocada puede ser contraria a la Constitución planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional." La ampliación y modificación de mayor importancia de este texto inicial fueron recogidas por el Informe de la Ponencia Constitucional en el entonces artículo

156, que si, de una parte, introducía el importante requisito de relevancia al exigir que se tratase de la presunta inconstitucionalidad de una ley "de cuya validez dependa el fallo", restringía el planteamiento de la cuestión a la iniciativa de un tribunal de apelación o casación y no de todo juez o tribunal como estaba previsto en el Anteproyecto, restricción que no prosperó después. En la última etapa del proceso constituyente, la Comisión Mixta Congreso-Senado insertó en el párrafo final del texto referente a los efectos el apéndice de que éstos "en ningún caso serán suspensivos".

El artículo 163 fue objeto de crítica por la doctrina. El profesor Trujillo estimó que no delimitaba debidamente el poder de apreciación de la inconstitucionalidad, como lo hacían otros ordenamientos.⁴⁵ Otros comentaron su imprecisión, pero, como era de esperar, la crítica más general fue la suscitada por la prohibición de "efectos suspensivos" a que poco antes hemos aludido. "La Comisión Mixta, una vez más —escribía Garrido Falla en su comentario al artículo 163— interpretó sus propias atribuciones para ir más allá de las simples discrepancias entre Senado y Congreso".⁴⁶ Y Rubio Llorente y Aragón Reyes denunciaron "la incongruencia de tal disposición con el propio instituto a que pretende servir", contradicción ante la cual "no hay más remedio que entender que la frase que comentamos no quiere decir lo que dice". Por la misma razón Galeotti y Rossi interpretarían que aquella limitación debe ser entendida en el sentido de que la ley (la futura Ley del Tribunal Constitucional) no podrá, en ningún caso, disponer "que la cuestión de inconstitucionalidad determine la suspensión de la norma con rango de ley...", pero "no en el sentido de que no pueda producir la suspensión del proceso en el cual se plantea, pues, si así fuera, se llegaría al absurdo de abandonar sin más el requisito impuesto por la misma norma constitucional, consistente en calidad de prejudicial de la cuestión".⁴⁷ Se aprobó más tarde la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y, en efecto, como ya veremos, deshizo el equívoco que el

⁴⁵ Trujillo, Gumersindo, "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español", *Revista de Estudios Políticos (REP)*, n.e. núm. 7, 1979, p. 152.

⁴⁶ Garrido Falla, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, p. 1714.

⁴⁷ Galeotti, Sergio, y Bruno Rossi, "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar", cito de la versión española que publica la *REP*, núm. 7, 1979, p. 130. Este número 7 de la *Revista de Estudios Políticos* estuvo dedicado al tema general "Garantías constitucionales" y fue publicado a raíz de la Conferencia internacional sobre esta materia que, organizada por el Centro de Estudios Constitucionales, se celebró en Madrid en noviembre de 1978.

apéndice que introdujo la Comisión Mixta Congreso-Senado, por su defectuosa redacción, había creado.

A pesar de la insuficiencia o de la imprecisión que algunas críticas han atribuido al artículo 163 de la CE, si lo comparamos con otros ordenamientos constitucionales que regulan este instituto, podremos comprobar que el texto de dicho artículo recoge de manera bastante completa los rasgos distintivos y las condiciones que lo configuran: su carácter de vía prejudicial que se produce en el curso de un proceso, el rango legal de la norma puesta en cuestión, su pertinencia o aplicabilidad al caso, la relevancia o trascendencia de dicha norma "de cuya validez depende el fallo" y la presunción de que tal norma es inconstitucional.

A la LOTC ha correspondido reiterar estas condiciones y regular el procedimiento de la cuestión de constitucionalidad y a ella vamos a referirnos. La LOTC ha "construido" esta figura procesal y la ha integrado en el sistema conjunto que forman los "procedimientos de declaración de inconstitucionalidad". Desde el primer momento, el gobierno y el Parlamento tuvieron plena conciencia de la necesidad de que la ley orgánica que había de disciplinar la actuación del Tribunal Constitucional fuese tramitada parlamentariamente y entrase en vigor sin pérdida de tiempo, pues así lo exigían las circunstancias en un momento en que, después de cerca de medio siglo, se estrenaba en España un nuevo orden democrático en el que se ponía en marcha una nueva estructura territorial del Estado que planteaba serias dificultades políticas e incertidumbres jurídicas, y que por su propia delicadeza era problemática. El anteproyecto de la ley fue encomendado a tres destacados juristas de acreditada competencia⁴⁸ y, no obstante la complejidad intrínseca de la materia, a comienzos del mes de octubre de 1979, diez meses después de refrendada la Constitución, la LOTC iniciaba su vigencia.

La Ley Orgánica, como decimos, establece un sistema único de control concentrado, integrado por los dos procedimientos que ya conocemos. Su artículo 29, apartado 1 dice:

La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante:

- a) El recurso de inconstitucionalidad.
- b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales.

⁴⁸ Jerónimo Arozamena, Eduardo García de Enterría y Francisco Rubio Llorente.

Esta denominación —“cuestión de inconstitucionalidad”— no era la prevista, sino la de “recurso de inconstitucionalidad promovido por vía prejudicial”, como se leía en la rúbrica del capítulo III, del título II del Anteproyecto.

Dada esta concepción unitaria del control que comprendía a los dos procedimientos, la Ley Orgánica, además de la regulación específica de cada uno de ellos, incluyó como preceptos comunes a ambos los que determinan el objeto del control y los que regulan el valor y los efectos de las sentencias del Tribunal. Es, asimismo, precepto común a uno y otro procedimiento el que en el artículo 30 de la LOTC dispone que “la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley” que puedan ser cuestionados, “excepto en el caso de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de ley de las Comunidades autónomas”. Esta última competencia de impugnación por el presidente del gobierno que la recibe del artículo 161.2 de la Constitución, rompe la armonía de las competencias del Tribunal —recurso y cuestión de inconstitucionalidad, recurso de amparo, conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, o éstas entre sí— que componen el *corpus* competencial propio de la jurisdicción constitucional. Ya en el debate parlamentario fue criticado y, de hecho, es una de las muestras de la desconfianza oficial ante el sistema autonómico. Así lo entendió también la doctrina que al fomentar el desarrollo de esta facultad del Ejecutivo central que la LOTC desarrolla en sus artículos 76 y 77, la consideró como una extensión, por parte de dicha Ley Orgánica, “a situaciones por completo distintas de las que, razonablemente, parece haber querido la Constitución”.⁴⁹

También, por su carácter general, es común a los dos procedimientos de control el apartado 1º del artículo 28 de la LOTC que, por referirse a las llamadas “normas interpuestas”, comentaremos ahora al tratar del parámetro de validez constitucional.

⁴⁹ Véase Rubio Llorente, Francisco, y Manuel Aragón Reyes, *La jurisdicción constitucional*, y en la obra colectiva dirigida por los profesores Predieri y García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Ed. Civitas, 1980, pp. 851 y 852.

3. Naturaleza, objeto y parámetro de validez

La cuestión de inconstitucionalidad es uno de los dos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad que la Constitución de 1978 establece y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desarrolla. Al igual que el recurso de inconstitucionalidad, es “un instrumento destinado primordialmente —como el propio Tribunal dice en una de sus decisiones— a asegurar que la actualización se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites”. En esta función que define su *naturaleza*, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad comparten su “identidad *teleológica*” y se identifican en su objetivo común que no es otro que “la preservación de la constitucionalidad de las leyes”.⁵⁰

Sin perjuicio de esta común finalidad que los une, “recurso” y “cuestión” difieren en cuanto a la naturaleza de uno y otro procedimiento, pues, en tanto que el primero “determina un enjuiciamiento abstracto, la cuestión de inconstitucionalidad determina un enjuiciamiento concreto”,⁵¹ aunque en ambos casos el control está concentrado en un tribunal especial, órgano independiente de los demás órganos constitucionales y de los tres poderes del Estado. Se diferencian asimismo, por la “mayor amplitud relativa de la cuestión de inconstitucionalidad” que no tiene límite temporal para su planteamiento”, frente al plazo de tres meses, a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley impugnada, que la LOTC fija como máximo para formular el recurso; aun cuando esta amplitud o ilimitación temporal de la cuestión de inconstitucionalidad, como el Tribunal advierte, “no la convierte en un instrumento procesal que quepa utilizar para transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios concretos, que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades de que este Tribunal dispone para excluir del ordenamiento las normas constitucionales”.⁵²

La cuestión de inconstitucionalidad pone a disposición y deja a la iniciativa del juez ordinario la posibilidad de remitir al Tribunal Constitucional la decisión sobre la presunta inconstitucionalidad de una norma o acto con fuerza de ley; pero esta facultad, que, de una parte, le permite contribuir a la depuración del ordenamiento, implica, de otra, limitaciones y deberes, y, en especial, entre estos, el respeto al

⁵⁰ STC 17/1981, de 1 de junio, Fundamento Jurídico 1).

⁵¹ STC 14/1981 de 29 de abril, FJ. 1.

⁵² STC 17/81, de 1 de junio, FJ. 1).

Poder Legislativo y a su condición de representante de la voluntad popular, y la consideración debida a la ley y a su dignidad. La "extraordinaria trascendencia" de la cuestión de inconstitucionalidad, "como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional", obliga, como el alto tribunal ha recordado en su Sentencia 17/81 de 1º de junio —de la que fue ponente el profesor y magistrado del Tribunal Rubio Llorente y a la que seguimos refiriéndonos como exponente de su naturaleza y sus rasgos definidores—, "a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita". A esta finalidad responden las garantías procesales que condicionan su procedimiento, como tendremos ocasión de ver.

La "identidad teleológica" de los procedimientos de recurso y de cuestión de inconstitucionalidad se demuestra, en último término, en la igualdad de los efectos de las sentencias que en uno y otro recaigan y que en caso de ser estimatorias de la inconstitucionalidad de las normas legales recurridas o cuestionadas, implican su nulidad.

El artículo 163 de la CE, en su referencia al *objeto del control*, en el procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad, alude simplemente a "una norma con rango de ley", expresión idéntica a la que la LOTC utiliza en su artículo 35.1. Dados los términos generales de la misma, dicha Ley Orgánica procede a la determinación *in extenso* de este objeto de control, que, tal como anunciamos, es común a los dos procedimientos de control de constitucionalidad. Lo hace en su artículo 27, apartado 2, que especifica las normas "susceptibles de declaración de inconstitucionalidad". Son las siguientes:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.
- b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley.
- c) Los tratados internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades autónomas.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas.

Esta relación requiere un comentario sobre las normas incluidas en la lista y sus características diferenciales. En primer lugar, por lo

que concierne a los Estatutos de Autonomía, parece conveniente referirse a su naturaleza y rango normativos, pues, aunque, de acuerdo con el artículo 81.1 de la CE, adoptan la forma de leyes orgánicas; un sector importante de la doctrina estima que, por el proceso de su tramitación constitucional y, especialmente, por el procedimiento que regula su reforma o revisión, son diferentes de las demás leyes, cualquiera que sean su forma y calidad. En la gestación de los Estatutos de Autonomía se aplica, en efecto, el principio de voluntariedad que sirve de base a la iniciativa autonómica y, como principio dispositivo, a la asunción por los Estatutos, dentro del marco de la Constitución, de las competencias de las comunidades autónomas. La reforma de los Estatutos "se ajustará, dice la Constitución, al procedimiento en ellos establecido", y requiere el concurso de la voluntad de las comunidades expresada por sus parlamentos o asambleas legislativas, de donde se desprende que el Estado no puede modificar ni derogar unilateralmente aquellos Estatutos, como no sea por la vía de la reforma de la Constitución.⁵³ Al tratar del parámetro de validez, veremos que la peculiar naturaleza de los Estatutos de Autonomía darán lugar a que puedan ser, a un tiempo, objeto y parámetro del control.

La LOTC regulaba en su artículo 79 el control previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas, competencia ésta del Tribunal Constitucional que no había sido prevista por la Constitución que no establece entre las competencias del Tribunal ninguna clase de control previo y sólo prevé una revisión previa —artículo 95— de los tratados internacionales que contengan estipulaciones contrarias a aquella por el Tribunal a requerimiento del gobierno o de alguna de las cámaras. Interesa hacer constar que aquel artículo 79 LOTC ha sido derogado en su totalidad por la Ley Orgánica 4/85 de 7 de junio, en su artículo único que modifica, en consecuencia, la redacción del artículo 2.1, e), que incluía el control previo de los estatutos y leyes orgánicas entre las competencias del Tribunal.

En relación con "las demás leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley", el artículo 27.2, b), de la LOTC dispone que en el caso de los decretos legislativos que en aplicación de su artículo 82, puede dictar el gobierno por delegación de las Cortes Generales, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en

⁵³ Véanse las obras de García de Enterría, Eduardo, *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Ed. Civitas, 1985, p. 91, y Cruz Villalón, Pedro, "Die Neugliederung der Spanischen Staates durch die 'Autonomen Gemeinschaften'", en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, neue folge, Band 34. 1985, p. 230.

el número 6 del referido artículo, a tenor del cual "las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control". Esta disposición se aplica, igualmente, a las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las comunidades autónomas.

En el caso de los tratados internacionales, la Constitución, artículo 95, prescribe que la celebración de un tratado "que contenga estipulación contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional". Es en esta circunstancia cuando el Tribunal Constitucional podrá intervenir, a requerimiento del gobierno o cualquiera de las cámaras, para declarar si existe o no esa contradicción. La LOTC ha desarrollado este control previo en su artículo 78. Como es natural, el Tribunal habrá de pronunciarse cuando el texto del tratado esté ya fijado y antes de que el Estado preste su consentimiento. La declaración que el Tribunal emita tendrá carácter vinculante. No necesita comentario el posible control por el Tribunal de los reglamentos de las cámaras y de las Cortes Generales, así como los de los órganos legislativos de las comunidades autónomas. Su peculiar carácter, desde el punto de vista formal, no puede excluirlas de un control eventual, máxime cuando tienen como contenido la regulación del proceso de formación de la ley.

El *parámetro* que sirve de medida y contraste para la verificación de la validez de una norma determinada ha de ser, en todo caso, una norma superior a ella. Sobre esta base lógica, concibieron Merkl y Kelsen la estructura jerárquica (*Stufenbau*) de la unidad del ordenamiento jurídico que, en cuanto derecho positivo, tiene su cima en la Constitución, a la que gradualmente y de abajo hacia arriba están subordinadas todas sus normas y, de modo directo, las leyes. La Constitución es, en consecuencia, el parámetro inmediato de la validez de las leyes. El control de las mismas es, como se define en la fórmula italiana, un control de "legitimidad constitucional". "*La Corte costituzionale giudica... a norma della Costituzione*" (artículo 134 de la Constitución italiana).

En el sistema de la Constitución española, la estructura territorial creada por el modelo autonómico plantea una cuestión de interpretación en orden a la naturaleza del Estatuto a efectos del control de constitucionalidad, tal y como quedó señalado al comentar el objeto de dicho control. Hemos sostenido en varias ocasiones que los Estatutos de Autonomía son, bajo cierto aspecto, una prolongación, un complemento de la Constitución en la medida en que, en el marco de aquélla, completan la construcción del Estado que, al margen de

los Estatutos, no sería fácil de comprender e identificar, en un ámbito fundamental del ordenamiento constitucional que, en opinión generalizada, se valora como la aportación más original e importante de la carta fundamental de 1978.

Nada tiene de sorprendente que la cuestión así planteada haya tenido eco en voces autorizadas de la doctrina. "Si la autonomía —escribe García de Enterría— es una creación no sólo del Estatuto, sino de la Constitución más el Estatuto... ambos instrumentos conjuntamente son la norma suprema de la misma, conjunción en cuya articulación interna es norma dominante... la Constitución." Si "las Cortes Generales no son... jurídicamente competentes para reformar, modificar o derogar por sí solas un Estatuto... los Estatutos se han hecho inmunes al poder legislativo de las Cortes...". Partiendo de estas premisas es lógico llegar a la conclusión que el mencionado prestigioso jurista formula con estas palabras:

Los Estatutos juegan, pues, como parámetros de validez de las leyes, de cualquier clase que sean, a las que excluyen de poder penetrar en el ámbito que ellos han definido, como, especialmente respecto de las Leyes de las Comunidades autónomas, respecto de las cuales constituyen "la norma institucional básica", como dice el artículo 147.1 de la Constitución...

... Entendemos —añade el autor— que esa inmunidad de los Estatutos de Autonomía a las Leyes formales de cualquier clase y condición, salvo las previstas para modificar, con procedimientos complejos y en el fondo paccionados, a los Estatutos mismos, y a la vez la circunstancia de que las Leyes encuentren en los Estatutos su módulo de validez, ese mecanismo puede y debe calificarse como el correlativo a una verdadera superioridad de rango de dichos Estatutos.⁵⁴

Esta conclusión, que suscribimos, además de lógica es concordante con la aplicada por otros ordenamientos, a que antes nos hemos referido, y con los que el modelo constitucional de 1978 guarda cierta relación de parentesco, como son el de la República Federal de Alemania y el de la Constitución italiana, al menos en cuanto se refiere, en esta última, a las regiones a las que su artículo 115 atribuye "formas y condiciones particulares de autonomía" y reconoce estatutos especiales.

⁵⁴ Véase García de Enterría Eduardo, *Estudios sobre autonomías territoriales*, cit., pp. 297-300.

Discutible es, en cambio, en puridad de doctrina, la atribución de la función de parámetro de validez a leyes o normas ordinarias, las *norme interposte* de la doctrina italiana entre las que a veces se incluyen "reglas lógicas" o "máximas de la experiencia".⁵⁵ La LOTC ha dado entrada, como normas interpuestas, a "las leyes que, dentro del marco constitucional se hubiesen dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las Competencias de éstas", leyes que el Tribunal Constitucional considerará "para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución, de una Ley, disposición normativa o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades autónomas" (artículo 28.1, LOTC). El primer intento de dictar una ley de armonización de "las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas", previsto por el artículo 150.3 de la Constitución, la "Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico" (LOAPA), que motivó la interposición de cinco recursos previos de inconstitucionalidad y fue resuelto por la STC 76/83 de 5 de agosto, no fue, ciertamente, demasiado afortunado.

4. *Planteamiento y garantías procesales. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional. Efectos de las sentencias*

El procedimiento seguido en vía de acción de inconstitucionalidad es complejo, como corresponde a un proceso en el que sucesivamente intervienen el juez ordinario y el juez constitucional.⁵⁶ Se desarrolla en dos momentos o etapas, de las que la primera es el proceso en el curso del cual se suscita la cuestión de inconstitucionalidad, sea de oficio o a instancia de parte, fase esta primera que concluye cuando el juez o tribunal a *quo* plantea la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Esta segunda fase se inicia con el examen o juicio de admisibilidad de la cuestión por el alto tribunal y en caso de ser admitida. En la primera etapa, el procedimiento será el que corresponde a la naturaleza del proceso de origen; en la segunda ante el Tribunal Constitucional será semejante al del recurso de inconstitucionalidad.

⁵⁵ Véase Crisafulli, V., *Lezioni...*, cit. pp. 360 y ss.

⁵⁶ Sobre la cuestión de inconstitucionalidad y sus aspectos procesales, véanse los trabajos de González Pérez, Jesús, "La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad", en *Tribunal Constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, tomo II, 1981, pp. 1218-1238, y Pérez Gordo, Alfonso, "Problemática de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad", en *Tribunal Constitucional*, Madrid, tomo III, 1981, pp. 2123-2168.

La trascendencia de la cuestión de inconstitucionalidad y la gravedad de sus posibles efectos han aconsejado al constituyente y al legislador condicionar su planteamiento por medio de *requisitos concretos*. Ante todo, cuando un órgano judicial, tanto a instancia de parte como de oficio, considere que la norma cuestionada pueda ser contraria a la Constitución, es preciso:

- a) Que la norma tenga rango de ley;
- b) Que sea aplicable al caso;
- c) Que sea "una norma de cuya validez dependa el fallo". Estas condiciones fijadas por los artículos 163 de la CE y 35.1 de la LOTC son inexcusables para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Respecto del primer requisito, el órgano judicial ha de comprobar si la norma cuestionada está dentro de las especificaciones —que ya conocemos— del artículo 27.2 de la Ley Orgánica. Ha de tratarse de normas en vigor, elemental condición, que plantea el problema de la validez de las normas preconstitucionales. Desde la primera Sentencia de declaración de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional sentó las bases, reiteradas después por su jurisprudencia, a las que a este respecto, había de adecuar su actuación:

Así, como frente a las leyes postconstitucionales —decía— el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación con las preconstitucionales los Jueces o Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas, o pueden, en caso de duda, someter el tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. (STC 4/81, de 2 de febrero, FJ, 1.D.)

Sobre la verificación de la aplicabilidad al caso concreto de la norma cuestionada, el Tribunal ha entendido que:

El órgano judicial que plantea la cuestión es, en principio, el competente para determinar cuáles son efectivamente las normas aplicables al caso que ha de decidir, y el control del Tribunal sobre este requisito ha de limitarse, por decirlo así, a juzgar por las apariencias. Sólo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, cabrá declarar inadmisibles por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad. (STC 17/81, de 1 de junio, FJ, 1.)

La condición de que de la validez de la norma dependa el fallo que el órgano judicial ha de dictar, se recoge en la normativa española, y así lo recordamos en la primera parte de este trabajo, en términos literalmente idénticos a los que emplea la Ley fundamental de Bonn (artículo 100.1), y similares a los utilizados por la Ley italiana 87/53 en su artículo 23, cuando el juicio en que se plantea, "no pueda ser definido independientemente de la resolución de la cuestión de legitimidad constitucional". Por consiguiente, este requisito está inescindiblemente unido a la *questio legitimatis*, esto es, a la condición, como dicen los artículos 163 de la CE y 35.1 de la Ley Orgánica, de que el juez o tribunal a *quo* considere que la norma aplicable al caso "pueda ser contraria a la Constitución". Este es el significado del llamado juicio de relevancia, cuyas razones el órgano judicial ha de manifestar o exteriorizar, como veremos, en el auto en que se formalice el planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional. De ahí que el juicio de relevancia sea un control de la motivación de la cuestión que se plantea.

Esta motivación ha de expresar la medida en que la cuestión, que el órgano judicial propone, está fundada. El Tribunal Constitucional, en conexión con esta fundamentación o justificación de la cuestión que el Tribunal a *quo* plantea y, a diferencia del sistema italiano y el alemán, ha declarado que "la regulación constitucional y legal española de la cuestión de constitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento... la de que el Juez o Tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso" (STC 17/81, de 1º de junio), requisito que la STC 83/83 de 21 de octubre matiza al precisar que la decisión de presentar la cuestión al Tribunal ha de ser adoptada "en cuanto no resulte irrazonable". Los requisitos que comentamos:

Condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, sí exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo. (STC 71/81 de 1º de junio, FJ 1.)

“Es indispensable —había declarado ya el Tribunal en la primera sentencia que dictó en este tipo de procedimiento indirecto— que el Juez o Tribunal de la cuestión exteriorice el juicio que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional y razone sobre la relevancia de la norma para decidir el litigio” (STC 14/81, de 29 de abril). La doctrina italiana ha amortiguado en algunos casos el rigor de estos requisitos, y por algunos comentaristas se ha podido “sostener que, sobre el plano de la lógica abstracta, la identificación de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere referencias ni a la relevancia ni a la “non manifesta infondatezza” de la cuestión, pues, de hecho, se resuelve en una confrontación (abstracta) entre normas de distinto rango”.⁵⁷

Las garantías procesales que acabamos de considerar y, entre ellas, esta condición que impone al órgano judicial la obligación de “especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión” (artículo 35.2, LOTC), se completan con requisitos procedimentales como son el de oír a las partes para que presenten las alegaciones que deseen, sobre la pertinencia de la cuestión, la fijación del momento procesal de plantear ésta “una vez concluso el procedimiento y dentro de plazo para dictar sentencia”, y la condición, obvia, de concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona. Cumplidos todos los requisitos que venimos examinando, el órgano judicial, dentro del plazo fijado “elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones” (artículo 36, LOTC). El auto de remisión al Tribunal no será susceptible de recurso de ninguna clase y con él termina la primera fase del procedimiento, lo que no impide que la cuestión pueda ser intentada de nuevo en las siguientes instancias o grados sucesivos. La resolución final del proceso de origen estará en todo caso pendiente de la decisión del Tribunal Constitucional.

El procedimiento superior ante el alto tribunal da comienzo con el juicio o examen de admisibilidad de la cuestión planteada. En este trámite de admisión podrá rechazarla, mediante auto y sin otra audiencia que la del fiscal general del Estado, “cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión susci-

⁵⁷ Véase el trabajo de Cerrone, Francesco, “Obbiettivazione della questione di costituzionalità ‘rilevanza puntuale’ e ‘rilevanza diffusa’ in un recente orientamento della Giurisprudenza costituzionale”, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1983, 10-12, p. 2387. Cerrone cita a Cerri como exponente, entre otros, de esta opinión.

tada". Este juicio o control de admisibilidad, como el mismo Tribunal dice en su STC 17/81, es indispensable para verificar la existencia de los requisitos exigidos y, según sean estos requisitos varía su intensidad. "La posibilidad de decretar la inadmisibilidad de la cuestión, de la que el órgano judicial dispone en el proceso de origen no excluye en modo alguno la facultad del Tribunal para hacer, mediante sentencia, un pronunciamiento de la misma naturaleza", cuando las razones que impiden entrar o resolver sobre la validez de la norma cuestionada no son aparentes *prima facie* o aparecen de tal modo que resulta aconsejable —agrega la STC 17/81— abrir todas las posibilidades de debate "... hasta terminar en sentencia con la plenitud de efectos y de publicidad que a esta modalidad de decisión corresponde", criterio en el que abunda la STC 21/85. A lo largo de la jurisprudencia del Tribunal hasta hoy, su actitud en orden a este control de admisibilidad ha sido abierta. El mismo Tribunal, en el Fundamento Jurídico 3 de la Sentencia 54/83, ha hecho alusión a esta flexibilidad con que interpreta los requisitos de admisibilidad de la cuestión.

En caso de admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad —dice el artículo 30 de la Ley Orgánica— no se suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley. El Tribunal dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado, al fiscal general del Estado y al gobierno, o bien, a los órganos legislativo y ejecutivo de las comunidades autónomas, cuando la cuestión afecte a leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley dictados por éstas, que podrán personarse y formular alegaciones y, cumplido este trámite y en el plazo fijado, dictará sentencia.

Llegados a este momento, la normativa es común, como ya dijimos, e igual para las dos vías procesales de declaración de inconstitucionalidad, como idéntica es su razón de ser, de asegurar la primacía de la Constitución, e idénticos los efectos de la decisión final. Las sentencias estimatorias que declaran la inconstitucionalidad de la cuestión y que podrán fundarse en preceptos, que no han sido invocados, declararán igualmente la *nulidad* de los preceptos impugnados", así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley o acto con fuerza de ley "a los que deba extenderse por conexión o consecuencia" (artículo 39, LOTC). Tendrán el valor de cosa juzgada y producirán efectos *erga omnes* desde su publicación en el órgano oficial del Estado; no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con valor de cosa juzgada en los que se hiciera aplicación de las

leyes o actos con fuerza de ley, salvo cuando se trate de procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un proceso sancionador en los que la nulidad de la norma implique reducción de la pena o la sanción, o bien exención o limitación de responsabilidad. La jurisprudencia de los tribunales recaída sobre las leyes o actos anulados se entenderá corregida por la doctrina que derive de la sentencia.

Las sentencias desestimatorias del artículo 38 de la LOTC impiden que la cuestión vuelva a plantearse en la misma vía y sobre el mismo precepto cuya invalidez se cuestionó y serán notificadas por el Tribunal al órgano judicial proponente que lo notificará a las partes, que quedarán vinculados.

5. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Han transcurrido cinco años desde que el Tribunal Constitucional dictó su primera decisión en este procedimiento de cuestión de inconstitucionalidad, la Sentencia 14/1981, de 29 de abril, de la que hacíamos mención en el comienzo de este trabajo. Es un plazo demasiado corto para poder emitir un juicio global sobre su jurisprudencia y vamos a limitarnos a un breve comentario sobre la diversidad de las normas cuestionadas y los preceptos constitucionales supuesta o realmente infringidos. Es notable la variedad de las leyes y actos con fuerza de ley a los que pertenecen las normas objeto de cuestión, que va desde la Compilación del Derecho Civil de Cataluña a la Ley de Reforma del Código de Justicia Militar, y comprende la Ley de Procedimiento Laboral (texto refundido), las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, la Ley Especial del Municipio de Barcelona, el Código de Comercio, el Real Decreto-Ley de 1979 sobre medidas urgentes de financiación de las haciendas locales, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley sobre el Régimen Jurídico del Control de Cambios, Ley sobre Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios Civiles del Estado, Ley de Seguridad Social, leyes cuyas normas han sido cuestionadas, en ocasiones, reiteradas veces.

Del propio contenido de estas leyes pueden deducirse, en general, los preceptos constitucionales infringidos entre los cuales hay que destacar la frecuencia con que han servido de parámetro de validez los que en el título primero de la Constitución amparan el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, el derecho al trabajo, a la protección social y jurídica de la familia, a la propiedad, a la asistencia y las prestaciones sociales... Entre estos derechos pro-

tegidos por la Constitución, quizá el que ha sido invocado con más frecuencia por presuntas infracciones legales haya sido el derecho a la igualdad, el principio general de igualdad y su prevalencia contra toda discriminación que la Constitución proclama en su artículo 14. De la lectura de un buen número de sentencias del Tribunal se desprende una doctrina jurisprudencial de la igualdad que muestra puntos de coincidencia con la de otros tribunales constitucionales europeos: "El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica...; "... la igualdad es violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable" (STC 22/81). El artículo 14 de la Constitución "no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en consideración la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal" (STC 3/83, de 25 de enero). Esta idea de relatividad de los principios fundamentales y sus limitaciones impuestas por el derecho de los demás, ha sido aplicada a otros derechos ciudadanos, como el de obtener "la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" (artículo 24.1, CE), que "puede restringirse en la medida en que la restricción actúa en servicio de la efectividad o promoción de otros bienes o derechos fundamentales" (STC 3/83, de 25 enero).

Pero lo cierto es que la cuestión de inconstitucionalidad, pese a las limitaciones impuestas por la vida social a los derechos del individuo y, en ocasiones, asistida por los derechos y prestaciones sociales que la legislación protege y fomenta, ha venido a convertirse en una nueva vía de amparo constitucional e, incluso, el artículo 55.1 de la LOTC, en materia de resolución de los recursos de amparo, establece que:

En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala (del Tribunal) elevará la cuestión al Pleno que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (de la Ley Orgánica).

La cuestión, en este caso, se sustanciará por el mismo procedimiento que las cuestiones de inconstitucionalidad.

Desde el principio de su actividad hasta comienzos de 1986, el Tribunal ha pronunciado 30 sentencias en procedimiento de cuestión de

inconstitucionalidad, de las que 8 han sido dictadas en casos de normas preconstitucionales cuya validez fue impugnada, y 22 en casos de normas posconstitucionales. En esta estadística 15 fueron estimatorias de inconstitucionalidad y otras tantas desestimatorias.⁵⁸

IV. CONCLUSIONES

A tal efecto, valgan algunas consideraciones finales que no responden a otro propósito que el de poner de relieve, en el ámbito que ha sido objeto de nuestro examen, la alta misión encomendada al Tribunal Constitucional.

1) La Constitución regula la creación del derecho estatal y de sus normas generales, establece el órgano destinado a producirlas y fija el procedimiento que, a tal efecto, ha de seguir el legislador. Pero la Constitución es vulnerable y el legislador no es inmune al riesgo de vulnerarla. De esta realidad procede la necesidad de un órgano constitucional independiente dotado del poder de reparar los efectos perturbadores de una ley o acto con fuerza de ley contrario a la Constitución.

2) En el sistema español, este órgano es el Tribunal Constitucional y tiene por cometido la protección de la Constitución y la permanente vigencia de su ordenamiento en lo que concierne a la validez de las leyes y al amparo de los derechos de los ciudadanos. A tal fin, y por cuanto afecta a la conformidad de las leyes con la ley superior o fundamental que es la Constitución, el Tribunal dispone de dos instrumentos jurídicos, dos vías procesales: la del recurso y la de la cuestión de inconstitucionalidad. Los une su "identidad teleológica", su objetivo común. Los diferencia el que el recurso opera un control abstracto y la cuestión un control concreto.

3) La cuestión de inconstitucionalidad:

Ofrece a los jueces y tribunales una vía para colaborar con la justicia constitucional abriendo a esta un camino para cumplir con su función que consiste básicamente en la depuración del ordenamiento jurídico expulsando de él aquellas normas que contravengan lo dispuesto en la Constitución. La función de este Tribunal no es enjuiciar casos, sino enjuiciar normas. (STC 14/81, Voto particular conjunto de los Magistrados Francisco Rubio Llorente y Luis Diez Picazo.)

⁵⁸ Debo estos datos a la atención de mi colega el profesor Aguiar de Luque.

4) La cuestión de inconstitucionalidad amplía el campo de decisión del Tribunal a los casos en que, en el curso de un proceso ordinario, la norma legal que condiciona el fallo del juez es contraria a la Constitución. Amplía indefinidamente en el tiempo la posibilidad de control más allá del plazo fijado a la interposición del recurso. Tiene además la virtud de estimular en los órganos de la administración de justicia un estado de alerta y de vigilancia constante en defensa del orden jurídico, dentro del respeto debido a la dignidad de la ley y a la misión del legislador.

5) En el control de las condiciones y garantías procesales de la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal ha mostrado en su actuación autoridad y flexibilidad. En el examen de sus requisitos "debe aceptar, mientras no existan muy poderosas evidencias en su contra, el juicio del órgano judicial proponente" (STC 17/81).

6) La presencia del caso concreto en la jurisdicción constitucional favorece la función del Tribunal en orden a la más fluida mudanza de la Constitución y a su mejor adaptación al devenir histórico de la sociedad.