

III. LA INICIATIVA PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En el Capítulo anterior se dijo que la duda de constitucionalidad es una duda que el juez debe asumir como propia, lo que implica que la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad corresponde exclusivamente a los órganos judiciales, tal y como resulta del art. 163 de la Constitución. No obstante, el hecho que la decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión corresponda en exclusiva a los órganos judiciales no comporta que la iniciativa para plantearla deba tener siempre su origen en una duda que le surja al juez que conoce del proceso, y en este sentido el art. 35 LOTC establece que “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”. Por tanto, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad puede tener su origen bien en una duda de constitucionalidad que le surge al órgano judicial, bien en una petición de las partes del proceso mediante la que soliciten al Juez o Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso.

De acuerdo con ello, el Capítulo se estructura en dos partes, en una primera se trata de definir qué debe entenderse por “órganos judiciales” a los efectos de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y en una segunda cuál es el valor y efectos jurídicos que debe atribuirse a la instancia de parte mediante la que se solicita el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

En la primera parte, como acaba de decirse, trata de delimitarse el término “órgano judicial” para llegar a alguna conclusión respecto a los órganos que

pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Esto motiva que el examen comience haciendo referencia a las razones que llevaron al constituyente a establecer en su momento que la cuestión de inconstitucionalidad debería ser planteada por órganos judiciales. Seguidamente se analiza cuál es el elemento que permite calificar a un órgano de judicial con el objeto de establecer qué órganos junto a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial han de considerarse órganos judiciales y, en consecuencia, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Concretamente, se intenta determinar si la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por los Tribunales militares, por el Tribunal del Jurado, por el Tribunal de Cuentas, por los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, por el Tribunal Constitucional, o por los árbitros. Definido el concepto de “órgano judicial” a los efectos de plantear una cuestión de inconstitucionalidad se hace referencia a la necesidad de que el órgano judicial que acuerde plantear la cuestión de inconstitucionalidad deba ser el competente para decidir el proceso.

En relación con la instancia de parte, el estudio se centra en el examen del papel que pueden tener las partes en la decisión del órgano judicial de iniciar los trámites tendentes a decidir si plantea una cuestión de inconstitucionalidad. De acuerdo con ello, se comienza por el análisis del debate constituyente y de la LOTC en relación con las distintas opciones discutidas respecto al papel que deberían tener los ciudadanos en el control de constitucionalidad de las leyes. A continuación se intenta establecer la naturaleza jurídica de la instancia de parte en la que se solicita al juez el planteamiento de la cuestión; los requisitos formales que debe cumplir la misma para ser presentada ante el órgano judicial, concretamente, el momento procesal en que debe presentarse, la forma en que ha de presentarse, su contenido material, y su notificación a las otras partes del proceso; la resolución que ha de adoptar el órgano judicial ante la petición de una de las partes de que plantee la cuestión de inconstitucionalidad; y la posible

reacción jurídica de la parte cuya petición sea rechazada. El examen de la instancia de parte se cierra haciendo referencia a la posibilidad de que las partes insten el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en posteriores instancias del proceso.

1. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ha de ser realizado por un órgano judicial

1.1. El concepto de órgano judicial

En primer lugar, y con carácter previo a la definición de los órganos judiciales que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad, resulta oportuno hacer referencia a las razones que llevaron al constituyente a optar por la expresión “órganos judiciales” al referirse a los sujetos que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad, por si dicho examen pudiese resultar de alguna ayuda en la mencionada definición.

1.1.1. El debate constituyente sobre los órganos que pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad

El art. 154 del anteproyecto de la Constitución establecía que “cuando algún juez o tribunal de oficio considere en algún proceso que una norma legal invocada pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que decida sobre la constitucionalidad de aquélla.” No obstante, el Informe de la Ponencia, sin que ello fuese el resultado de la admisión de alguna de las enmiendas presentadas, limitó a los Tribunales de apelación o casación la posibilidad de plantear una cuestión de

inconstitucionalidad¹. De esta forma, sólo podría cuestionarse la constitucionalidad de una norma aplicable en un proceso si alguna de las partes apelaba la sentencia dictada en primera instancia, impidiendo en todo caso cuestionar la constitucionalidad de normas aplicables en procesos en los que no fuese posible la apelación.

A la vista de ese Informe, el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático presentó una enmienda *in voce* defendida por Alzaga Villaamil en la que criticaba la limitación introducida por provocar que en los supuestos de instancia única, como lo eran la mayoría de los recursos contencioso-administrativos o laborales, o cuando la apelación residiese ante un juez unipersonal, las leyes consideradas inconstitucionales hubiesen de aplicarse necesariamente al impedir que se pudiese acudir ante el Tribunal Constitucional, por lo que proponía que la cuestión pudiese ser planteada, como establecía el anteproyecto, por todo juez o tribunal². Por su parte, Fraga Iribarne, en representación del Grupo Parlamentario de Alianza Popular, defendió el texto propuesto en el Informe de la Ponencia por estimar que resultaba muy prudente limitar la facultad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a los Tribunales de apelación o casación, puesto que permitir que un juez de paz, un juez comarcal, o incluso un juez de primera instancia pudiesen plantear esa duda era

¹ *Constitución Española, Trabajos parlamentarios*, edición preparada por F. SAINZ MORENO, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 594

² Concretamente, en la defensa de la enmienda se dijo “en los supuestos de instancia única, como lo son la mayor parte de los recursos contencioso-administrativos, que carecen de apelación o en el proceso laboral, en que puede decirse por lo general otro tanto, nos encontraríamos con que las leyes anticonstitucionales deberían aplicarse de modo necesario por los jueces o tribunales. En la misma línea plantea la redacción del precepto que nos ocupa que si la apelación no se residencia ante un tribunal colegiado, sino ante un juez unipersonal, según parece tampoco sería posible la declaración de inconstitucionalidad. Ello conduciría a la peregrina situación de la existencia de dos ordenamientos o, al menos, a que una norma fuese válida y obligatoria en aquellos casos en que el Tribunal actúe en instancia única o la apelación esté confiada a un juez unipersonal y, sin embargo, fuese anulable en otros supuestos”, por ello proponía “que se pueda plantear el incidente de constitucionalidad por todo juez o tribunal, es decir, por un órgano unipersonal o colegiado” y “que ello pueda ocurrir en primera o en cualquier otra instancia”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 1719-1720

“ir demasiado lejos”³. El Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, acogiendo la enmienda presentada por Unión de Centro Democrático, estableció de nuevo que cualquier juez o tribunal podría plantear la cuestión de inconstitucionalidad, siendo aprobado dicho dictamen por el Pleno del Congreso.

En el Senado se presentaron tres enmiendas que pretendían modificar la referencia a los órganos que podían plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La enmienda del Grupo Mixto defendida por Gutiérrez Rubio proponía limitar la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad a los órganos judiciales a los que se atribuyese la decisión definitiva del proceso, fuesen jueces o tribunales, por considerar que sólo en la última instancia o casación se decidía la norma aplicable al caso enjuiciado y sólo en ese momento era oportuno plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁴. El Grupo Independiente propuso una enmienda, defendida por Sánchez Agesta, que limitaba a los Tribunales la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, porque al ser órganos colegiados la decisión de plantear la cuestión respondería a una deliberación de los magistrados⁵. Por último, la enmienda del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático defendía que la cuestión se

³ Posteriormente en el debate en el Pleno del Congreso se volvió a defender esa limitación de los órganos que podían plantear la cuestión de inconstitucionalidad, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 1721, 2493-2494

⁴ La enmienda propuesta decía “sólo los órganos judiciales que deciden un proceso en su última instancia o casación pueden plantear, en la forma que establezca la ley, ante el Tribunal Constitucional, la posibilidad de estimarse contraria a la Constitución una norma legal invocada y aplicable a la resolución que ponga fin al proceso”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 2752

⁵ Dicha enmienda rezaba “cuando un tribunal considere en algún proceso que una norma legal invocada, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará de oficio la cuestión ante el Tribunal Constitucional en la forma que establezca la ley”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 2819

plantease por conducto del Tribunal Supremo⁶, lo que constituía una evidente reminiscencia de lo previsto en el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucional de 1933 que establecía la necesidad de acudir al Tribunal Supremo para que emitiese un dictamen sobre la procedencia o no de plantear la consulta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales⁷.

En el debate realizado por la Comisión de Constitución del Senado la enmienda del Grupo Mixto fue rechazada, incluyéndose en el Dictamen como voto particular, y la del Grupo de Unión de Centro Democrático fue retirada por adherirse a la del Grupo Independiente que fue aprobada, lo que motivó que el Dictamen dijese que la cuestión sólo podría ser planteada por los Tribunales. En el Dictamen también se incluyó una enmienda *in voce* del Grupo Parlamentario Socialistas del Senado que volvía a proponer que cualquier juez o tribunal

⁶ Concretamente, la enmienda proponía el siguiente texto “cuando un Juez o Tribunal considere en algún proceso que una norma invocada con rango de ley, y de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión por conducto del Tribunal Supremo, el cual dará curso cuando la considere fundada”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 2950

⁷ El art. 100 de la Constitución de 1931 establecía que “cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales” (la referencia a un Tribunal de Justicia no implicaba que los Jueces no pudiesen plantear una cuestión de inconstitucionalidad porque de acuerdo con el art. 123.2 eran competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales “los jueces y tribunales en el caso del artículo 100). No obstante, el art. 32.1 de la LOTGC dispuso que “cuando un Juez de primera instancia u otro Tribunal cualquiera, exceptuándose los Juzgados municipales, quiera evacuar la consulta a que le autoriza el artículo 100 de la Constitución, solicitará el parecer de la Sala del Tribunal Supremo que sea competente por razón de la materia. El Tribunal Supremo evacuará su cometido en el término de quince días, y si su acuerdo fuese favorable, formulará la consulta ante el Tribunal de Garantías en el término de cinco días”. De esta forma, los órganos judiciales no podían acudir directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronunciase sobre la posible inconstitucionalidad de una norma que hubiesen de aplicar en un proceso de su competencia, sino que sólo si el Tribunal Supremo se mostraba favorable al planteamiento de la cuestión, podrían formular esa consulta. Sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la configuración del control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1931 y en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933, BASSOLS COMA, M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, CEC, Madrid, 1981, pp. 21-54; RUÍZ LAPENA, R.M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 84-97, 238-241; CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, pp. 301-340; ROURA GÓMEZ, S.A., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, CEPC, Madrid, 1998, pp. 297-348; CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, CEC, Madrid, 1998, pp. 117-153; LÓPEZ ULLA, J.M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 58-126

podiese plantear una cuestión de inconstitucionalidad, no obstante, en el debate en el Pleno esa enmienda fue retirada⁸. Durante ese debate en el Pleno, Valverde Mazuelas, del Grupo Unión de Centro Democrático, presentó una enmienda *in voce* en la que defendía que la facultad de plantear una cuestión se atribuyese tanto a jueces como tribunales⁹, enmienda que resultó aprobada, por lo que otra vez el texto volvía a reproducir lo ya previsto en el anteproyecto. Sin embargo, cuando se publicaron las modificaciones propuestas por el Pleno del Senado el texto comenzaba diciendo “cuando un Tribunal”, lo que implicaba volver a limitar, de manera incoherente según lo que había sido aprobado en el Pleno, los órganos que podían plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Es probable que esa confusión sea la que motivó que la Comisión Mixta Congreso-Senado entendiese que existía una discrepancia entre el texto del Congreso y el del Senado y decidiese introducir el término “órgano judicial”, término que, excepto por lo que se refiere a la enmienda presentada en el Senado por el Grupo Mixto, no había sido incluido en el texto constitucional durante el debate constituyente. El texto de la Comisión Mixta fue aprobado, no obstante, tanto por el Congreso como por el Senado, por lo que el art. 163 de la Constitución comienza diciendo “Cuando un órgano judicial considere”.

La conclusión que resulta de este continuo baile entre la posibilidad de que todos los jueces y tribunales planteasen una cuestión de inconstitucionalidad,

⁸ La enmienda presentada decía “cuando un Juez o Tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma legal invocada, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en la forma que establezca la ley”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 4301

⁹ El texto de la enmienda era el siguiente “cuando un Juez o Tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma con rango de ley invocada, 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”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 4777-4778

o sólo determinados tribunales, es la de que el constituyente se mantuvo durante el debate entre la opción de que cualquier órgano del Poder Judicial pudiese actuar en defensa de la primacía del texto constitucional, o la de evitar que la cuestión de inconstitucionalidad pudiese ser utilizada de manera imprudente limitando así el planteamiento de la cuestión a aquellos órganos respecto a los que se consideraba que actuarían con mayor responsabilidad. Sin embargo, la decisión final de hacer referencia a los órganos judiciales como aquellos que podrían plantear una cuestión de inconstitucionalidad, implicó optar por entender incluidos en ese término tanto a los jueces como a los tribunales integrantes del Poder Judicial¹⁰.

1.1.2. La potestad jurisdiccional como elemento característico de la definición de los órganos judiciales

La referencia del art. 163 CE a los “órganos judiciales” como aquellos que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad motiva que deba intentarse una definición de los órganos que pueden ser calificados de tales, por si dicho concepto fuese más amplio que el de jueces y tribunales. La lectura del art. 35 LOTC permitiría, en principio, considerar que esa interpretación amplia no es posible, atendido que en el mismo se utiliza el término “órgano judicial” como sinónimo de “jueces y tribunales”, al establecer el apartado 1 del art. 35 “Cuando un Juez o Tribunal”, mientras que el apartado 2 dice “El órgano judicial sólo

¹⁰ Así en un primer momento, la doctrina no se planteó si el término “órgano judicial” debía extenderse a otros órganos que no integrasen el Poder Judicial, sino que se limitó a considerar que la referencia del art. 163 CE se circunscribía a Jueces y Tribunales ordinarios. M. ARAGÓN REYES opinaba que la utilización del término “órgano judicial” implicaba no limitar a los Tribunales en sentido estricto la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sino que también incluía a los jueces, evitando así que estos hubiesen de aplicar leyes aun cuando las considerasen inconstitucionales, “El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978”, *Revista de Estudios Políticos*, num. 7, 1979, p. 191; G. PECES BARBA decía que sólo los Jueces y Tribunales ordinarios pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad, *La Constitución Española de 1978*, p. 238

podrá plantear”¹¹, de lo que resultaría que la referencia a los órganos judiciales implica que todos y sólo los jueces y tribunales pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sin que otros órganos puedan poner en duda la constitucionalidad de las leyes que hayan de aplicar acudiendo ante el Tribunal Constitucional¹². Así, no parece existir discusión respecto a que todos los jueces y tribunales, con independencia de su naturaleza o grado, que pertenezcan al Poder Judicial en sus diferentes manifestaciones jurisdiccionales, pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad¹³, pero cabe preguntarse si sólo estos órganos son los que pueden cuestionar la constitucionalidad de las normas con rango de ley que apliquen¹⁴.

De esta forma, la existencia de órganos que sin formar parte del Poder Judicial realizan funciones jurisdiccionales implica que sea necesario un examen del concepto de potestad jurisdiccional con el objeto de establecer qué órganos ostentan la misma y, en consecuencia, poder llegar a una conclusión sobre la

¹¹ Durante la tramitación del proyecto de ley se presentó una enmienda por el Grupo Minoría Catalana que trataba de limitar la posibilidad de que los jueces y tribunales pudiesen acudir directamente ante el Tribunal Constitucional, al proponer que aquellos hubiesen de solicitar el planteamiento “a la Sala de Gobierno de su respectiva Audiencia Territorial o Tribunal Superior de Justicia, allí donde la hubiere, o Tribunal Supremo en su caso”, pero la enmienda fue rechazada, *Tribunal Constitucional, Trabajos parlamentarios*, edición preparada por J.A. SANTAMARÍA PASTOR, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 83

¹² En este sentido M. MEDINA GUERRERO afirma que “la capacidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad se extiende a todos los órganos judiciales, sin excepción alguna, pero sólo a ellos”, por lo que carecen de tal facultad los órganos que no son integrantes del Poder Judicial, “Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): el control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad”, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Mc Graw-Hill, Madrid, 2000, p. 53

¹³ Así lo entienden ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 217; MONTORO PUERTO, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Colex, Madrid, 1991, p. 257

¹⁴ P. SAAVEDRA GALLO y A. RIBAS MAURA consideran que sólo los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, y los pertenecientes a la jurisdicción militar pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad no siendo posible una interpretación extensiva del término “órgano judicial”, el primero en *La duda de inconstitucionalidad (soluciones procesales para la aplicación de la ley constitucional al caso concreto)*, El Almendro, Córdoba, 1985, p. 150; y el segundo en *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 43-44

posibilidad de que planteen una cuestión de inconstitucionalidad¹⁵, teniendo presente que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma expresa sobre si el concepto de “órgano judicial” hace referencia a órganos que sin ser jueces y tribunales integrados en el Poder Judicial de acuerdo con lo dispuesto en el art. 117 CE y en los correspondientes preceptos de la LOPJ, ejerzan funciones jurisdiccionales¹⁶.

¹⁵ E. CORZO SOSA se opone a una concepción restringida del concepto órgano judicial, porque hay órganos que no son judiciales pero realizan funciones similares a los que integran el Poder Judicial, lo que le lleva a considerar que el art. 163 CE hace referencia a órganos jurisdiccionales, esto es, órganos con potestad jurisdiccional que tienen facultad para resolver controversias de forma independiente, imparcial y con desinterés objetivo, entre los que se incluyen los jueces del Poder Judicial, los jueces de la jurisdicción militar, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Aguas de Valencia, y el Tribunal Constitucional, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, pp. 173-200

¹⁶ En Italia, por el contrario, la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana ha sido determinante para definir los órganos que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo diferenciar dos fases en dicha jurisprudencia. En un primer periodo que se situaría esencialmente en los primeros quince años de actuación de la Corte Constitucional (1956-1971), la Corte, atendido su objetivo de depurar el ordenamiento de las normas inconstitucionales que continuaban vigentes, realizó una interpretación amplia del elemento subjetivo y objetivo de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, de los órganos y de los procedimientos en que podía plantearse la cuestión. Así en la sentencia n. 129/57 la Corte Constitucional consideró que si bien es cierto que el planteamiento de la cuestión se encuentra condicionado por la existencia de un juicio, también es cierto que el interés en la certeza del derecho y el necesario cumplimiento de la Constitución impide que de la distinción entre las diferentes categorías de jueces y de procesos puedan derivarse consecuencias que impidan el planteamiento de la cuestión. En la posterior sentencia n. 83/66 dirá que en determinados supuestos tienen carácter jurisdiccional a los efectos de plantear la cuestión, órganos ajenos a la estructura judicial pero que deben juzgar en una posición *super partes*; y asimismo cabe considerar a los mismos efectos que tienen carácter jurisdiccional procedimientos que, independientemente de su naturaleza y forma de desarrollo, se encuentran bajo la dirección de un órgano de carácter jurisdiccional. Así la Corte admitió cuestiones planteadas por la “Corte dei Conti” cuando controlaba actos del Gobierno, por la “Sezione disciplinaria del Consiglio Superiore della Magistratura”, por el “Consiglio Nazionale Forense”, y por el “Commissario regionale agli usi civili”. En un segundo periodo, la Corte Constitucional decidió limitar la interpretación respecto a los elementos subjetivo y objetivo necesarios para que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser planteada. Así pasa a considerar que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede ser planteada por un juez que ejerza sus funciones en un procedimiento de carácter jurisdiccional y que se encuentre investido de la función de decidir sobre la interpretación-aplicación de una norma en vía tendencialmente definitiva. Por tanto, para decidir si se está en presencia de un juez que pueda plantear la cuestión habrá que valorar los criterios de su composición, las garantías de su independencia, las reglas que presiden el desarrollo del procedimiento de su competencia, el objeto del proceso, la forma de sus decisiones, y la posibilidad de impugnar las mismas (SCC n. 158/95). D’AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappechelli editore, Torino, 1991, p. 17; ROMBOLI, R., “Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale”, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-95)*, Giappechelli editore, Torino, 1996, p. 66-71; DE GIORCIO, M., “La fideiussioni omnibus ed il giudice istruttore del tribunale come giudice a quo”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, p. 1958; PIZZORUSSO, A., “Commentario all’art. 134 della Costituzione”, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Il Foro Italiano, Roma, 1981, p. 233; CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1984, p. 268-269; ZAGREBELSKY, G., “Processo costituzionale”, *Enciclopedia di Diritto*, XXXVI, Giuffrè editore, Milano, 1987, p. 580; SORRENTINO, F., “Considerazione sul tema”, *Giudizio a quo e*

Los conceptos de jurisdicción¹⁷ y de potestad jurisdiccional son conceptos que pueden ser entendidos en un sentido absoluto o relativo¹⁸. No obstante, no es el objeto de este apartado adoptar una posición sobre cómo deban definirse dichos conceptos, sino que resulta suficiente el dato de que no existe un criterio único respecto a la configuración de su ejercicio y ámbito de actuación, por lo que debe acudir al correspondiente texto constitucional para constatar como se manifiesta la jurisdicción y la potestad jurisdiccional¹⁹. En este sentido, hay que tener presente que el art. 117.3 CE establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, y en términos prácticamente idénticos se expresa el art. 2.1 LOPJ, lo que lleva a Gimeno Sendra a definir la potestad jurisdiccional como “la capacidad de actuación de la personalidad del Estado en la manifestación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que, por expreso encargo del pueblo español (art. 117.1), queda residenciada exclusivamente en los Juzgados y Tribunales”²⁰,

promovimento del processo costituzionale, Giuffrè editore, Milano, 1990, p. 240; PALADIN, L., *Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1994, p. 716; CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè editore, Milano, 1997, p. 56

¹⁷ Sobre la dificultad de definir el concepto de jurisdicción resulta de interés los artículos de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, num. 2-3, 1972, pp. 477-509; y GIMENO SENDRA, V., “Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, num. 2-3, 1978, pp. 311-336

¹⁸ MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1991, p. 48

¹⁹ J.L. REQUEJO PAGÉS considera que el concepto de jurisdicción no puede ser un concepto relativo, aplicable únicamente a un determinado ordenamiento, sino que ha de ser un concepto absoluto y objetivo. Lo que es relativo es la forma en que se configura el ejercicio de la jurisdicción; así sobre el concepto absoluto de jurisdicción, la Constitución, al ordenar el modo concreto de ejercerla, elabora su propio concepto relativo de jurisdicción, *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid, 1989, pp. 35-38

²⁰ GIMENO SENDRA, V., “La jurisdicción. Concepto y funciones”, en MORENO CATENA, V.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid,

y a Montero Aroca a entender la jurisdicción como la “potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”²¹.

En consecuencia, serían los Juzgados y Tribunales los que ostentan en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, lo que impediría afirmar la existencia de otros órganos judiciales²². Sin embargo, la doctrina, con fundamento en determinados preceptos constitucionales, y en el art. 3 LOPJ que establece que “la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”, entiende que existen tribunales especiales admitidos por la Constitución, como es el caso de los Tribunales Militares (art. 117.5 CE), del Tribunal de Cuentas (art. 136 CE), del Tribunal del Jurado (art. 125 CE), del Tribunal Constitucional (art. 159 CE), y de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125 CE), que si bien formalmente no están incluidos por la Constitución dentro del Poder Judicial, son auténticos órganos jurisdiccionales con potestad jurisdiccional en ciertos ámbitos, que gozan de independencia y resuelven de manera definitiva e

2000, p. 31. En el mismo sentido F. RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 117-118

²¹ MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 40

²² Como pone de manifiesto I. DE OTTO el hecho que el art. 117.1 CE establezca que la justicia se administra por Jueces y Magistrados “integrantes del Poder Judicial”, podría entenderse en el sentido de que sólo pueden ejercer jurisdicción aquellos que pertenezcan al Poder Judicial; asimismo el hecho de que ese precepto exiga que los jueces sean independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley implica que sólo los órganos integrados por jueces que cumplan esos requisitos puede ejercer la potestad jurisdiccional. No obstante, reconoce que es la propia Constitución la que introduce excepciones a este principio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 54-55, 84

irrevocable los conflictos que se les planteen²³. Por tanto, junto con los Jueces y Tribunales que integran formalmente el Poder Judicial, es la propia Constitución la que reconoce la posibilidad de que otros órganos ostenten potestad jurisdiccional, lo que lleva a Montero Aroca a sostener que integran materialmente el Poder Judicial todos los órganos que revestidos de determinadas garantías tienen atribuida potestad jurisdiccional²⁴, por lo que se puede distinguir entre Poder Judicial organización formado por Jueces y Tribunales al que hace referencia el art. 117.3 CE, y Tribunales especiales constitucionales no incluidos en el Poder Judicial organización pero que ejercen potestad jurisdiccional por reconocerlo así expresamente el texto constitucional, que serían los Tribunales militares, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal del Jurado, los Tribunales consuetudinarios, y el Tribunal Constitucional²⁵.

De esta forma, el concepto de órgano judicial no puede entenderse referido exclusivamente a Jueces y Tribunales, sino que hay que considerar que son órganos judiciales todos aquellos a los que la Constitución atribuye la facultad de ejercer la potestad jurisdiccional, sin perjuicio de no estar integrados en el Poder Judicial, siendo órganos que se caracterizan por ejercer sus funciones juzgando de manera imparcial, independiente e irrevocable los conflictos que se les planteen y pudiendo ejecutar sus resoluciones. Esto a su vez implicaría que todos estos órganos podrían plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando, en la decisión de los procesos ante ellos planteados, hubiesen de aplicar

²³ GIMENO SENDRA, V., “La jurisdicción. Concepto y funciones”, *op.cit.*, p. 32; MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 43-51; GUASP, J., *Derecho procesal civil, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1998, p. 94

²⁴ En su opinión sólo si se entiende el Poder Judicial como organización hay que estar a lo dispuesto en el art. 117 CE, de lo que resulta que no todos los órganos con potestad jurisdiccional integran el Poder Judicial, MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I, Parte general, op.cit.*, p. 44

²⁵ MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I, Parte General, op.cit.*, p. 47

una norma con rango de ley que considerasen que puede ser contraria a la Constitución y de cuya validez dependiese la decisión del proceso. No obstante, para poder sostener esta afirmación será necesario realizar en las próximas líneas un examen de cada uno de estos órganos pronunciándose sobre su carácter jurisdiccional y sobre las funciones que realizan, aunque previamente se hará referencia a cuáles son los órganos judiciales que integran el Poder Judicial y que, en consecuencia, pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

1.1.3. Los órganos judiciales integrantes del Poder Judicial

El art. 26 LOPJ atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo²⁶.

Los órganos judiciales previstos en el art. 26 LOPJ pueden dividirse entre órganos unipersonales y órganos colegiados. Los órganos judiciales unipersonales son los siguientes: a) Los Juzgados de Paz, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 99 LOPJ, existen en los municipios donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y extienden su jurisdicción al término municipal correspondiente, siendo servidos por Jueces legos. Dichos Juzgados tienen competencia, según establece el art. 100 LOPJ, en el orden civil y penal en los procesos que la ley determine. b) Los Juzgados de Primera Instancia e

²⁶ Sobre la organización judicial MONTÓN REDONDO, A., *Juzgados y Tribunales Españoles, orígenes y atribuciones*, Tecnos, Madrid, 1986; RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, op.cit., pp. 162-189; MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., pp. 145-155; CORTES DOMÍNGUEZ, V., “Los órganos judiciales”, en MORENO CATENA, V.- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 113-134

Instrucción, según dispone el art. 84 LOPJ, son órganos judiciales existentes en cada partido judicial con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Estos órganos ejercen jurisdicción, según disponen los art. 85 y 87 LOPJ, en el orden civil y penal, en el primero en relación con los procesos en primera instancia, con los actos de jurisdicción voluntaria, de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Paz, y las cuestiones de competencia en materia civil entre los Juzgados de Paz del partido; en el segundo en la instrucción de las causas por delito cuyo conocimiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, en el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, y en los procedimientos de *habeas corpus*. c) Los Juzgados de lo Penal existen, según dispone el art. 89 bis LOPJ, en la capital de cada provincia y además en una o más ciudades importantes de la misma, y conocen, de acuerdo con el art. 89 bis.2 LOPJ, de las causas por delito que la ley determine. d) Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como establece el art. 90 LOPJ, se sitúan en la capital de cada provincia, y si la cantidad de asuntos lo requiere en las poblaciones que la ley determine, conociendo de los recursos contencioso-administrativos no atribuidos a otros órganos de este orden jurisdiccional (art. 91 LOPJ). e) Los Juzgados de lo Social existen, según el art. 92 LOPJ, en la capital de la provincia, y en determinados supuestos en otras poblaciones. Estos órganos conocen de los procesos sobre materias propias de este orden jurisdiccional no atribuidas a otros órganos del mismo (art. 93 LOPJ). f) Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, de acuerdo con el art. 94 LOPJ, serán uno o más en cada provincia, y conocerán en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley. g) Los Juzgados de Menores existen, como dispone el art. 96 LOPJ, en cada capital de provincia, y si el volumen de trabajo lo aconseja en uno o más partidos judiciales, conociendo de las funciones que les atribuyan las leyes en

relación con los menores que hayan incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta²⁷.

Los órganos judiciales colegiados, por su parte, son los que a continuación se relacionan: a) Las Audiencias Provinciales que, según disponen los art. 80 a 82 LOPJ, tienen su sede en la capital de la provincia y conocen en el orden penal de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, de Vigilancia Penitenciaria, de Menores; y en el orden civil de los recursos contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia; asimismo conocerán de las cuestiones de competencia en materia civil y penal que se susciten entre Juzgados y de las recusaciones de sus Magistrados en determinados supuestos. b) Los Tribunales Superiores de Justicia que, de acuerdo con lo que disponen los art. 70, 71 y 72 LOPJ tienen jurisdicción en cada Comunidad Autónoma, integrados por Salas de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, que conocen respectivamente de los asuntos que establecen los art. 73, 74 y 75 LOPJ. c) La Audiencia Nacional con sede en Madrid, integrada por las Salas de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, y de lo Social (art. 62, 64 LOPJ) y con competencia para conocer de los asuntos previstos en los art. 65, 66, y 67 LOPJ. d) El Tribunal Supremo con sede en Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, integrado por las Salas de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, y de lo Social (art. 53, 55 LOPJ), que conocerán respectivamente de los asuntos establecidos en los art. 56, 57, 58 y 59 LOPJ.

Todos estos órganos judiciales cuando, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deban aplicar en un proceso del que estén conociendo una norma

²⁷ Respecto a la integración de los Jueces de Menores en el Poder Judicial se pronunció el Tribunal Constitucional en la STC 36/91/2

con rango de ley de cuya constitucionalidad duden y consideren que la validez de dicha norma depende la decisión del mismo, podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

1.1.4. Los Tribunales militares

El art. 117.5 CE establece que “la ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”. Por tanto, se reconoce la existencia de una jurisdicción, la militar, que por decisión expresa del texto constitucional convive con la jurisdicción ordinaria ejerciendo potestad jurisdiccional en el ámbito estrictamente castrense.

Respecto al carácter jurisdiccional de la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional ha reconocido que “la jurisdicción militar, pues, más allá de todas sus peculiaridades reiteradamente reconocidas por este Tribunal (STC 97/1985, fundamento jurídico 4.; 180/1985, fundamento jurídico 2.; 60/1991, fundamento jurídico 4.) ha de ser "jurisdicción", es decir, ha de ser manifestación de la función constitucional a la que, como derecho fundamental, se confía la tutela judicial efectiva” (STC 117/95/7). Asimismo, la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, establece en su art. 1 que la jurisdicción militar es parte integrante del Poder Judicial del Estado²⁸, y en su art. 2 que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los asuntos de su competencia, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales militares establecidos por

²⁸ No obstante, V. GIMENO SENDRA considera que sólo la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo puede considerarse órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial, mientras que los demás órganos judiciales militares no ostentan la necesaria independencia frente a los demás Poderes del Estado, concretamente del Ejecutivo, por lo que han de considerarse integrantes de una Jurisdicción especial, “La unidad jurisdiccional”, en MORENO CATENA, V.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 68

esta Ley”, lo que supone un claro reconocimiento de la atribución de potestad jurisdiccional y del carácter de órgano judicial de la jurisdicción militar en el ámbito que la propia Constitución le reconoce.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que los órganos que integran la jurisdicción militar planteen una cuestión de inconstitucionalidad, el art. 5 de la Ley mencionada dispone que “cuando un órgano de la jurisdicción militar considere que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional con arreglo a lo que establece su Ley orgánica. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”. Esta posibilidad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad por órganos de la jurisdicción militar ya había sido admitida tácitamente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por órganos integrantes de dicha jurisdicción (SSTC 27/85/1, 139/85/6, 60/91/antecedente1, 72/94/antecedente 1, ATC 501/89/único), por lo que la afirmación de que los órganos que integran la jurisdicción militar pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad no se mueve en el terreno de la mera hipótesis sino que efectivamente dichos órganos plantean cuestiones cuando consideran que una norma con rango de ley aplicable en un proceso ante ellos planteado puede ser contraria a la Constitución.

1.1.5. El Tribunal de Cuentas

El art. 136.1 CE establece que “el Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público”, y el apartado 3 de dicho precepto que “los miembros del

Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces”.

La naturaleza jurídica del Tribunal de Cuentas como órgano que ejerce funciones de diferente carácter ha sido objeto de discusión, atendido que junto con las funciones jurisdiccionales ejerce también funciones fiscalizadoras. No obstante, y en lo que ahora interesa, el reconocimiento en la exposición de motivos de la Ley 7/88, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas de su carácter de auténtica jurisdicción y el hecho de que el art. 49 de la Ley 2/82, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y el art. 52.2 de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas establezcan que puede interponerse recurso de casación y revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contra las sentencias pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas motiva que la posición favorable a su carácter jurisdiccional haya sido acogida por la doctrina²⁹ frente a un primer momento en que se cuestionaba que el Tribunal de Cuentas pudiese ejercer potestad jurisdiccional³⁰.

Cuando el Tribunal de Cuentas actúa como Sección de Enjuiciamiento de acuerdo con lo dispuesto en los art. 24 a 26 de la Ley del Tribunal de Cuentas y 11 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, se considera que es un órgano jurisdiccional al que corresponde conocer de los procedimientos jurisdiccionales contables, siendo la jurisdicción contable ejercida, como dispone

²⁹ MORENO CATENA, V., “El poder judicial”, en MORENO CATENA, V.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 50; MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., p. 43; CUBILLO RODRÍGUEZ, C., *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas*, Comares, Granada, 1999, p. 89

³⁰ Por todos, A. DE LA OLIVA SANTOS mostraba una posición contraria a la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, aunque no rechazaba que pudiese llegar a convertirse en un órgano jurisdiccional, “Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”, *Revista de Derecho Procesal*, 1985, num. 2, pp. 339-364. Por el contrario, R. DE MENDIZÁBAL ALLENDE defendía la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas en el ejercicio de la actividad contable al reunir su actuación todos

el art. 52 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, por los Consejeros de cuentas y las Salas del Tribunal de Cuentas. Asimismo hay que tener presente que el desarrollo de los procedimientos ante los Consejeros de cuentas y las Salas del Tribunal de Cuentas previstos en los art. 63 a 84 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas siguen los criterios generales de cualquier procedimiento jurisdiccional, y los art. 85 a 87 establecen que el procedimiento de ejecución de las sentencias se realizará en la forma establecida para el proceso civil. Ese carácter jurisdiccional del Tribunal de Cuentas también ha sido reconocido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que en su art. 37.2 dispone que “se abstendrán igualmente de conocer los tribunales civiles cuando se les sometan asuntos de los que corresponda conocer a los tribunales de otro orden jurisdiccional de la jurisdicción ordinaria. Cuando el Tribunal de Cuentas ejerza funciones jurisdiccionales se entenderá integrado en el orden contencioso-administrativo”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 187/88/2, reconoció el carácter jurisdiccional de la actuación del Tribunal de Cuentas, al declarar que el enjuiciamiento contable que realiza el Tribunal de Cuentas es una “actividad de naturaleza jurisdiccional”, que en virtud del art. 17.1 de la Ley del Tribunal de Cuentas es “necesaria e improrrogable, exclusiva y plena”, garantizándose la independencia e inamovilidad de sus miembros. Concretamente, manifiesta que “la actividad de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas -que se organiza en Salas (art. 24)- consiste en aplicar la norma jurídica al acto contable, emitiendo un juicio sobre su adecuación a ella y declarando, en consecuencia, si existe o no responsabilidad del funcionario, absolviéndolo o condenándolo y, en esta última hipótesis, ejecutando coactivamente su decisión. Y todo ello a través de un procedimiento judicial, regulado en el Capítulo Tercero del Título V y

los elementos que caracterizan la función jurisdiccional, “La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas”, *Revista de Administración Pública*, num. 100-102, II, 1983, pp. 1357-1365

desarrollado en la Ley de Funcionamiento del Tribunal, en el que aparecen los elementos objetivos, subjetivos y formales que caracterizan a un proceso. Por otra parte, sus resoluciones, en los casos y en la forma que determina su Ley de Funcionamiento, son susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo (art. 49) y, si bien la Ley de Procedimiento Administrativo resulta supletoria de las normas reguladoras de los procedimientos fiscalizadores (Disposición final segunda, 1), para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales se aplica supletoriamente la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y las de Enjuiciamiento Civil y Criminal (Disposición final segunda, 2)”. Sobre la naturaleza jurisdiccional del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas se manifiesta también en las SSTC 18/91/2b, 215/2000/6 y 7, y el ATC 312/96/2³¹.

En consecuencia, si el Tribunal de Cuentas es un órgano que ejerce potestad jurisdiccional cuando realiza el enjuiciamiento contable, debe reconocerse que los Consejeros de cuentas y las Salas del Tribunal de Cuentas pueden en los supuestos en que tengan que aplicar una norma con rango de ley que consideren puede ser contraria a la Constitución y de cuya validez dependa el fallo plantear la cuestión de inconstitucionalidad³².

³¹ Concretamente, en la STC 215/2000/6 y 7 manifiesta que “con la expresa mención a la "jurisdicción" del Tribunal de Cuentas en el art. 136.2 CE el constituyente ha querido que dicha institución, cuando actúe en el ejercicio de su tradicional función jurisdiccional de enjuiciamiento contable, lo que supone la exigencia de una especie de responsabilidad civil (ATC 371/1993, de 16 de diciembre, FJ 1), quede sometida a las garantías que la Constitución anuda a todo proceso. Esto es, las derivadas del art. 24 CE así como de otros preceptos constitucionales, entre ellas las de independencia e inamovilidad de quienes ejercen la función jurisdiccional, como expresamente establece el art. 136.3 CE respecto a los miembros del órgano aquí considerado. De suerte que el ejercicio de la función jurisdiccional de enjuiciamiento contable por el Tribunal de Cuentas no es en sí mismo contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues es la propia Constitución la que permite la atribución de funciones jurisdiccionales a dicho órgano”, por lo que “el enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia”

³² Favorables también a la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad se manifiestan E. CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, p. 183; C. CUBILLO RODRÍGUEZ, *La jurisdicción del Tribunal de Cuentas, op.cit.*, p.90

1.1.6. El Tribunal del Jurado

El art. 125 CE dispone que los ciudadanos pueden “participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”. Esta posibilidad ha sido hecha efectiva mediante la Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

La naturaleza jurisdiccional de la función que realiza el Tribunal del Jurado no es puesta en duda, sino que se reconoce que dicho Tribunal ejerce funciones jurisdiccionales, ejerciendo la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado³³. No obstante, las peculiaridades de dicho órgano judicial exigen una reflexión respecto a sí es posible que el Tribunal del Jurado plantee una cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar, hay que señalar que el Tribunal del Jurado no es un órgano jurisdiccional permanente, sino que se constituye un Jurado para cada causa. El Tribunal del Jurado se compone, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley del Jurado, del Magistrado-Presidente de la Audiencia Provincial o, en su caso, del Tribunal Superior de Justicia, o del Tribunal Supremo; y de nueve jurados.

Los jurados son jueces legos³⁴ que acceden al proceso en su fase cognoscitiva, constituyéndose el día del juicio oral, e intervienen en la función

³³ MARES ROGER, F.-MONA ALARCÓN, J.A., *Comentarios a la Ley del Jurado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 81

³⁴ Los jurados son elegidos, según dispone el art. 8 de la Ley del Jurado, entre ciudadanos mayores de edad, que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos políticos, que sepan leer y escribir, que sean vecinos, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiera cometido, y que no estén impedidos física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de Jurado

jurisdiccional³⁵, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.1 y 2 de la Ley del Jurado, mediante la emisión del veredicto, declarando probado o no probado el hecho justiciable que el Magistrado-Presidente haya determinado como tal, y proclamando la culpabilidad o no culpabilidad de cada acusado. El Jurado no puede proponer pruebas *ex officio*, sólo puede realizar, como dispone el art. 46.1 de la Ley del Jurado, preguntas para fijar y aclarar los hechos sobre los que versen las pruebas, y dichas preguntas se formulan a través del Magistrado-Presidente y por escrito. Durante el ejercicio de sus funciones los miembros del Jurado actuarán, según dispone el art. 3.3 de la Ley del Tribunal del Jurado, con arreglo a los principios de independencia, responsabilidad y sumisión a la Ley a los que hace referencia el art. 117 CE. Una vez emitido el veredicto, el Jurado finaliza sus funciones, no participando en la formación de la sentencia ni en su ejecución.

El Magistrado-Presidente, por su parte, tiene entre sus funciones, según disponen los art. 4, y 67 a 70 de la Ley del Jurado, la de dictar sentencia, recogiendo el veredicto del Jurado, y la de imponer, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda. No obstante, podrá decidir el proceso sin necesidad de que el Jurado emita su veredicto, en los supuestos previstos en los art. 49 a 51 de la Ley del Jurado³⁶.

³⁵ TOME GARCÍA, J.M., *El Tribunal del Jurado: Competencias, composición y procedimiento*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 61-62

³⁶ Los art. 49 a 51 establecen que puede decidirse la disolución del Jurado si el Magistrado-Presidente “estima que del juicio no resulta la existencia de prueba de cargo que pueda fundar una condena del acusado”; “si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales”; “cuando el Ministerio Fiscal y demás partes acusadoras, en sus conclusiones definitivas, o en cualquier momento anterior del juicio, manifestasen que desisten de la posición de condena del acusado”

En consecuencia, atendida la configuración legislativa del Jurado cabe decir que los ciudadanos que actúan como Jurados en el ejercicio de sus funciones no deciden las normas aplicables en la decisión del proceso, ni pueden instar al Magistrado-Presidente a que aplique una determinada norma, puesto que su función jurisdiccional se limita a la emisión del veredicto y al pronunciamiento sobre la culpabilidad o no culpabilidad del acusado. El Magistrado-Presidente es el que aplica el derecho en el proceso y al que, en su caso, corresponde decidir si plantea la cuestión de inconstitucionalidad respecto a una de las normas con rango de ley aplicables en el proceso y de cuya validez dependa la decisión del mismo, sin necesidad de consultar su decisión con los miembros del Jurado.

1.1.7. Los Tribunales consuetudinarios y tradicionales

El art. 125 CE establece que los ciudadanos podrán participar en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, disponiendo el art. 19, apartado 3, LOPJ que “tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia” y el apartado 4 que “se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de los Hombres Buenos de Murcia”.

El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana es una institución cuyos orígenes históricos no están claramente definidos, aunque puede decirse que el Rey de Aragón Jaime I, entre los años 1239 y 1258, reconoció su jurisdicción³⁷. El Tribunal de las Aguas se compone por los Jueces de cada una de las ocho Comunidades de las acequias de la Vega de Valencia, nombrados según las

³⁷ Sobre el origen del Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLEN, V., “El proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, p. 534

respectivas Ordenanzas, su sede es la Puerta de los Apóstoles de la Catedral de Valencia. En la tramitación del proceso ante dicho Tribunal hay una fase de instrucción, se celebra un juicio oral y a continuación se dicta sentencia oralmente, contra la que no cabe recurso, siendo dicha sentencia ejecutable³⁸. Las fuentes jurídicas que rigen la organización de dicho Tribunal y el derecho aplicable por el mismo son los Privilegios de los Reyes Jaime I y Jaime II, y las Ordenanzas de las ocho Comunidades de las acequias de la Vega de Valencia promulgadas por los Reyes de la Casa de Borbón del siglo XVIII que, en opinión de Fairén Guillén, son normas de categoría superior semejantes a las de las Reales Pragmáticas de la época³⁹.

El Tribunal de las Aguas de Valencia es así un órgano de carácter jurisdiccional, en el que los miembros que lo componen actúan de forma independiente e imparcial, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, lo que en principio permitiría pronunciarse en sentido favorable a la posibilidad de que dicho órgano pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad⁴⁰. No obstante, atendido que en el ejercicio de su función aplican los Privilegios y las Ordenanzas anteriormente mencionadas, sólo cobraría sentido que planteasen una cuestión de inconstitucionalidad si se considera que los Privilegios y Ordenanzas son normas con rango de ley, pronunciamiento este que evidentemente excede del objeto de este trabajo, por lo que corresponderá, en su caso, al Tribunal

³⁸ Sobre el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLEN, V., “El proyecto de Ley Orgánica de la Justicia y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, num. 3, 1974, pp. 201-203

³⁹ Sobre las fuentes jurídicas utilizadas por el Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLEN, V., “El proyecto de Ley Orgánica de la Justicia y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”, *op.cit.*, pp. 200-201; “El proceso ante el Tribunal de las Aguas de Valencia”, *op.cit.*, pp. 543-544

⁴⁰ E. CORZO SOSA considera que dado que los miembros que forman dicho Tribunal no tienen los conocimientos suficientes para tener una dimensión aproximada del contenido de la Constitución y para establecer una relación directa entre Constitución y las normas del derecho de las aguas de Valencia, es poco viable, aunque no imposible, que planteen una cuestión de inconstitucionalidad, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, p. 200

Constitucional pronunciarse sobre si ostentan ese rango, como ya hizo en la STC 126/97 en relación con el Código de las Siete Partidas.

Por lo que se refiere al Consejo de Hombres Buenos de Murcia, la Ley Orgánica 13/99, de 14 de mayo, añadió un apartado 4 al art. 19 LOPJ en el que reconocía el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional a dicho órgano. Las funciones del Consejo son las de dirimir las controversias entre regantes, las reclamaciones sobre los perjuicios que se causen a terceros, y los abusos e infracciones de las Ordenanzas. Es un órgano presidido por el Alcalde del Ayuntamiento donde se celebre la audiencia pública, que sólo vota en casos de empate. Los fallos del Consejo se dictan de plano y por mayoría absoluta, una vez oídas las partes y practicadas las pruebas. El Alcalde es la autoridad de ejecución y resuelve el recurso de nulidad o de injusticia notoria contra la resolución, en caso de que se interponga⁴¹.

Hasta el reconocimiento en la Ley 13/99 del carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional del Consejo de Hombres Buenos de Murcia se consideraba que dicho órgano tenía carácter administrativo, y ese mismo carácter considera Moreno Catena que continua teniendo a pesar de incluirse en la LOPJ como Tribunal consuetudinario y tradicional⁴². No obstante, a pesar de las críticas que pueda recibir la decisión del legislador de incluir el Consejo de los Hombres Buenos de Murcia entre los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, el hecho es que tal inclusión conlleva reconocer que dicho órgano se encuentra entre los órganos jurisdiccionales por expresa previsión del art. 125

⁴¹ Sobre esta institución, MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 56

⁴² MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., p. 56

CE, cumpliéndose los requisitos de independencia, imparcialidad y siendo un órgano que juzga y hace ejecutar lo juzgado.

En relación con la posibilidad de que este órgano plantee una cuestión de inconstitucionalidad, sólo si se reconoce que las Ordenanzas que ha de aplicar para decidir los procesos ante él planteado son normas con rango de ley podrá acudir ante el Tribunal Constitucional mediante la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

1.1.8. El Tribunal Constitucional

La naturaleza jurídica de los Tribunales Constitucionales ha sido objeto de debate desde su introducción en los ordenamientos jurídicos europeos, aunque no se trata ahora de realizar un examen exhaustivo sobre los orígenes de la justicia constitucional de carácter concentrado y de los elementos políticos que se encuentran ínsitos en el ejercicio de su función⁴³. El objeto es más limitado, se intenta establecer si el Tribunal Constitucional puede incluirse dentro de los órganos judiciales a efectos de pronunciarse respecto a la posibilidad de que

⁴³ El debate sobre la naturaleza jurisdiccional o política del Tribunal Constitucional estuvo presente de forma patente en los primeros años de actuación de la Corte Constitucional italiana, mostrándose favorable la doctrina respecto a su naturaleza jurisdiccional, dado que aunque el objeto de control es una norma aprobada por el legislador en base a criterios políticos, el control que realiza la Corte se realiza, o debe realizarse, con criterios y métodos jurisdiccionales, CRISAFULLI, V., “Questioni in tema di interpretazione della Corte Costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 937; GIANNINI, M.S., “Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 902; BARILE, P., “La Corte Costituzionale organo sovrano: implicazione pratiche”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 914; SATTA, S., “Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1959, pp. 590-595; CARNELUTTI, F., “Aspetti problematici del processo al legislatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1959, p. 7; SANDULLI, A., “Sulla ‘posizione’ della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, p. 713; CAPPELLETTI, M., “Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, pp. 376-417; PIERANDREI, P., “Corte Costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, X, Giuffrè editore, Milano, 1962, pp. 874, 896. Contrario a la naturaleza jurisdiccional de la Corte Constitucional se manifestaba, no obstante, CALAMANDREI, P., “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, pp. 12, 39, 51-53

pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas con rango de ley que deba aplicar en los procesos de que conoce, si dicha norma es relevante para la decisión del mismo. Sobre dicha cuestión la doctrina se muestra favorable a la consideración del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional⁴⁴, siendo así un órgano que, aun no formando parte del Poder Judicial en sentido estricto, ejerce potestad jurisdiccional.

En este sentido, diferentes preceptos tanto de la Constitución como de la LOTC ponen de manifiesto que el Tribunal Constitucional ostenta los elementos característicos de los órganos que ejercen potestad jurisdiccional. El art. 161 CE

⁴⁴ Los procesalistas ponen de manifiesto esta inclusión del Tribunal Constitucional entre los órganos jurisdiccionales, así V. GIMENO SENDRA declara que el “Tribunal Constitucional aun estando situado <fuera del Poder Judicial> y no rigiéndose por las disposiciones de la LOPJ, constituye un auténtico órgano jurisdiccional, por cuanto en él concurren las dos notas esenciales definitorias de dichos órganos: la independencia judicial y la atribución exclusiva de la <cosa juzgada>”, “El Tribunal Constitucional”, en MORENO CATENA, V.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 137, también J. MONTERO AROCA afirma que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional situado fuera del Poder Judicial organización, MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., p. 43. Por su parte, P. DE VEGA sostiene que en la noción de órgano judicial hay que incluir al Tribunal Constitucional “quien, en los procesos de él pendientes, puede lógicamente suscitar cuestiones de anticonstitucionalidad de las leyes, de cuya validez van a depender sus sentencias”, “Del Tribunal Constitucional”, *Constitución Española. Edición comentada*, CEC, Madrid, 1979, p. 353; E. GARCÍA DE ENTERRÍA considera que el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, IEF, Madrid, 1981, p. 36; P. CRUZ VILLALÓN defiende que el control de constitucionalidad es un control jurisdiccional con independencia de que sea asumido por el Poder Judicial, o por un órgano que asuma “los mismos caracteres de independencia de aquél y sometimiento sólo a Derecho”, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op.cit., p. 28; G. PECES BARBA afirma el carácter de órgano jurisdiccional del Tribunal Constitucional, considerando que es poder judicial en sentido amplio puesto que su función es judicial, *La Constitución Española de 1978*, op.cit., p. 211; P. PÉREZ TREMPES, en base a diferentes argumentos, afirma el carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 13-16; en el mismo sentido APARICIO PÉREZ, M.A., “Algunas consideraciones sobre la Justicia constitucional y el Poder Judicial”, *Revista Jurídica de Catalunya*, num. 3, 1983, p. 953; MARÍN PAGEO, E., *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, p. 40; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.-GÓMEZ MONTORO, A., “El Tribunal Constitucional como órgano constitucional del Estado. Composición y organización”, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 4; MEDINA GUERRERO, M., “Comentario al art. 1 LOTC”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 72; E. CORZO SOSA afirma que el Tribunal Constitucional es un órgano con potestad jurisdiccional, *La cuestión de inconstitucionalidad*, op.cit., pp. 185-187. Sobre la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional, MARÍN, J.A., *La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1998

establece que el Tribunal Constitucional “tiene jurisdicción en todo el territorio español” y el art. 1.2 LOTC que “es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional”, lo que implica reconocer que las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional lo son en ejercicio de una función jurisdiccional. En relación con los magistrados del Tribunal Constitucional, los art. 159.4 CE y 19 LOTC prevén las incompatibilidades de aquellos durante el ejercicio de su cargo, estableciendo una serie de incompatibilidades específicas y una remisión a las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial, que tratan de garantizar su independencia. Dicha independencia se garantiza específicamente en el art. 159.5 CE que dispone que “los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato” y en el art. 22 LOTC que establece que “los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece”. De esta forma, se garantiza que las funciones del Tribunal Constitucional son ejercidas por magistrados independientes, en términos similares a los miembros del Poder Judicial. Por último, el Tribunal Constitucional ejerce jurisdicción de manera definitiva e irrevocable, puesto que sus sentencias, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 164.1 CE, 38.1 LOTC, tienen el valor de cosa juzgada, correspondiendo al Tribunal Constitucional, según establece el art. 92 LOTC, decidir quién ha de ejecutar sus sentencias y, en su caso, resolver las incidencias de ejecución.

La Constitución no se pronuncia sobre la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad respecto a una de las normas con rango de ley aplicables y relevantes para decidir alguno de los procesos de su competencia. Por su parte, la LOTC establece en sus art. 55.2,

67 y 75 quinquies cuál es la actuación que el Tribunal Constitucional debe seguir en los supuestos en que la tramitación, respectivamente, de un recurso de amparo, de un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades o de éstas entre sí, o de un conflicto en defensa de la autonomía local, dependa de la validez constitucional de una norma con rango de ley. Nada se dispone, sin embargo, respecto a la actuación del Tribunal Constitucional cuando el proceso en que haya de aplicarse una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad dude sea un procedimiento de control de constitucionalidad, o un conflicto entre órganos constitucionales.

En los supuestos en que el Tribunal Constitucional debe aplicar una norma con rango de ley para decidir un recurso de amparo y considera que dicha norma es contraria a la Constitución, el art. 55.2 LOTC establece que si el Tribunal estima el recurso de amparo “porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los art. 38 y siguientes”, tramitándose la cuestión por el procedimiento establecido en los art. 37 y concordantes⁴⁵. Esta posibilidad prevista en el art. 55.2 LOTC, conocida como autocuestión de inconstitucionalidad⁴⁶, ha sido considerada por parte de la doctrina como una subcategoría de la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁷. No obstante, como a

⁴⁵ Un análisis de la figura de la autocuestión de inconstitucionalidad se encuentra, entre otros, en MIERES MIERES, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, IVAP, Civitas, Madrid, 1998, en el que se recoge una amplia bibliografía sobre la materia

⁴⁶ Sobre las diferentes denominaciones que recibe esta figura, PÉREZ TREMPES, P., “Comentario al art. 55 LOTC”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial de Estado-Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 869

⁴⁷ Así A. CANO MATA, *Cuestiones de inconstitucionalidad, Doctrina del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, p. 38; A. RIBAS MAURA, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, p. 45; J.M. LÓPEZ ULLA habla de la autocuestión como un subtipo de la cuestión de inconstitucionalidad, en que el origen y la finalidad de ambas no difieren en exceso, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 265. Contrario a la asimilación a la cuestión de inconstitucionalidad se manifiesta J.P. URIAS MARTÍNEZ que por eso propone que se la denomine

continuación se dirá, aquella responde a unas características que no permiten asimilarla a la figura de la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁸. Así, de la lectura del art. 55.2 LOTC resulta que cuando la Sala que decide el amparo, o en su caso el Pleno cuando hubiese avocado su tramitación, acuerda elevar la autocuestión, ya ha decidido el recurso de amparo y ha declarado la vulneración del derecho fundamental por aplicación de una ley que pudiese resultar contraria a la Constitución. De esta forma, no existe una dependencia del proceso de amparo respecto a la decisión del Pleno del Tribunal sobre la constitucionalidad de la norma⁴⁹, siendo incluso posible, como así ha ocurrido en la práctica (SSTC 185/90, 48/95) que el Pleno considere que la norma, pese a la opinión de una de las Salas, no resulta contraria a la Constitución, sin que ello suponga la revisión del juicio de amparo. Además el enjuiciamiento que en la autocuestión se realiza sobre la posible inconstitucionalidad de la norma no se encuentra condicionado por el supuesto concreto planteado en el recurso de amparo⁵⁰.

“cuestión interna de inconstitucionalidad”, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 1-8

⁴⁸ Esto sin perjuicio de que determinados autores se muestren favorables a un reforma de la figura prevista en el art. 55.2 LOTC que permita asimilarla a la cuestión de inconstitucionalidad, BORRAJO INIESTA, I., “Amparo frente a leyes (comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)”, *Revista de Administración Pública*, num. 98, 1982, pp. 176-220; PIBERNAT, X., “El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. El art. 55.2 LOTC y sus interpretaciones por el Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de Catalunya*, num. 3, 1983, pp. 153-168. Ver los comentarios sobre las propuestas de reforma en GUASCH, J., “La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d’amparo en Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, num. VIII, 1992, pp. 104-109

⁴⁹ Como pone de manifiesto J. JIMÉNEZ CAMPO el Tribunal Constitucional no está sujeto en su enjuiciamiento a lo que haya sido relevante para resolver el recurso de amparo, “Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad”, *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de derecho constitucional*, Cuadernos y debates, num. 41, CEC, Madrid, 1992, p. 21

⁵⁰ Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en la STC 31/2000/2 al declarar que “la vinculación al proceso previo no es exactamente la misma en el caso de la cuestión *ex* art. 55.2 LOTC que en el de la promovida por un Juez o Tribunal ordinarios, siquiera sea sólo porque en el primer caso – nunca en el segundo- el pronunciamiento del Pleno sobre la constitucionalidad del precepto cuestionado es siempre posterior a la resolución del proceso previo, de manera que nunca queda éste pendiente, para su conclusión definitiva, de lo que se decida en relación con la constitucionalidad del precepto cuestionado”

Por lo que se refiere a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley aplicables en la resolución de los conflictos positivos de competencia, el art. 67 LOTC establece que “si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad”⁵¹. Dicho precepto pretende así evitar que en un conflicto de competencias el Tribunal Constitucional deje de aplicar lo previsto en la ley que otorga la competencia controvertida sin entrar a examinar su constitucionalidad, y para ello prevé que el proceso de conflicto de competencias se transforme en un proceso de recurso de inconstitucionalidad⁵², por lo que no existe suspensión del conflicto hasta que el Tribunal se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley, como ocurre en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los órganos judiciales ordinarios⁵³.

⁵¹ Sobre el procedimiento del art. 67 LOTC, TEROL BECERRA, M.J., *El conflicto positivo de competencias*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 182-194; GARCÍA ROCA, J., “Comentario del art. 67 LOTC”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 1085-1099

⁵² L.J. MIERES MIERES considera que aunque las partes no invoquen la ley que ampara el acto impugnado el Tribunal Constitucional puede decidir controlarla de oficio, si considera que el pronunciamiento sobre su constitucionalidad es prejudicial respecto a la decisión del conflicto, por lo que la transformación del proceso puede realizarse sin necesidad de que las partes hayan alegado la posible inconstitucionalidad de la ley, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, op.cit., p. 87

⁵³ Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 39/82/3 el procedimiento del art. 67 LOTC “se configura así como un control concreto, indirecto, para dar respuesta al problema de constitucionalidad de una ley surgido como tema previo al enjuiciamiento de la disposición que, de modo indirecto, da lugar al conflicto”, por ello, como dice la STC 5/87/1, cuando la “cuestión de a quién corresponde la competencia debatida viene a ser inseparable de la apreciación de la adecuación o inadecuación” de una determinada ley al orden competencial derivado de la Constitución y del correspondiente Estatuto de Autonomía, el conflicto de competencia se convierte “en un juicio sobre la constitucionalidad de una Ley, por lo que resulta procedente, en virtud de lo dispuesto en el art. 67 de la LOTC, su tramitación en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad”. Esto es así porque si bien el “Tribunal puede enjuiciar siempre la constitucionalidad de una Ley en el curso de un conflicto(...) lo que el art. 67 impide es que éste se resuelva con un fallo que suponga la no aplicación de una Ley sin haberse tramitado el conflicto como un recurso de inconstitucionalidad”. De esta forma “dado que el control de constitucionalidad de la norma con rango legal adquiere el carácter de una cuestión previa al

En relación con el posible control de constitucionalidad de las normas con rango de ley que deban aplicarse para decidir un conflicto en defensa de la autonomía local⁵⁴, el art. 75 quinquies.6 LOTC dispone que “la declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes”. Por tanto, la figura establecida en este supuesto puede ser asimilada a la prevista en el art. 55.2 LOTC⁵⁵. El Tribunal Constitucional dicta sentencia pronunciándose sobre la vulneración de la autonomía local, vulneración que encontrará su fundamento en la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley objeto del conflicto, pero el Tribunal Constitucional no podrá declarar la inconstitucionalidad en esa sentencia, sino que se autoplanteará la cuestión con la finalidad de dictar una nueva sentencia en la que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de aquella norma⁵⁶.

ser aducida en apoyo de la competencia controvertida, la tramitación del conflicto como recurso se traduce en un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la Ley invocada, previo al enjuiciamiento de la disposición que de modo inmediato da lugar al conflicto”

⁵⁴ El conflicto en defensa de la autonomía local es un procedimiento que ha sido incluido entre las competencias del Tribunal Constitucional por Ley Orgánica 7/99, de 21 de abril, y que tiene por objeto las normas con rango de ley del Estado o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada, debiendo declarar el Tribunal Constitucional mediante sentencia si existe o no esa lesión, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolviendo, en su caso, lo que proceda sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local

⁵⁵ No obstante, M. SÁNCHEZ MORÓN considera que en el recurso de amparo la figura de la cuestión tiene sentido porque en dicho procedimiento no es posible la impugnación directa de leyes, mientras que en el conflicto en defensa de la autonomía local si sería posible, por lo que la opción del legislador resulta absurda, “Comentario al art. 75 quinquies”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado-Tribunal Constitucional, Madrid, 2001, p. 216

⁵⁶ El anteproyecto de ley establecía que la sentencia que resolviese el conflicto podía declarar también la inconstitucionalidad de la ley o norma con rango de ley objeto del mismo. No obstante, el Dictamen del Consejo de Estado, de 18 de junio de 1998, propuso que se utilizase un mecanismo como el del art. 55.2

Respecto a la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se plantee una cuestión de inconstitucionalidad en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, ya se ha dicho que ni la Constitución ni la LOTC lo prevén, y tampoco el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre dicha posibilidad⁵⁷. No obstante, dado que podría darse un supuesto en que el Tribunal Constitucional hubiese de aplicar en el curso de un procedimiento de declaración de inconstitucionalidad una norma con rango de ley que considerase inconstitucional hay que adoptar una posición respecto al posible control de constitucionalidad de esa norma⁵⁸. Esta posibilidad se presentará básicamente en

LOTC, a través del que el Tribunal Constitucional se autoplantease una cuestión en relación con la constitucionalidad de la ley, opción ésta que fue acogida en el proyecto de ley, resultando finalmente aprobada, PULIDO QUECEDO, M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el conflicto en defensa de la autonomía local*, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Navarra, 1999, pp. 35, 292. L.J. MIERES MIERES criticó en su momento el proyecto de ley que regulaba los conflictos en defensa de la autonomía local, abogando porque se estableciese que el Pleno en la misma sentencia en que decidía el conflicto pudiese declarar la inconstitucionalidad de la ley, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, op.cit., pp. 189-192; asimismo P. PÉREZ TREMPES se mostraba contrario a este doble proceso, *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 80, y G. GÓMEZ BARRO, “Posibilidad de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional por los entes locales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 57, 1999, pp. 201; por su parte, S. ROURA GÓMEZ considera incongruente la separación que establece el art. 75 LOTC porque resulta inconcebible que una norma que viola un postulado constitucional, la autonomía local, no sea inconstitucional, “El conflicto en defensa de la autonomía local”, *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 55, 1999, p. 238; J. JIMÉNEZ CAMPO opina que lo lógico hubiese sido establecer que si la primera sentencia es estimatoria se limite a declararla la inconstitucionalidad de la ley y que la segunda proceda a su anulación, disociando los pronunciamientos que prevé el art. 39.1 LOTC, “Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num.59, 2000, p. 17

⁵⁷ En Italia tampoco la Constitución ni las normas que regulan los procesos de control de constitucionalidad establecen que la Corte Constitucional sea un órgano que pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, la Corte Constitucional italiana en la sentencia n. 22/60 reconoció que dado que no se le podía imponer la aplicación de una norma inconstitucional en la resolución de un procedimiento de su competencia, si dudaba de la constitucionalidad de una norma que hubiese de aplicar podía autoplantease una cuestión de inconstitucionalidad suspendiendo la tramitación del procedimiento, CAPPELLETTI, M., “Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato”, op.cit., pp. 411-414

⁵⁸ P. SAAVEDRA GALLO considera que aunque ningún precepto permite concluir que el Tribunal Constitucional pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, no es admisible que si bien todos los órganos judiciales pueden plantear cuestiones, el Tribunal Constitucional, único órgano con poder para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, no pueda entrar a conocer de la constitucionalidad de las leyes aplicables en los procesos constitucionales, por lo que concluye a favor de que el Tribunal Constitucional pueda plantearse cuestiones de inconstitucionalidad en relación con las normas con rango

relación con los supuestos en que el parámetro de constitucionalidad no es sólo la Constitución, sino también una norma que forma parte del bloque de constitucionalidad pero que a su vez puede ser objeto de control de constitucionalidad, teniendo presente que como dispone el art. 28.1 LOTC “para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. Así por ejemplo cuando se cuestiona una ley autonómica porque puede haber invadido las bases de una ley estatal de acuerdo con la reserva que la Constitución establece a favor del Estado para fijar las bases sobre determinadas materias⁵⁹. En estos supuestos el Tribunal Constitucional podría preguntarse si la ley que actúa como parámetro de constitucionalidad resulta o no conforme con la Constitución, lo que le llevaría a

de ley que deba aplicar *La duda de inconstitucionalidad (soluciones procesales para la aplicación de la ley constitucional al caso concreto)*, op.cit., 1985, p. 187. Asimismo, E. CORZO SOSA se muestra favorable a admitir que el Tribunal Constitucional cuando considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso puede ser contraria a la Constitución se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que tiene la obligación de respetar el texto constitucional, *La cuestión de inconstitucionalidad*, op.cit., p. 187

⁵⁹ MIERES MIERES, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, op.cit., pp. 93-97; CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, op.cit., pp. 195-199; FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Comentario al art. 28 LOTC”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 411. Cabría también esta posibilidad en relación con las otras normas con rango de ley que pueden actuar como parámetro de constitucionalidad de la norma cuestionada o recurrida, así, por ejemplo, los Estatutos de Autonomía, las leyes de delegación, los Reglamentos Parlamentarios. Esto es así aunque formalmente en la práctica el Tribunal Constitucional cuando ha tramitado un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad respecto a una ley autonómica que podía vulnerar la legislación básica estatal, al examinar la adecuación a la Constitución de las bases estatales, no ha declarado que esta era una cuestión previa al examen de la constitucionalidad de la ley autonómica objeto del proceso constitucional, aunque si que ha manifestado que si la Comunidad Autónoma alega la posible inconstitucionalidad de la normativa básica estatal que se configura en parámetro de constitucionalidad deberá proceder a su examen cuando así lo exija el orden constitucional de delimitación de competencias (SSTC 48/88/3 y 4, 213/88/2, 163/95/3, 156/95/4, 22/99/3 y 4). No obstante, aunque esa alegación por la Comunidad Autónoma no se haya realizado no existe obstáculo para que el Tribunal examine de oficio la posible constitucionalidad de la normativa estatal básica que actúa como parámetro de constitucionalidad

cuestionarse su constitucionalidad, atendida su aplicabilidad y relevancia para decidir el proceso constitucional⁶⁰. Si el Tribunal Constitucional constatase que esa norma vulnera la Constitución lo aconsejable sería que procediese a declarar su inconstitucionalidad, sin perjuicio de que dicha norma no fuese la impugnada en el recurso o la cuestión. Sólo así se conseguiría evitar que la declaración implícita sobre la inconstitucionalidad del precepto permitiese que el mismo continuase siendo susceptible de aplicación de forma general. No obstante, para ello sería necesario, como declara Jiménez Campo, reformar el art. 39.1 LOTC puesto que este limita la posible extensión de la declaración de inconstitucionalidad a preceptos de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado⁶¹.

Por último, los art. 73 a 75 de la LOTC que regulan los conflictos entre órganos constitucionales del Estado, no prevén que el Tribunal Constitucional pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la norma con rango de ley aplicable en el proceso para decidir a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas. Atendido el silencio de la LOTC, un sector de la doctrina rechaza que la ley pueda ser impugnada por un órgano constitucional a través de este procedimiento, lo que le lleva a mostrarse contrario a la posibilidad de que en el caso en que el acto o decisión controvertido sea consecuencia de una ley, el Tribunal Constitucional en la sentencia pueda pronunciarse sobre su validez⁶². Otro sector, por el contrario, se muestra favorable a una interpretación extensiva que permita la impugnación

⁶⁰ Esto sin perjuicio de que el órgano judicial hubiese podido cuestionar la constitucionalidad de esa norma en base a su aplicabilidad mediata en el proceso, al condicionar su posible inconstitucionalidad la validez de la norma directamente aplicable en el proceso

⁶¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La declaración de inconstitucionalidad de la ley”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 116

⁶² Así GARCÍA ROCA, J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 136-141

directa de la ley que invade competencias de un determinado órgano constitucional, por lo que si el acto o decisión encuentra su fundamento en una atribución de competencia por ley, y se considera que esa ley podría ser contraria a la Constitución, debe realizarse una aplicación analógica del art. 67 LOTC, y tramitar el conflicto como un recurso de inconstitucionalidad⁶³, posición ésta que la que resulta más coherente con el hecho de que el Tribunal Constitucional no pueda encontrarse obligado a utilizar en la decisión de un proceso una norma con rango de ley que considere puede ser contraria a la Constitución sin pronunciarse sobre su inconstitucionalidad.

1.1.9. La peculiar situación de los árbitros

Por último, hay que examinar si el concepto de “órgano judicial” puede incluir a los árbitros entre los órganos que pueden plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando deban aplicar una ley que en su opinión sea contraria a la Constitución.

El art. 1 de la Ley 36/88, de 5 de diciembre, de arbitraje, establece que “mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho”, disponiendo el art. 37 que “el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada”. No obstante, es posible que las partes renuncien al arbitraje quedando abierta la vía judicial, ya que como dice el art. 31 “en cualquier momento ante de dictarse el laudo, las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado”. Se entiende en

⁶³ GÓMEZ MONTORO, A., *El conflicto entre órganos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 390-402; posición con la que se muestra favorable L.J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, *op.cit.*, p. 100

todo caso que existe renuncia si, de acuerdo con el art. 11.2, interpuesta demanda por alguna de las partes, el demandado o demandados realizan, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

El Tribunal Constitucional ha reconocido que la institución del arbitraje es “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” (SSTC 15/89/9, 288/93/3, 62/91/5, 174/95/3), lo que implica que “la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1988” (STC 288/93/3). De esta forma, una vez que se ha dictado el laudo sólo es posible acceder a la jurisdicción a través del recurso de nulidad del laudo arbitral y no por “cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral” (STC 176/96/4). El arbitraje se configura así como una vía para la resolución de conflictos basada en la autonomía de la voluntad de las partes sobre materias de su libre disposición que supone una renuncia a la jurisdicción estatal, sin que en ningún caso pueda imponerse *ope legis* impidiendo que una de las partes pueda acudir ante los órganos judiciales sin necesidad de contar con el consentimiento de la parte contraria (STC 174/95/3).

Respecto a la naturaleza del arbitraje, las posiciones entre la doctrina se mueven entre los que afirman su carácter jurisdiccional⁶⁴, y los que consideran que el arbitraje no implica una actuación jurisdiccional, sino que es un método

⁶⁴ CABALLOL ANGELATS, L., *El tratamiento procesal del arbitraje*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 19

privado de resolución de conflictos⁶⁵. Lo cierto es que ni la Constitución atribuye potestad jurisdiccional a la institución del arbitraje, como si ocurre con los otros órganos examinados, ni puede decirse que de acuerdo con la regulación actual del arbitraje, los árbitros ejerzan potestad jurisdiccional en el sentido en que ésta se define en el art. 117.3 CE, esto es, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, puesto que si bien los laudos arbitrales gozan del efecto de cosa juzgada, la ejecución de los mismos ha de ser residenciada ante la jurisdicción ordinaria.

No obstante, el Tribunal Constitucional respecto al ejercicio de potestad jurisdiccional por los árbitros mantiene una posición en cierto sentido contradictoria, puesto que si bien en alguna decisión parece mostrarse favorable a la misma, niega que ello sea así cuando examina la posibilidad de que los árbitros puedan plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Así en el ATC 326/93/1 declara que “la posición que un árbitro ocupa en nuestro Derecho no es equiparable a la de un ciudadano particular” porque “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*”. “Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles”. Por el contrario, en el ATC 259/93/1 niega que sea posible asimilar la figura del árbitro a la de los jueces a los efectos de plantear la cuestión, alegando que si bien “la semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra -se ha dicho- son decisiones reflexivas de jurisconsultos o iurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir

⁶⁵ ROCA MARTÍNEZ, J.M., *Arbitraje e institucionales arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 80

la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 C.E.)”, lo cierto es que “las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 C.E.), revestido, por tanto, de imperium, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc. La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo, mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)”⁶⁶.

⁶⁶ Es necesario señalar que también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha rechazado que

Frente a la posición negativa del Tribunal Constitucional a asimilar la figura de los árbitros a la de los jueces ordinarios, a efectos de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, un sector de la doctrina se muestra favorable a esa asimilación⁶⁷.

Pérez Gordo, en su momento, consideró que los árbitros pueden plantear la cuestión de inconstitucionalidad si se dan los presupuestos exigidos en la Constitución y en la LOTC. No obstante, también reconocía que dado que el Tribunal Constitucional puede rechazar que los árbitros planteen cuestiones de inconstitucionalidad, la única vía posible para que se pudiese plantear la cuestión respecto a una norma aplicada en la adopción de un laudo arbitral sería la de

los árbitros puedan utilizar la cuestión prejudicial comunitaria prevista en el art. 177 TCE en base al carácter privado del árbitro y la voluntariedad de acceso a esta vía. Así, en la sentencia Nordsee, de 23 de abril de 1982. En opinión del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, los elementos que caracterizan la institución del arbitraje impiden su asimilación a la de los órganos jurisdiccionales que pueden plantear la mencionada cuestión prejudicial comunitaria, por lo que pese a la interpretación flexible que ha caracterizado la jurisprudencia del Tribunal en orden a la definición del concepto de “órganos jurisdiccionales”, ha negado que el arbitraje tenga naturaleza jurisdiccional, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *La cuestión prejudicial en el derecho comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 76-78; JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 197-208

⁶⁷ En el ordenamiento italiano se ha planteado una situación similar, habiendo rechazado la Corte Constitucional que los árbitros puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad, manteniendo la doctrina posiciones contradictorias. Así M. CAPPELLETTI considera que dado que los árbitros no ostentan la condición de “autoridad jurisdiccional” no pueden plantear la cuestión, pero atendido el carácter directo y vinculante de la Constitución, si dudan de la constitucionalidad de una ley pueden rechazar su aplicación; además como garantía para controlar su decisión podría acudir al art. 829 CPC que prevé que el procedimiento arbitral puede presentarse ante el juez competente alegando su nulidad, y en este proceso podría plantearse la cuestión respecto a la norma no aplicada por el árbitro, “Questione nuove (o vecchie) sulla giustizia costituzionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, pp. 860-861. Por su parte, C. CHIARA opina que la modificación de la institución del arbitraje realizada por la ley n. 25/94, de 5 de enero, posibilita que los procedimientos decididos por árbitros se consideren juicios, lo que permitiría que los árbitros planteasen cuestiones de inconstitucionalidad. Concretamente señala que el laudo arbitral ha quedado equiparado a la sentencia, que se han introducido garantías que aseguran la imparcialidad e independencia de los árbitros, y que puede decirse que en los procedimientos arbitrales existen las mismas garantías que en cualquier procedimiento judicial, “L’arbitro come giudice a quo: profili ricostruttivi”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1997, pp. 1223-1235

recurrir el laudo y que el juez que conociese del recurso plantease, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad⁶⁸.

Marín Pageo, por su parte, defiende que cuando los árbitros deciden con sujeción a derecho deben adoptar su decisión con arreglo al sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y al ser la Constitución la norma suprema, los árbitros deben fallar conforme a la misma. De esta forma, si los árbitros no respetasen esta vinculación a la Constitución ello podría entenderse como uno de los motivos que da lugar al recurso de anulación previsto en el art. 45 de la Ley de arbitraje, puesto que este artículo prevé que cabe el recurso cuando “no se hayan observado las formalidades y principios establecidos en la Ley”, y uno de esos principios es que el arbitraje se realice conforme a derecho si así se ha pactado. Reconocida esta vinculación de los árbitros a la Constitución, y atendido que no es posible que aquellos dejen de aplicar las leyes que consideren contrarias al texto constitucional, la única solución factible es permitir que los árbitros puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad. En defensa de dicha posición considera que los árbitros realizan una función idéntica a la jurisdiccional dado que, entre otros argumentos, el laudo arbitral tiene eficacia ejecutiva. Respecto a los árbitros que deciden con arreglo a equidad opina que dado que en estos supuestos no están obligados a fallar conforme a la legalidad ordinaria, la cuestión sólo sería posible si el árbitro en algún supuesto concreto no tuviese otra opción que aplicar una norma legal⁶⁹.

Finalmente, García Roca opina que pese a los argumentos sostenidos a favor de que los árbitros puedan plantear una cuestión de inconstitucionalidad, lo que

⁶⁸ PÉREZ GORDO, A., *Estudios de Derecho Procesal*, Pórtico, Zaragoza, 1981, pp. 411-420; *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1982, pp. 133-142

⁶⁹ MARÍN PAGEO, E., *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, op.cit.*, pp. 165-187

no puede obviarse es que el art. 163 CE habla de órganos judiciales, y los árbitros no son ni jueces ni magistrados integrantes del Poder Judicial, aunque ejerzan una función asimilable a la jurisdiccional. Sin embargo, considera que tanto las Audiencias Provinciales que conozcan del recurso de anulación contra el laudo arbitral, como los jueces de Primera Instancia de los que pretenda obtenerse la ejecución forzosa de los laudos pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad, y asimismo es posible que si un árbitro cree que una ley que haya de aplicar es contraria a la Constitución suspenda el procedimiento, de acuerdo con el art. 23.3 de la Ley, e inste a las partes a que acudan ante la jurisdicción ordinaria⁷⁰.

De acuerdo con la posición que aquí se mantiene no es posible equiparar los árbitros a los órganos judiciales y, en consecuencia, considerar que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad en la tramitación de un arbitraje, porque no son órganos investidos de jurisdicción y potestad jurisdiccional por la Constitución, y así aunque su función puede ser considerada, como declara el Tribunal Constitucional, un “equivalente jurisdiccional” no puede ser equiparada a la actividad jurisdiccional de los órganos judiciales al carecer de una de las funciones que caracterizan el ejercicio de la potestad jurisdiccional, esto es, la de hacer ejecutar lo juzgado”.

Asimismo presenta problemas la solución de que recurrido el laudo arbitral o solicitada su ejecución, el órgano judicial que conozca del recurso o de la ejecución pueda plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto a alguna de las normas aplicadas por el árbitro cuando éste haya decidido con sujeción a derecho. En este sentido hay que tener presente lo dispuesto en la Ley de

⁷⁰ GARCÍA ROCA, J., “El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario”, *Revista de las Cortes Generales*, num. 27, 1992, pp. 132-135

arbitraje, respecto a la posibilidad de recurrir los laudos arbitrales ante la jurisdicción ordinaria. El art. 37 de la mencionada ley establece que contra el laudo arbitral sólo cabe recurso de revisión conforme a lo establecido en la legislación procesal para las sentencias judiciales firmes. Por su parte, el art. 45 dispone que de la solicitud de anulación del laudo arbitral conocerá la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiese dictado el laudo, pero esa anulación sólo podrá solicitarse por causas tasadas⁷¹. El art. 50 prevé que si el laudo es recurrido, se podrá acudir al juez de primera instancia que fuese competente para la ejecución de las medidas cautelares tendentes a asegurar la plena efectividad del laudo. Por último, el art. 53 establece que la ejecución forzosa del laudo se solicitará ante el juez de primera instancia del lugar donde se hubiese dictado, por los trámites de la ejecución de las sentencias firmes.

A la vista de los mencionados preceptos cabe decir que los supuestos en que es posible acudir ante la jurisdicción ordinaria en relación con el laudo arbitral difícilmente permiten que el órgano judicial que conozca del procedimiento pueda revisar la aplicación por el árbitro de una norma que pudiese ser contraria a la Constitución, por lo que no podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto a esa norma, al no estar presentes los requisitos previstos en los art. 163 CE y 35 LOTC. Así el recurso de revisión no permite entrar en cuestiones de legalidad, ni las causas que motivan la interposición del recurso de anulación se relacionan con el posible examen de las normas aplicadas por el árbitro para dictar el laudo, puesto que, como declara el Tribunal Constitucional, las causas de revisión previstas en el art. 45 están tasadas, limitándose “a las garantías

⁷¹ Cuando el convenio arbitral fuese nulo. Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidas en la Ley. Cuando el laudo se hubiere dictado fuera de plazo; cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectara solo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal. Cuando el laudo fuese contrario al orden público

formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto” (STC 174/95/3), por lo que en virtud del art. 24 CE el órgano judicial que controla la regularidad de un laudo en sede de recurso de nulidad no puede interferir en el procedimiento arbitral (ATC 326/93/1). Asimismo la adopción de medidas cautelares o la ejecución del laudo sí bien podría conllevar que el juez hubiese de aplicar alguna ley de cuya constitucionalidad dudase, no permitirá revisar la legalidad del laudo adoptado ni en consecuencia examinar la constitucionalidad de las normas aplicadas por el árbitro, limitándose el juez “a despachar la ejecución por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes” (ATC 326/93/1).

1.2. El órgano judicial ha de ser el competente para decidir el proceso

Una vez definidos los órganos que pueden considerarse incluidos entre los órganos judiciales que pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad hay que hacer referencia al hecho de que el órgano judicial que acuerde plantear la cuestión de inconstitucionalidad en el curso de un proceso deberá ser el competente para decidir el proceso en que la norma cuestionada haya de aplicarse. El auto mediante el que se acuerda el planteamiento de la cuestión deberá, en consecuencia, ser dictado por el órgano jurisdiccional al que “incumbe, en virtud de las correspondientes reglas competenciales, dictar resolución para decidir el concreto proceso en que la norma con rango de ley de cuya constitucionalidad se duda ha de ser aplicada” (STC 96/2001/3)⁷².

⁷² En el supuesto en que conozca del proceso un órgano judicial colegiado, la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad requerirá una discusión entre los Magistrados que integren la correspondiente Sala o Sección. Así habrá que estar a lo dispuesto en el art. 203 LOPJ que establece que “en cada pleito o causa que se tramite ante un Tribunal o Audiencia habrá un Magistrado ponente, designado según el turno establecido para la Sala o Sección al principio del año judicial, exclusivamente sobre la base de criterios objetivos”, y entre sus funciones se encuentra, según establece el art. 205.5 LOPJ, la de “proponer los autos decisorios de incidentes, las sentencias y las demás resoluciones que hayan de someterse a discusión de la Sala o Sección, y redactarlos definitivamente, si se conformase con lo acordado”. De esta forma, será el Magistrado Ponente en cada Sala o Sección el que proponga en su caso el texto del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, debiendo dicho auto ser

La competencia de los órganos judiciales para conocer de los asuntos que se les planteen implica la asignación a cada órgano judicial del conocimiento de determinadas pretensiones, siendo un requisito necesario del proceso, puesto que si el órgano judicial carece de competencia no podrá examinar el fondo de la pretensión. En este sentido puede decirse que la competencia de un órgano judicial sobre un determinado proceso le corresponderá cuando el asunto que se discute esté atribuido al orden jurisdiccional en que dicho órgano judicial se encuadra, y se respete la competencia objetiva, funcional y territorial, de acuerdo con lo dispuesto en los art. 9, 10, 21-25, 53-103 LOPJ, y en las leyes que regulen el procedimiento de cada orden jurisdiccional⁷³.

Así, cada órgano judicial cuando se inicia ante él un proceso, antes de decidir plantear la cuestión de inconstitucionalidad, deberá determinar, de acuerdo con las normas propias de cada uno de los órdenes jurisdiccionales, su competencia para conocer del proceso, puesto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, constituye un “presupuesto inexcusable, que el órgano judicial que promueve la cuestión sea competente y haya, por tanto, de pronunciarse en principio sobre el fondo del litigio sometido a su conocimiento” (ATC 470/88/3, STC 96/2001/3), ya que sino será dicho órgano el que aplique la norma que se

dictado por mayoría absoluta, de acuerdo con el art. 255 LOPJ que dispone que “los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción”, correspondiéndole la redacción definitiva del auto si no se muestra en disconformidad con la mayoría

⁷³ La competencia jurisdiccional indica a qué orden jurisdiccional le corresponde conocer del proceso; la competencia objetiva atribuye el conocimiento del proceso según el objeto del mismo; la competencia funcional establece qué juez conoce de las diferentes fases del proceso; y la competencia territorial determina en qué parte del territorio debe conocerse del proceso, GUASP DELGADO, J.-ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 117; MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., pp. 224-225; MORENO CATENA, V.- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Colex, Madrid, 2000, pp. 52-54

cuestiona, faltará una de las condiciones procesales para que la cuestión pueda ser tramitada.

2. La intervención de las partes del proceso en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad: la instancia de parte

El art. 163 CE establece que la cuestión de inconstitucionalidad se planteará por un órgano judicial en el curso de un proceso, omitiendo cualquier referencia a la posibilidad de que las partes del proceso puedan instar dicho planteamiento⁷⁴, mientras que el art. 35 1 LOTC dispone que la cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada por un Juez o Tribunal bien de oficio bien a instancia de parte. De esta forma, se reconoce a las partes del proceso la posibilidad de solicitar al juez que conoce del mismo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una norma con rango de ley que consideren aplicable y relevante para la decisión, y de cuya constitucionalidad duden.

De acuerdo con ello, en este apartado se trata de establecer cuál es el valor jurídico que se debe atribuir a la solicitud de una de las partes de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso, teniendo presente que de acuerdo con la posición que se adopte se

⁷⁴ Esta ausencia de cualquier referencia a las partes del proceso llevaba a G. TRUJILLO a sostener que la Constitución no garantiza que las partes tengan derecho a suscitar la cuestión de inconstitucionalidad, al ser ésta una facultad atribuida en exclusiva a los órganos judiciales, “Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español”, *Revista de Estudios Políticos*, num. 7, 1979, p. 152. Por su parte J. ALMAGRO NOSETE entendía que la única facultad que tienen las partes del proceso, aunque no lo diga expresamente el art. 163 CE, es la de pedir al órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que éste no se encuentre vinculado por dicha petición, “Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución”, *Lecturas sobre la Constitución Española*, coord. T. Ramón Fernández, UNED, Grefol, Madrid, 1978, p. 334. R.M. RUÍZ LAPEÑA consideraba que, pese al silencio de la Constitución, las partes pueden solicitar que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad en defensa de sus derechos e intereses particulares, *El Tribunal Constitucional*, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978, Edición preparada por M. Ramírez*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 388

estará defendiendo una determinada concepción de la finalidad subjetiva u objetiva que debe subyacer en la decisión de plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Si se potencia la instancia de parte en el sentido de considerar que el juez se encuentra vinculado a la petición de las partes de que plantee una cuestión de inconstitucionalidad, se estará defendiendo una visión subjetiva de la decisión de plantear la cuestión en que las partes cuyos derechos e intereses se discuten en el proceso y podrían ser afectados por la aplicación de una ley inconstitucional, pueden acceder al control de constitucionalidad mediante la solicitud al juez de que plantee la cuestión de inconstitucionalidad. En este caso el juez deberá anteponer el criterio de las partes, respecto a la posible inconstitucionalidad de una norma aplicable en el proceso, al suyo propio, actuando así como mero filtro de la solicitud de aquéllas.

Si, por el contrario, se sostiene que la instancia de parte pretende poner de manifiesto ante el juez la posible inconstitucionalidad de una de las normas aplicables en el proceso, pero el juez no se encuentra vinculado a la misma en el sentido de que deba plantear la cuestión porque así lo haya solicitado una de las partes, se defiende una visión objetiva de la decisión de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En concreto, se entiende que el juez ante la petición de una de las partes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad está obligado a ofrecer una respuesta respecto a las razones que, en su caso, le llevan a considerar que la norma no es contraria a la Constitución, pero la cuestión se planteará cuando el juez dude de la constitucionalidad de la norma aunque esa duda le haya surgido de oficio o a instancia de parte. Desde esta perspectiva se considera que el órgano judicial actúa en defensa de la coherencia constitucional del ordenamiento, al tratar de evitar que un proceso se decida mediante la aplicación de una ley de cuya constitucionalidad duda, sin perjuicio de que a la vez estará actuando el derecho a la tutela judicial efectiva, al tratar de garantizar

que los derechos e intereses de las partes del proceso no resulten lesionados por la aplicación de esa ley.

Respecto a la estructura del apartado, en primer lugar, se hace referencia a cómo durante el debate constituyente y el de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se discutió si era posible otorgar legitimación a los ciudadanos para controlar la constitucionalidad de las leyes. A continuación se establece la naturaleza jurídica de la instancia de parte; los requisitos formales que la misma debe cumplir; la decisión que el órgano judicial puede adoptar ante la petición de una de las partes de plantear la cuestión; la posible reacción de la parte frente a la negativa del juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad; y la presentación de esa petición en posteriores instancias del proceso. No se examina en este apartado la intervención de las partes en el trámite de audiencia previa al planteamiento de la cuestión, que será objeto de análisis en el próximo Capítulo cuando se haga referencia a los requisitos formales que el juez debe seguir desde que tiene una duda inicial sobre la constitucionalidad de una de las normas con rango de ley aplicables y relevantes en el proceso hasta que acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

2.1. La discusión en el debate constituyente y en la elaboración de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sobre la actuación de los ciudadanos en el control de constitucionalidad de las leyes

Este subapartado trata de examinar cuál fue la discusión surgida durante el debate constituyente y el debate de la LOTC sobre el papel que los ciudadanos podrían tener en el control de constitucionalidad de las leyes. Se analiza, concretamente, en que sentido se discutió la posibilidad de que los ciudadanos, como principales destinatarios de las normas con rango de ley, al ser estas normas susceptibles de generar derechos y obligaciones, pudiesen acudir ante el

Tribunal Constitucional solicitando que declarase la inconstitucionalidad de una ley que estimasen contraria a la Constitución.

El papel de los ciudadanos en el control de constitucionalidad de las leyes se centró en tres diferentes supuestos. El primero relativo a la posibilidad de establecer la figura de la acción popular, mediante la que los ciudadanos pudiesen solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sin necesidad de haber sido directamente afectados por la misma, actuando así en defensa abstracta de la coherencia constitucional del ordenamiento. El segundo referente a la legitimación de los ciudadanos que hubiesen sido afectados directamente en sus derechos fundamentales por una ley que considerasen contraria a la Constitución para acudir directamente ante el Tribunal Constitucional con el objeto de que declarase su inconstitucionalidad. El tercero se enmarcaría en el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con la posibilidad de que las partes del proceso pudiesen solicitar al órgano judicial que plantease cuestión de inconstitucionalidad respecto a una de las normas aplicables en el proceso, y al valor que dicha solicitud debería tener en la decisión del órgano judicial sobre la posible inconstitucionalidad de las normas que hubiese de aplicar para decidir el proceso.

2.1.1. La legitimación de los ciudadanos para interponer un recurso de inconstitucionalidad

El anteproyecto de Constitución no incluía a los ciudadanos entre los sujetos legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad, pero las enmiendas presentadas por Licinio de la Fuente y de la Fuente del Grupo

Parlamentario Alianza Popular⁷⁵, y por Raúl Morodo Leoncio del Grupo Parlamentario Mixto⁷⁶, al mencionado anteproyecto defendieron la introducción de la acción popular en el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad, proponiendo que un determinado número de ciudadanos pudiesen solicitar al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de una ley, sin necesidad de que hubiesen sido lesionados directamente en sus derechos e intereses por la aplicación de la misma⁷⁷. De esta forma, trataba de introducirse

⁷⁵ Dicha enmienda decía: “Creo que no se puede excluir a los particulares para interponer recurso de inconstitucionalidad. Puede ponerse un número elevado, recogiendo al final del apartado a) [se refiere al art. 153.1.a) del anteproyecto] que ‘también están legitimados para proponer recurso de inconstitucionalidad, 10.000 ciudadanos’”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios*, op.cit., pp. 146-147

⁷⁶ Esta enmienda proponía que se añadiese al final del párrafo del artículo 153.1 el siguiente enunciado “y doscientos mil electores”, en base a la siguiente justificación “creemos oportuno, siguiendo los principios generales de este anteproyecto, legitimar también a los electores, con el número indicado, para interponer recurso”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios*, op.cit., p. 356

⁷⁷ La figura de la acción popular había sido objeto de discusión en la Asamblea Constituyente italiana, aunque finalmente los constituyentes optaron por remitir a una ley posterior la determinación de los sujetos legitimados para acudir ante la Corte Constitucional eliminando dicha ley la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen interponer un recurso de inconstitucionalidad. Así, ya en la primera subcomisión de la Comisión para los estudios relativos a la reorganización del Estado (Comisión Forti) se aprobó la propuesta de Sorrentino que preveía que las leyes podían ser impugnadas ante un Tribunal especial por cualquier ciudadano en un determinado plazo desde la aprobación de la norma. Con posterioridad, en la segunda subcomisión de la Comisión de los 75 de la Asamblea Constituyente, se aprobó que el control de constitucionalidad pudiese ser ejercido por cualquier sujeto en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la norma. Finalmente, en el proyecto presentado por la Comisión de los 75 ante la Asamblea Constituyente se establecía la posibilidad de que un mínimo de diez mil ciudadanos pudiesen, sin límite de plazo, impugnar ante la Corte Constitucional una ley que considerasen inconstitucional. No obstante, en una de las últimas discusiones de la Asamblea Constituyente, el 2.12.47, se aprobó la enmienda Arata por la que se disponía la remisión a una ley posterior para que estableciese, entre otras cuestiones, las condiciones, las formas, y los plazos de interposición de los procesos de legitimidad constitucional. En el proyecto de la ley constitucional n. 1 de 9 de febrero de 1948 se eliminaba la acción popular, opción que sería confirmada en el texto definitivo de dicha ley. Posteriormente la ley ordinaria n. 87 de 11 de marzo de 1953 tampoco haría mención a dicho supuesto, AZZARITTI, G., “Il sindacato di costituzionalità delle leggi”, *Rivista di Diritto Processale*, 1950, pp. 107-108; D’ALESSIO, G., *Alle origine della Corte Costituzionale*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 145-167, 180-185, 189, 192-193; FALZONE, V.-PALERMO, F.-COSENTINO, F., *La Costituzione della Repubblica italiana*, Oscar Studio Mondadori, Milano, 1980, pp. 432-433; D’ORAZIO, G., *La genesi della Corte Costituzionale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, p.102; PIZZORUSSO, A., “Commentario all’art. 134 della Costituzione”, *Commentario alla Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1981, pp. 67-69; ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Giuffrè editore, Milano, 1985, pp. 13, 20, y “Il giudizio de costituzionalità delle leggi in via incidentale”, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-92)*, Giappeschelli editore, Torino, 1993, p.134; D’AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappeschelli editore, Torino, 1991, pp. 88, 99, 104, 108, 115, 119, 140-141; BIENTINESI, F., “Il ricorso delle minoranze parlamentari alle Corti Costituzionali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, pp. 2738-2739

en el control de constitucionalidad la figura de la acción popular que sería una vía de participación directa, sin intermediarios, de los ciudadanos en la defensa de la constitucionalidad del ordenamiento, sin que hubiesen de justificar una lesión en sus derechos e intereses por la ley recurrida⁷⁸.

⁷⁸ La acción popular había estado presente en la historia constitucional española, al establecer la Constitución de 1931 en su artículo 123.5 que “toda persona individual y colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada”, podía acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. No obstante, hay que advertir que la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14.06.33, en sus artículos 30 y 31 limitó la posibilidad del ejercicio de la acción popular, transformándola en una excepción de inconstitucionalidad, PÉREZ GORDO, A., “Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad”, *El Tribunal Constitucional, Vol. III*, Madrid, IEF, 1981, p. 123; CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, *op.cit.*, p. 396. Como destaca LOJENDIO IRURE, I.M., las reacciones negativas frente a la acción popular prevista en la Constitución de 1931, motivaron la limitación del art. 30 LOTC, “Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, num. 18, 1987, pp. 93-94. Así, el art. 30.1 LOTGC establecía que “La excepción de inconstitucionalidad de la ley pertenece únicamente al titular del derecho que resultare agraviado por la aplicación de aquélla”, y el art. 31 que “1. Alegada por cualquiera de las partes en pleito civil o criminal la inconstitucionalidad de una ley, tan pronto como fuera invocada se dará inmediato traslado de aquella alegación a la contraparte para que, en el término de tres días, exponga lo que a su derecho convenga sobre el particular. El Juez o Tribunal que esté conociendo de los autos mandará que ese expida, en el preciso término de cinco días, testimonio de la alegación y su respuesta, el cual remitirá con su informe al Presidente del Tribunal Supremo. Éste pasará las diligencias a la Sala correspondiente por razón de la materia, a fin de que en el plazo de cinco días emita dictamen sobre la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal de Garantía Constitucionales. Si el dictamen de la Sala del Tribunal Supremo fuere afirmativo, se suspenderá el curso del pleito, sin perjuicio de que se practiquen en él las diligencias urgentes y de seguridad, y en el término de diez días planteará la consulta ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Cuando el dictamen de la Sala del Tribunal supremo sea negativo, se reservará a la parte interesada el derecho de interponer el recurso de inconstitucionalidad. En este caso, no se suspenderá en momento el recurso del litigio y además el Tribunal de Garantías exigirá al reclamante una fianza no inferior a 5000 pesetas ni superior a 25.000, sin prestar la cual el recurso no será tramitado. 2. En los pleitos Contencioso-administrativos se procederá de modo análogo en cuanto la semejanza del trámite lo permita; pero será condición indispensable que la alegación de inconstitucionalidad haya sido hecha en cualquier instancia de la vía gubernativa, siempre que ésta hubiese precedido. 3. La misma regla consignada en el párrafo anterior será aplicable a los pleitos de legalidad y exceso o desviación de poder a que se refiere el artículo 101 de la Constitución. 4. Análogos trámites se observarán en los pleitos que se substancien ante cualesquiera órganos jurisdiccionales de aplicación del Derecho social. En ningún caso se suspenderá el trámite de estas actuaciones. 5. En todas las demás cuestiones administrativas o gubernativas que no dieran lugar a ninguno de los pleitos mencionados en los apartados anteriores, el titular agraviado por la aplicación de una ley que reputé inconstitucional formulará en termino de cinco días su alegación de agravio ante la Autoridad que hubiere dictado la providencia. Testimonio de ésta, así como de la alegación y el informe de la referida Autoridad, se tramitará por el conducto reglamentario al Cuerpo Consultivo Supremo de la República para que emita dictamen sobre la procedencia de plantear la cuestión ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. El interesado podrá interponer el recurso acompañando certificación del referido dictamen, y si éste fuera negativo deberá, además, prestar la fianza que el Tribunal de Garantías le señale entre los límites de 5.000 y 25.000 pesetas. En ningún caso vendrá la Administración obligada a suspender el trámite del expediente”

Las enmiendas presentadas a favor de la acción popular fueron, no obstante, rechazadas en el informe de la Ponencia, aunque la presentada por de la Fuente y de la Fuente volvió a ser defendida ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, aumentando el número de ciudadanos que estarían legitimados para recurrir la constitucionalidad de una ley a 25.000 frente a los 10.000 que constaban en la enmienda originaria⁷⁹, siendo de nuevo rechazada.

Las razones alegadas en contra de la figura de la acción popular en el control de constitucionalidad de las leyes encontraban su principal argumento en el temor a que si se permitía que un determinado número de ciudadanos pudiese acudir directamente ante el Tribunal Constitucional, se estaría abriendo una vía que provocaría el colapso del Tribunal Constitucional. Se manifestaba así un cierto temor a que los ciudadanos pudiesen utilizar el recurso de inconstitucionalidad como un medio indiscriminado para poner en cuestión de forma arbitraria la actuación del legislador⁸⁰, colapsando el funcionamiento de la justicia constitucional⁸¹.

⁷⁹ Contra esta enmienda se manifestó Solé Tura por considerar que la misma podría ocasionar un grave problema de inseguridad jurídica. Así, en su opinión, la figura del Defensor del Pueblo, si funcionaba respetando los principios que habían presidido su introducción en el texto constitucional, constituiría la vía que permitiría canalizar las inquietudes de la población. También en contra se pronunció Cisneros Laborda, alegando que esta propuesta podía conllevar la esterilización de las funciones del Tribunal Constitucional por la acumulación de recursos ante el mismo. Por su parte, Fraga Iribarne estimaba que la introducción de la acción popular resultaba conveniente, y no tenía porque ocasionar inseguridad jurídica, ni convertir al Tribunal Constitucional en una tercera Cámara, ya que la acción de los ciudadanos sólo estaría encaminada a que el Tribunal se pronunciase sobre si una determinada norma resulta o no conforme con la Constitución. *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 1713-1716

⁸⁰ Peligro este que ya había sido puesto de manifiesto por H. KELSEN, aun considerando que la acción popular era la más fuerte garantía de un sistema democrático, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, Giuffrè editore, Milano, 1981, p. 246

⁸¹ En el inicio de sus actuaciones, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la inexistencia de la vía de la acción popular al inadmitir un recurso de inconstitucionalidad presentado por un grupo de ciudadanos, declarando que la Constitución y la LOTC habían adoptado “un sistema de numerus clausus, taxativo y riguroso, que elimina la acción popular directa, y que deja sin derecho a accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares a título individual y a las

La figura de la acción popular no volvió a ser objeto de discusión en el debate constituyente, ni con posterioridad en el debate de la LOTC se planteó la posibilidad de considerar a los ciudadanos como sujetos legitimados para presentar un recurso de inconstitucionalidad.

2.1.2. El recurso de amparo frente a leyes

En el debate constituyente no se planteó la posibilidad de que los ciudadanos pudiesen recurrir en amparo aquellas leyes que, en su opinión, vulnerasen alguno de sus derechos fundamentales susceptibles de protección a través del recurso de amparo constitucional, remitiendo el art. 161.1.b) CE al legislador para que estableciese “los casos y la forma” en que el Tribunal Constitucional conocería del recurso de amparo, por lo que no se cerraba la puerta respecto a la determinación de las normas y actos que vulnerando uno de los derechos o libertades referidos en el art. 53.2 CE pudiesen motivar la interposición de un recurso de amparo. Así, el art. 46 del proyecto de la LOTC estableció que la persona directamente afectada por una ley que debiendo ser cumplida directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual vulnerase alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, podría interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley.

Se pretendía con dicho precepto que las leyes autoaplicativas no quedasen exentas de control por la vía del recurso de amparo, al no ser susceptibles, en principio, de generar actos de aplicación recurribles ante la jurisdicción ordinaria,

agrupaciones y organizaciones de cualquier condición que no sean las antes enumeradas, seguramente en atención a razones de prudencia política y de seguridad y normalidad jurídica” (ATC 6/81/2)

permitiendo que los ciudadanos cuyos derechos resultasen vulnerados por una ley que hubiese de ser cumplida de forma directa pudiesen acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, no cualquier ley que vulnerase la Constitución podía ser sometida por los ciudadanos al control del Tribunal Constitucional mediante la vía del amparo. La ley debía vulnerar alguno de los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelables a través del recurso de amparo, esto es, los reconocidos en el art. 14, en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero, y en el art. 30.2 de la Constitución. Además para que el ciudadano se considerase legitimado para interponer el recurso debería haber sido directamente afectado en sus derechos por la ley que pretendiese recurrir. La ley debería ser una ley autoaplicativa, no susceptible de generar actos de aplicación individual que pudiesen ser controlables por la vía jurisdiccional ordinaria, puesto que en ese caso el recurso de amparo se interpondría respecto al acto de aplicación alegando la vulneración de uno de los derechos fundamentales. Por último, el recurso de amparo frente a la ley no podía plantearse en cualquier momento, sino que debería interponerse en el plazo de tres meses desde la publicación de la ley, igual que en el supuesto del recurso de inconstitucionalidad, por lo que sí la constatación de la lesión del derecho fundamental se realizaba con posterioridad a ese plazo no podría ser objeto del recurso de amparo.

Frente a la previsión del art. 46 del proyecto, el Grupo Minoría Catalana y el Grupo Comunista presentaron sendas enmiendas en las que proponían su supresión⁸²; mientras que el Grupo Andalucista defendía la supresión del plazo

⁸² La enmienda del Grupo Minoría Catalana justificaba la supresión porque “este artículo incorpora una clara desvirtuación del recurso de amparo, introduciendo por una vía falsa una amplia legitimación de los particulares para interponer recursos de inconstitucionalidad cuando, para éstos, la propia Constitución tasa y limita muy concretamente el número de personas u órganos legitimados”. Por su parte, la enmienda del Grupo Comunista se limitaba a proponer la supresión del art. 46, *Tribunal Constitucional, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 86, 113

de tres meses para presentar el recurso, por considerar que la acción constitucional era imprescriptible⁸³. La Ponencia en su informe, al aceptar la enmienda del Grupo Minoría Catalana, decidió suprimir el recurso de amparo contra leyes, no volviendo a discutirse durante el debate la oportunidad de esta figura. La única referencia a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una ley a partir de un recurso de amparo fue la que se introdujo en el Senado a raíz de una enmienda presentada por el Grupo de Unión de Centro Democrático al art. 55 del proyecto de ley⁸⁴, en la que se establecía que cuando el recurso de amparo fuese estimado porque la ley aplicada lesionase derechos fundamentales, se elevaría la cuestión al Pleno para que dictase nueva sentencia en la que podría declarar la inconstitucionalidad de la ley, lo que no modificaba el hecho de que los ciudadanos deberían acudir siempre en amparo ante un acto de aplicación de la ley, sin ser posible el recurso directo contra leyes.

2.1.3. La intervención de las partes del proceso en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad

En el debate constituyente se discutió el papel que las partes de un proceso podían tener en el origen de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, la posibilidad de solicitar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto a una norma que fuese aplicable en el proceso en que se discutiesen sus derechos e intereses. Dicho debate estuvo marcado por la inclusión o no en el

⁸³ Concretamente se dijo “debe eliminarse la mención del plazo de tres meses, por las repetidas razones de imprescriptibilidad y no caducidad de la acción constitucional”, *Tribunal Constitucional, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 102

⁸⁴ La enmienda del Grupo de Unión de Centro Democrático propuso el siguiente texto “en el supuesto de que la lesión de los derechos fundamentales objeto de amparo se haya justificado en la aplicación de una ley, el Tribunal Constitucional podrá declarar, en segunda sentencia, la inconstitucionalidad de dicha ley, con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes, aunque no podrá hacerlo sin haber emplazado previamente a los órganos referidos en el artículo 34, a los efectos que en dicho precepto se regulan”, *Tribunal Constitucional, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 352

texto constitucional de la palabra “de oficio”. Así, aquellos que defendían su inclusión consideraban que las partes no podían sugerir al juez o tribunal que plantease la cuestión, o más correctamente, que si lo sugerían el juez o tribunal no estaba obligado a dar respuesta a dicha petición. Por su parte, los que defendían la supresión del término consideraban que las partes debían tener alguna participación en la iniciativa para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El art. 154 del anteproyecto de la Constitución establecía que la cuestión se plantearía de oficio, lo que en principio excluía la posibilidad de que las partes del proceso pudiesen instar al juez o tribunal a que plantease la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Esta previsión motivó que el Grupo Socialista del Congreso presentase una enmienda en la que proponía suprimir la expresión “de oficio”, porque podía dar lugar a una interpretación restrictiva⁸⁵. Dicha enmienda fue aceptada por la Ponencia suprimiéndose en el Informe de la misma la referencia al planteamiento de oficio. No obstante, en el debate en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático presentó una enmienda defendida por Alzaga Villaamil en la que solicitaba que el incidente de inconstitucionalidad se produjese de oficio para evitar que se convirtiese en un expediente dilatorio del que pudiesen servirse las partes, aunque ello no debía impedir que el juez tuviese presente el ruego de las partes de plantear la cuestión⁸⁶. A la vista de dicha enmienda el Dictamen de la Comisión volvió a

⁸⁵ Concretamente se dijo que dicha expresión era “superflua” y se prestaba “a una interpretación restrictiva e inconveniente”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 288

⁸⁶ En la defensa de dicha enmienda se manifestó que era conveniente que “la instancia del incidente de constitucionalidad se produzca de oficio, al objeto de evitar la conversión de dicho incidente en un expediente dilatorio del que puedan servirse las partes para sus pretensiones de denunciar el proceso con las finalidades particulares que puedan perseguir; sin que ello obste, por supuesto, a que el juez, de oficio, pueda hacerse eco del ruego de las partes, a la vista del debate que surja en la *litis* que se plantee en los autos o sobre la pretendida inconstitucionalidad de la norma a aplicar”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 1719-1720

incluir la expresión “de oficio”, siendo aprobado el Dictamen por el Pleno del Congreso.

En el Senado se presentaron sendas enmiendas por el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes y por Valverde Mazuelas del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático que defendían la supresión de la expresión “de oficio”. Por su parte, el grupo Agrupación Independiente presentó una enmienda en la que mantenía la expresión “de oficio”, pero reconocía la posibilidad de que la cuestión se plantease a instancia de parte. Las enmiendas del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático y la de Agrupación Independiente establecían que el juez no tenía que plantear la cuestión instada por las partes si consideraba que la alegación de inconstitucionalidad resultaba manifiestamente infundada⁸⁷. En el debate en la Comisión de Constitución del Senado esas enmiendas fueron retiradas, resultando aprobada la enmienda de Sánchez Agesta del Grupo Independiente que establecía que la cuestión se

⁸⁷ La enmienda del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes suprimía la expresión “de oficio” sin justificar las razones de dicha supresión. La enmienda del Grupo de Unión de Centro Democrático decía “Cuando en la decisión de algún proceso hubiere de aplicarse una norma con fuerza de ley acerca de cuya constitucionalidad tuviese dudas el Juez o Tribunal que hubiera de fallar, bien porque cualquiera de las partes lo hubiera alegado fundadamente, bien porque el Juez o Tribunal de Oficio así lo considerase, se planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional y se suspenderá el procedimiento hasta el fallo de éste, sin perjuicio de las medidas cautelares que fueran procedentes. Las alegaciones de inconstitucionalidad hechas por las partes ante un Juez o Tribunal y desechadas por éste por irrelevantes o manifiestamente infundadas podrán ser reproducidas en las instancias y recursos ulteriores por quienes las formularon”, justificando dicha enmienda “por razones técnicas fácilmente explicables”. La enmienda del Grupo Agrupación Independiente rezaba “cuando un Juez o Tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma legal invocada, de cuya validez depende el fallo, puede ser contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en la forma que establezca la ley. Asimismo suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, siempre que la anticonstitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto sea invocada por las partes y no se considere una alegación manifiestamente infundada”, justificándose la referencia a las partes porque “la inconstitucionalidad de las normas invocadas por los particulares debe ser tenida en cuenta y tramitada por el Juez o Tribunal, porque será un medio de convertir el Derecho de la Constitución en derecho aplicable”, pero “el Juez o Tribunal no está obligado a tramitar la cuestión ante el Tribunal Constitucional si considera que la alegación de las partes es manifiestamente infundada. Se salvan así los inconvenientes de la acción popular directa de inconstitucionalidad reconocida en el artículo 123 de la Constitución de 1931”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 2939-2940, 2950, 4135-4137

plantearía de oficio⁸⁸. También en el debate en el Pleno del Senado se aprobó un texto que establecía que el planteamiento se realizaría de oficio⁸⁹.

De esta forma, tanto el texto aprobado por el Congreso como el aprobado por el Senado establecían que la cuestión se plantearía de oficio. No obstante, la Comisión Mixta, excediéndose de sus facultades, al no existir discrepancias en este punto entre los textos aprobados, suprimió la expresión “de oficio”. En consecuencia, se dejaba la puerta abierta para que el legislador pudiese hacer referencia a la posibilidad de que la cuestión se plantease a instancia de parte.

Así, si bien el art. 38 del proyecto de ley reproducía, en lo que ahora interesa, lo dispuesto en el art. 163 de la Constitución, en el trámite de presentación de enmiendas el Grupo Socialista y el Grupo Andalucista propusieron que el precepto hiciese constar de manera expresa la posibilidad de que las partes pudiesen solicitar al juez que plantease la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁰. La Ponencia aceptó la enmienda del Grupo Socialista y el art. 38 pasó a establecer que la cuestión podría plantearse “de oficio o a instancia de parte”, sin que posteriormente se propusiese modificar ese inciso del artículo que en la versión definitiva sería el art. 35.

La LOTC gracias a la supresión de la expresión “de oficio” del art. 163 CE pudo así incluir la referencia a la instancia de parte. Sin embargo, se obvió

⁸⁸ La enmienda decía “Cuando un Tribunal de oficio considere en algún proceso...”, *Constitución Española, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, pp. 4137-4138

⁸⁹ Ver nota 9 de este Capítulo

⁹⁰ La enmienda del Grupo Socialista propuso que el texto dijese “cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que...” porque no era innecesaria esa especificación. Por su parte, la enmienda del Grupo Andalucista proponía añadir un párrafo 3 que dijese “Igualmente cualquiera de las partes del litigio podrá solicitar del juez el planteamiento de la cuestión a que se refiere el número 1 del presente artículo”, *Tribunal Constitucional, Trabajos parlamentarios, op.cit.*, p. 39, 102

cualquier alusión expresa a los efectos jurídicos de la misma, y a cual debería ser la actuación del órgano judicial ante dicha instancia⁹¹, dejando a la labor interpretativa del Tribunal Constitucional y de la doctrina la determinación de su trascendencia en el control de constitucionalidad de las leyes ejercido a través de la vía incidental.

2.2. La naturaleza jurídica de la instancia de parte

La delimitación de la naturaleza jurídica de la instancia de parte resulta necesaria para concretar el papel que pueden tener las partes del proceso en el origen de una cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, en el control de constitucionalidad de las leyes. Para establecer cuál es esa naturaleza jurídica hay que tener presente que la solicitud de las partes de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad se encuadra en el curso de un proceso judicial, por lo que debe incluirse dicha solicitud dentro de las actuaciones procesales que las partes pueden realizar en el proceso. En este sentido se considera que la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad constituye un acto de petición mediante el que se solicita al órgano judicial que adopte una determinada resolución sobre la posible inconstitucionalidad de una norma

⁹¹ El legislador español no tuvo así presentes otros modelos en los que la instancia de parte es objeto de una regulación detallada en las leyes que establecen la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad. Así en Italia el art. 23 de la Ley n. 87 de 1953 que regula las normas sobre la constitución y el funcionamiento de la Corte Constitucional, dispone que “en el curso de un proceso ante una autoridad jurisdiccional, una de las partes o el Ministerio Público podrán plantear cuestión de inconstitucionalidad mediante la correspondiente instancia en la que hagan constar las disposiciones de la ley o del acto con fuerza de ley que se consideran inconstitucionales, y las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se estiman violadas. El juez, si el juicio no puede ser decidido con independencia de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad, o no considera que la cuestión propuesta sea manifiestamente infundada dictará un auto en el que, haciendo referencia a los términos de la instancia en que fue planteada la cuestión, dispondrá la inmediata transmisión de los actos a la Corte Constitucional y suspenderá el juicio en curso”. Si por el contrario, el juez considera que no se cumple alguno de los requisitos, relevancia o no ser la cuestión manifiestamente infundada, deberá, de acuerdo con el art. 24 de la Ley n. 87 de 1953, dictar un auto motivado en el que rechaza el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por alguna de las partes o por el Ministerio Público

aplicable en el proceso, planteando, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad⁹².

Es un acto de petición que, como norma general, cuando se presente por la parte actora tendrá por objeto reforzar su pretensión, esto es, la alegación de la posible inconstitucionalidad de la norma se realizará con la finalidad de respaldar el *petitum* de la acción; mientras que cuando sea presentado por la parte demandada tratará de excepcionar la acción del demandante, siendo utilizado con el objetivo de justificar la oposición a la pretensión de la actora, alegando que la norma en que aquella funda su pretensión puede ser contraria a la Constitución, y solicitando, en consecuencia, que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad⁹³. La petición de una de las partes de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad no se realiza así en defensa de una coherencia abstracta de la constitucionalidad del ordenamiento, sino que mediante la misma se pretende la defensa de sus derechos e intereses discutidos en el proceso, puesto que la posible declaración de inconstitucionalidad de la norma respecto a la que se

⁹² Los actos jurídicos procesales son actos mediante los que se crean, modifican o extinguen alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal, pudiendo diferenciarse entre los actos procesales que realizan las partes y los que realizan los órganos judiciales. Los primeros permiten a las partes obtener determinadas ventajas procesales o acrecentar sus expectativas de una sentencia favorable, clasificándose en actos de petición o de solicitud, actos de alegaciones, actos de prueba, y actos de conclusión. Los actos de petición son aquellos dirigidos al juez para que adopte una determinada resolución; los actos de alegaciones permiten a las partes aportar al proceso los elementos fácticos y jurídicos que han de determinar la resolución de aquel; los actos de prueba tienen por finalidad demostrar las alegaciones efectuadas; y por último, los actos de conclusión tienden a resumir el desarrollo del juicio, RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 373-374, *El sistema procesal español*, op.cit., pp. 335-336; FAIREN GUILLEN, V., *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una teoría y Ley procesal*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 345; GUASP DELGADO, J.-ARAGONESES, P., *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, p. 242; CORTES DOMINGUEZ, V., “Los actos procesales”, en MORENO CATENA, V.-CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 285-286; MONTERO AROCA, J.- GÓMEZ COLOMER, J.L.-MONTÓN REDONDO, A.- BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional I*, Parte General, op.cit., p. 391

⁹³ Como manifiesta E. MARÍN PAGEO las partes solicitan que se plantee la cuestión en defensa de sus derechos, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, op.cit., p. 151; y en el mismo sentido se expresa V. FAIREN GUILLEN, *Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Variaciones sobre la sentencia de 23 de junio de 1993, Asunto “Ruíz-Mateos v. España”*, Comares, Granada, 1996, pp. 70, 78

solicita el planteamiento de la cuestión le resultará favorable en la posible admisión de sus pretensiones.

De esta forma, el reconocimiento expreso de la instancia de parte le otorga un valor jurídico que excede de la mera sugerencia para incluirse dentro de los actos procesales que las partes del proceso pueden utilizar bien para fundamentar su acción, bien para sustentar su oposición a la acción⁹⁴. Acto procesal de petición que, en consecuencia, deberá motivar la reflexión por parte del juez, valorando si efectivamente cabe dudar de la constitucionalidad de la norma y si se cumplen los requisitos procesales para plantear la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁵.

⁹⁴ En este sentido tanto J. ALMAGRO NOSETE, como J.J. GONZÁLEZ RIVAS y E. MARÍN PAGEO sostienen que la posibilidad concedida a las partes de presentar una instancia en la que soliciten el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad si bien no confiere legitimación para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, es una manifestación de las facultades que confiere el derecho a la jurisdicción ordinaria. De esta forma, como pone de manifiesto esta última el derecho a la tutela judicial efectiva se vería realizado con la posibilidad de que las partes alegasen ante el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una de las normas que probablemente se aplicarán en el proceso, siempre y cuando existiese la garantía de una respuesta por el órgano judicial ante dicha alegación, el primero en *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, op.cit., p. 158, el segundo en *La justicia constitucional, derecho comparado y español*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pp. 149-151; y la tercera en *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, op.cit., pp. 152-153

⁹⁵ A. PÉREZ GORDO, por el contrario, niega cualquier valor jurídico a la instancia de parte al sostener que la instancia de parte constituye una mera denuncia, no una acción, que no debe provocar la deliberación del juez, por lo que si bien no puede impedirse que las partes soliciten el planteamiento de la cuestión, ello, en su opinión, carecería de cualquier relevancia jurídica en la tramitación del proceso, “Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad”, *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, IEF, Madrid, 1981, p. 2131. Tampoco A. RIBAS MAURA atribuye un valor jurídico determinado a la instancia de parte, limitándose a señalar que la misma sólo implica que se ha previsto de forma expresa la posibilidad de que las partes adviertan al órgano judicial de la inconstitucionalidad de una norma aplicable en el proceso, *La cuestión de inconstitucionalidad*, op.cit., p. 57. F. HERRERO-TEJEDOR considera que las partes sólo tienen un interés legítimo en que se les aplique una ley conforme con la Constitución, “lo que se traduce exclusivamente en una mera facultad de instar el planteamiento de la cuestión”, “La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 3, 2000, p. 23. Por su parte, tanto E. CORZO SOSA como J.M. LÓPEZ ULLA parecen desconectar la naturaleza jurídica de la instancia de parte de las consecuencias jurídicas que la misma comporta en el curso del proceso judicial. Así, el primero habla de la instancia de parte como una solicitud no vinculante, de un mero impulso o estímulo para que el juez si así lo considera plantee la cuestión de inconstitucionalidad, para luego decir que la posibilidad de presentar la instancia supone el ejercicio del derecho subjetivo a que se aplique una ley constitucional como manifestación del derecho a la tutela

No obstante, hay que decir que el hecho de que sea un acto de petición cuya presentación queda a voluntad de las partes, no implica que después de su presentación tenga relevancia jurídica, a efectos de que el juez decida si plantea la cuestión de inconstitucionalidad, la decisión de la parte que lo presentó de solicitar que se tenga por no presentado, porque dado que entra dentro de la potestad jurisdiccional decidir si la duda presentada por la parte tiene fundamento suficiente para motivar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, correspondiendo además de oficio el examen de la constitucionalidad de las leyes que aplica en los procesos ante el juez planteados, ese podrá acordar dicho planteamiento pese a que la parte se retracte de su solicitud. Así, a modo de ejemplo, en la cuestión decidida mediante la STC 238/92, el órgano judicial planteó la cuestión de inconstitucionalidad que había sido solicitada por una de las partes, aunque ésta en el trámite de audiencia previa se retractó de su solicitud.

2.3. Los requisitos procesales de la instancia de parte

El art. 35.1 LOTC no hace referencia a los requisitos formales y sustantivos de la instancia de parte, por lo que esta omisión obliga a establecer cómo puede materializarse dicha instancia en el curso de un proceso. Así, hay que hacer referencia a las siguientes cuestiones: a. El momento procesal en que puede presentarse la petición al juez de que plantee una cuestión de

judicial efectiva, *La cuestión de inconstitucionalidad*, *op.cit.*, pp. 264, 328; mientras que el segundo, si bien parece sumarse al sector de la doctrina que niega valor jurídico a la instancia de parte, al alegar que las partes tienen la posibilidad de invitar al órgano judicial a que considere la posibilidad de que la norma sea inconstitucional, sin que ello suponga una acción que provoque necesariamente la deliberación de la bondad de la propuesta, a continuación defiende que el juez debe dar una respuesta motivada a la petición de la parte de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, *op.cit.*, pp. 250-252

inconstitucionalidad. b. La forma en que la petición debe presentarse. c. El contenido de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. d. La notificación a las otras partes del proceso.

- a. El momento procesal de proposición de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Las leyes procesales que regulan los distintos procedimientos judiciales ordinarios no hacen referencia al momento procesal en que la parte que considere inconstitucional una de las normas con rango de ley que será aplicada para decidir el proceso puede solicitar al juez que plantee la cuestión de inconstitucionalidad. Atendido el silencio normativo podría entenderse que las partes pueden solicitar el planteamiento en cualquier momento anterior a la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se pretende poner en duda, por lo que el límite temporal para presentar la petición de planteamiento de la cuestión sería un límite lógico, puesto que una vez aplicada la norma en el proceso carece de sentido pretender que el órgano judicial plantee la cuestión en relación con esa norma.

Sin embargo, no puede obviarse que todo proceso sigue un orden en su tramitación, pudiendo establecerse límites procesales preclusivos en relación con la posibilidad de que las partes del proceso presenten peticiones o alegaciones durante la tramitación del mismo⁹⁶, lo que obliga a considerar que si bien las

⁹⁶ Como señala J. ALMAGRO NOSETE “la parte no puede deducir la petición de inconstitucionalidad en cualquier momento, sino ajustándose a las oportunidades alegatorias que cada tipo de proceso le conceda”, *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, op.cit., p. 158; por su parte, F. HERRERO-TEJEDOR considera que ante el silencio de la ley “cualquier ocasión puede ser buena para proponer el planteamiento de la cuestión” siempre que sea antes de la fase de conclusión del procedimiento; no obstante, a continuación matiza su afirmación al señalar que si es el demandante quien propone el planteamiento el momento idóneo suele ser el escrito de demanda, y que el momento dependerá del precepto que se considera inconstitucional, porque si es una norma procesal, su aplicabilidad determina el momento preclusivo, “La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad”, op.cit., pp. 24-25

partes podrán efectuar su petición antes de que haya de adoptarse la resolución en que se aplicará la norma que se considera inconstitucional, deberán, en todo caso, respetar las reglas de tramitación del proceso en que sean parte, lo que se conecta con la forma en que puede presentar esa petición.

b. La forma de presentación de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Respecto a la forma en que las partes podrán dirigirse al juez solicitándole el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas con rango de ley aplicables en el proceso, hay que señalar que la presentación de las peticiones en el curso de un proceso puede ser escrita u oral, dependiendo de los principios que rijan la tramitación del mismo⁹⁷. Por tanto, la parte que pretenda solicitar al órgano judicial el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad deberá estar a lo que establezcan las normas procesales que regulan el proceso en que es parte. Así, en los procesos en que la tramitación se realice exclusivamente por escrito, la parte deberá actuar en consecuencia presentando un escrito en el que conste su petición de planteamiento de la cuestión, o incluyendo dicha petición en alguno de los escritos que debe presentar en el curso del proceso, no siendo posible que la solicitud de

⁹⁷ Así J. GONZÁLEZ PÉREZ señala que la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad “podrá hacerse en un escrito independiente con esta finalidad o en alguno de los escritos que presente en el proceso principal (v.gr., demanda o contestación) o *in voce* en la vista, si existiese ese trámite en el proceso en que se plantee”, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 263. A. CANO MATA sostiene que “la solicitud podrá hacerse en cualquiera de los escritos que deban presentarse, en el acto de la vista, o mediante petición formulada a tal fin”, *Cuestiones de inconstitucionalidad. Doctrina del Tribunal Constitucional*, *op.cit.*, p. 41. También F. HERRERO-TEJEDOR considera posible que la solicitud se realice mediante un escrito destinado expresamente a ese fin, “La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad”, *op.cit.*, p. 25. A. CABO DE LA VEGA afirma que la solicitud podrá presentarse “en cualquiera de los escritos que le presenten dentro de los trámites ordinarios del proceso, en escrito especial o *in voce* en la vista”, “Art. 163. La cuestión de inconstitucionalidad”, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por O. Alzaga Villamil, EDERSA, Madrid, 1999, p. 288

planteamiento se presente de forma oral. En los procesos en que rija el principio de oralidad habrá que atender a la distinta posición de la parte en el proceso, si es el demandante el que solicita el planteamiento podrá realizarlo por escrito u oralmente en el acto de la vista, mientras que si es el demandado habrá que atender al momento en que se inicia su intervención en el proceso, puesto que si su primera intervención es en el momento de la vista y concluye en dicho trámite su intervención en el proceso⁹⁸, la petición se presentará oralmente, como ocurrió por ejemplo en el proceso en que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad decidida en la STC 133/87.

Si bien, como acaba de decirse, la petición de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad puede ser realizada con ese exclusivo objeto, o incorporarse a otro acto procesal que se realice en el curso del proceso, desde aquí se considera que siempre que sea posible la parte deberá vincular su petición de planteamiento de la cuestión con su pretensión en relación con el supuesto concreto en que se aplicará la norma sobre cuya constitucionalidad duda. De esta forma, si la norma cuya constitucionalidad una de las partes pretende poner en duda es una norma que deberá ser aplicada para decidir el fondo del proceso, la petición tendría que presentarse, en su caso, en el escrito de demanda, si es la parte actora la que considera que la norma que permite decidir el proceso es contraria a la Constitución, y en el escrito de contestación a la demanda cuando sea la parte demandada la que considere que la norma aplicable para decidir el fondo del proceso es inconstitucional. Asimismo, hay que tener presente que la cuestión de inconstitucionalidad puede presentarse respecto a normas procesales que rigen la tramitación del proceso, por lo que sí una de las partes considerase que es inconstitucional una norma procesal aplicable en el proceso debería

⁹⁸ En el juicio verbal que regulan los art. 437-447 LEC o en el procedimiento laboral previsto en la LPL, el demandado, en principio, realiza su primera intervención en el acto de la vista, donde expone su posición de forma oral

alegarlo cuando se pronuncie sobre ese concreto trámite procesal. Así, por ejemplo, si considera que es inconstitucional la norma que regula la competencia para conocer del conflicto y que debería plantearse la cuestión, debería ponerlo de manifiesto en las alegaciones que realice sobre la competencia del juez para conocer del proceso.

c. El contenido de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

Respecto al contenido que debe tener la petición de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad, no es suficiente la mera solicitud de plantear la cuestión en relación con una norma aplicable en el proceso. La parte debe identificar cuáles son los términos de la cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento se solicita, puesto que sólo de esta forma garantiza que el juez pueda conocer efectivamente en qué sentido entiende que debe plantearse la cuestión de inconstitucionalidad. Por ello se defiende que debería exponer qué norma considera contraria a la Constitución, los preceptos constitucionales que considera vulnerados, el fundamento de su duda de constitucionalidad, y en qué sentido es relevante la validez de la norma para la decisión del proceso, poniendo así de manifiesto que, en su opinión, se cumplen las condiciones necesarias para que la cuestión de inconstitucionalidad pueda ser planteada⁹⁹.

⁹⁹ A. CANO MATA y A. CABO DE LA VEGA sostienen que la instancia de parte debe tener el contenido previsto en el art. 35.2 LOTC: identificar la ley impugnada, los preceptos constitucionales vulnerados, y la relación entre la validez de la norma y el fallo a dictar, el primero en “Los ciudadanos y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones residenciables en el Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, num. 106, 1985, p. 180; y el segundo en “Art. 163. La cuestión de inconstitucionalidad”, *op.cit.*, p. 288

- d. La notificación de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a las otras partes del proceso

En relación con la notificación a las otras partes del proceso de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, hay que tener presente que en virtud del principio de contradicción todo lo que actúa una parte lo debe conocer *ope legis* la otra u otras partes del proceso para que manifiesten lo que a su derecho convenga, por lo que no pueden realizarse actuaciones procesales de las que no se dé vista a las otras partes.

Respecto a la forma en que se deberá notificar la petición de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad a las otras partes del proceso, hay que diferenciar si la petición de planteamiento se ha realizado por escrito u oralmente, y si se ha incorporado a un escrito que hubiese de presentarse en el curso del proceso o si ha sido objeto de una petición independiente.

Si la petición se realiza oralmente en el acto de la vista, la otra parte tendrá conocimiento de la misma en ese momento, pudiendo manifestar su posición en el mismo acto de la vista. Si la solicitud de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad se incluye en la demanda o querrela, la notificación de éstas a la parte demandada o contra la que se dirija la querrela, siguiendo lo previsto en las normas que regulen el traslado de la demanda o del escrito que origine la primera comparecencia en juicio¹⁰⁰, implicará la notificación de la mencionada

¹⁰⁰ El art. 276.3 LEC establece que cuando se trate del traslado de la demanda o de cualquier otro escrito que pueda originar la primera comparecencia en juicio “el procurador habrá de acompañar copias de dichos escritos y de los documentos que a ellos se acompañen y el tribunal efectuará el traslado conforme a lo dispuesto en los artículos 273 y 274 de esta Ley. Si el procurador omitiere la presentación de estas copias, se tendrá a los escritos por no presentados o a los documentos por no aportados, a todos los efectos”; los art. 273 y 274 LEC establecen respectivamente que “de todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes”, y que “cuando las partes no actúen representadas por procurador, firmarán las copias de los

solicitud. Si es la parte demandada o querellada la que solicita en su escrito de contestación el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la notificación de ese escrito a la otra parte conllevará la notificación de la petición de planteamiento. Si la petición de que se plantee la cuestión se pone de manifiesto junto con otro escrito que haya de presentarse durante la tramitación del proceso, el juez procederá a su notificación de acuerdo con lo previsto en las normas procesales que regulen la notificación de ese acto procesal, y dará la oportunidad de pronunciarse sobre esa petición en el mismo acto en que la parte notificada pueda presentar sus alegaciones sobre el objeto principal del escrito. Por último, si la petición de planteamiento se realiza en un escrito cuyo único objeto es solicitar al juez que plantee la cuestión, el juez deberá atender a las normas procesales generales que prevean la forma en que deba notificarse a las partes los escritos presentados en el curso del proceso¹⁰¹.

escritos y documentos que presenten, respondiendo de su exactitud, y dichas copias se entregarán por el tribunal a la parte o partes contrarias”. Asimismo, hay que tener presente que los art. 54 LJCA, 118 LECr, 82 LPL establecen la notificación de la demanda o querella a la parte o partes contra las que se dirijan

¹⁰¹ Así, el art. 273 LEC dispone que “de todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en los juicios se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes”. En el caso en que las partes no actúen representadas por procurador, el art. 274 LEC establece que las partes “firmarán las copias de los escritos y documentos que presente, respondiendo de su exactitud, y dichas copias se entregarán por el tribunal a la parte o partes contrarias”. Por el contrario, si todas las partes estuviesen representadas por procurador, el art. 276. 1 y 2 LEC dispone que “cuando todas las partes estuvieren representadas por procurador, cada uno de éstos deberá trasladar con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal. El procurador efectuará el traslado entregando al servicio de recepción de notificaciones a que alude el apartado 3 del artículo 28, la copia o copias de los escritos y documentos, que irán destinados a los procuradores de las restantes partes y litisconsortes. Un Secretario Judicial u Oficial designado recibirá las copias presentadas, que, una vez fechadas y selladas, entregará al encargado del servicio, debiendo además firmar el primero un justificante de que se ha realizado el traslado. Dicho justificante deberá entregarse junto con los escritos y documentos que se presenten al Tribunal”. Finalmente, el art. 277 LEC dice que “no se admitirá la presentación de escritos y documentos si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas”

2.4. La decisión judicial ante la instancia de parte

Si la instancia de parte, como ya se ha dicho, es un acto de petición que se presenta ante el órgano judicial con el objeto de que éste examine si una de las normas con rango de ley aplicables en el proceso puede ser inconstitucional y, en su caso, acuerde plantear la cuestión de inconstitucionalidad, el juez debe manifestar cuál es su posición respecto a la misma. No es así posible que el juez desconozca dicha solicitud, ni que esa ignorancia pueda encontrar su fundamento en el hecho de que es al órgano judicial al que en exclusiva le corresponde decidir tanto las normas que aplicará en el proceso, como la interpretación de las mismas, y, en su caso, la posible existencia de una contradicción entre alguna de esas normas y el texto constitucional. El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE garantiza que las partes del proceso tengan derecho a una resolución motivada sobre las cuestiones que planteen en el curso del proceso y que sirvan bien a su pretensión, bien a la oposición a dicha pretensión, sin que, obviamente, el órgano judicial tenga que acceder a esa petición de plantear la cuestión, dado que es a él al que le corresponde decidir las cuestiones de derecho presentes en el proceso, y teniendo presente que si la acoge, debe asumir la duda de constitucionalidad como propia¹⁰², la instancia de parte no

¹⁰² En este sentido hay que considerar, como ha declarado el Tribunal Constitucional, que la instancia de parte no constituye en ningún caso un medio para que las partes puedan interponer la cuestión de inconstitucionalidad (AATC 204/85/4, 158/93/único), ni es “un recurso a disposición de las partes de un proceso” (SSTC 133/87/1, 151/91/2, 159/97/5B), ni un derecho de las partes a que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 130/94/2, 228/98/2), por lo que la previsión del art. 35.1 LOTC no les otorga legitimación para que a través del órgano judicial puedan elevar su duda de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sino que les faculta a instar ante los órganos judiciales el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 133/87/1, 119/91/2, 151/91/2, 130/94/2). Dicha falta de legitimación en un primer momento fue criticada, entre otros, por J. GONZÁLEZ PÉREZ Y M. ARAGÓN REYES al considerar que de esta forma se negaba el derecho fundamental de acceso a la justicia, diciendo Aragón Reyes que no existen razones de peso para negar a todos los ciudadanos la posibilidad de ejercer la acción indirecta en un juicio promoviendo el control de constitucionalidad de las leyes, y que debería transformarse en derecho lo que es un hecho “que las partes aleguen como fundamento de sus pretensiones la supuesta inconstitucionalidad de la ley aplicable”, el primero en “La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad”, *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, IEF, Madrid, 1981, pp. 1226-1227, y el segundo en “El control de constitucionalidad en la Constitución Española de 1978”,

implica que las partes estén legitimadas para acudir ante el Tribunal Constitucional a través del filtro del juez. Por tanto, una cosa es que el juez sea el único que pueda decidir qué norma aplica para decidir el proceso, cuál es la interpretación de las normas aplicables, y que sólo su duda sobre la constitucionalidad de la norma comporte la necesidad de que se plantee la cuestión de inconstitucionalidad; y otra que ante la solicitud de la parte deba acordar bien plantear la cuestión de inconstitucionalidad, abriendo previamente el trámite de audiencia, bien motivar porqué rechaza la instancia de parte.

Sobre la apertura del trámite de audiencia previa cuando una de las partes solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que el examen de dicho trámite se realizará en el próximo Capítulo, quiere ya avanzarse en este subapartado que a pesar de que la redacción del art. 35.2 LOTC deja abierto el interrogante de si el órgano judicial siempre que una parte le solicite el planteamiento de la cuestión debe abrir el trámite de audiencia previa¹⁰³, lo que motivaría, si así se entendiese, que la resolución judicial

op.cit., p. 191. Por su parte, P. SAAVEDRA GALLO ante la falta de legitimación de las partes, se mostró partidario de introducir una vía que permitiese a las partes acceder a la jurisdicción constitucional cuando considerasen que una ley aplicable en el proceso es inconstitucional, defendiendo “el derecho de todo sujeto que ostente la condición de parte en un proceso a que se le aplique una norma adecuada a las previsiones de nuestra Ley de Leyes”, derecho que sólo resulta posible hacer efectivo, en su opinión, mediante un equilibrio de poderes entre los órganos jurisdiccionales y las facultades de las partes en orden a adoptar la decisión de plantear la cuestión, *La duda de inconstitucionalidad (soluciones procesales para la aplicación de la ley constitucional al caso concreto)*, op.cit., pp. 48, 158-159, “La justiciabilidad de la Constitución y los órganos jurisdiccionales ordinarios”, *Justicia*, num. I, 1986, p. 36. Sólo P. PÉREZ TREMPS sostiene que las partes tienen legitimación para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero esa legitimación se da ante el juez *a quo* que filtra la acción evitando planteamientos infundados, fraudulentos o dilatorios, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, op.cit., p. 133

¹⁰³ Durante la discusión del proyecto de LOTC la introducción de la referencia a la “instancia de parte” y del trámite de audiencia previa no estuvieron conectadas, así el art. 38 del proyecto, como ya se dijo, no hacía referencia a la instancia de parte, mientras que respecto a la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal se preveía que se les daría cuenta del auto de planteamiento para que hiciesen las alegaciones pertinentes, sin que ese auto fuese susceptible de recurso. La inclusión del término “instancia de parte” se realizó en el Informe de la Ponencia del Congreso, al aceptarse una enmienda del Grupo Socialista, mientras que el trámite de audiencia previa se estableció a raíz de una enmienda del Grupo Unión de Centro Democrático presentada en el Senado, mediante la que se pretendía que las alegaciones de las partes y el Ministerio Fiscal ilustrasen al juez para la decisión del auto, asimismo la referencia al posible

mediante la que el juez diese respuesta a esa petición hubiese de ser *ex art. 35.2 LOTC* un auto dictado con la exclusiva finalidad de pronunciarse sobre el planteamiento o no de la cuestión¹⁰⁴, en este trabajo se defiende otra lectura de dicho precepto que lleva a la conclusión de que la petición de que se plantee la cuestión no es condición suficiente para proceder al trámite de audiencia previa. Hecha esta precisión a continuación se hace referencia a la resolución que el juez debe dictar ante la petición de una de las partes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En el supuesto en que el órgano judicial considere que, tal y como ha puesto de manifiesto una de las partes en su solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, una de las normas con rango de ley aplicables en el proceso podría ser inconstitucional y de su validez depende la decisión del proceso, deberá, antes de adoptar una decisión definitiva, abrir el trámite de audiencia previa, mediante el que permita que las partes y el Ministerio Fiscal presenten sus alegaciones en relación con el posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. En este caso, el órgano judicial asumirá la duda de constitucionalidad, por lo que no estará pidiendo a las partes y al Ministerio Fiscal que se pronuncien sobre la duda de constitucionalidad de una de las partes,

planteamiento en posteriores instancias trataba de impedir que sólo los Jueces de Instancia pudiesen plantear cuestiones de inconstitucionalidad, siendo esa enmienda acogida en el Informe de la Ponencia del Senado

¹⁰⁴ Así, lo entiende E. MARÍN PAGEO que opina que el órgano judicial debe dictar un auto en el que se pronuncie expresamente sobre la petición de una de las partes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque así resulta del art. 35.2 LOTC, sin que pueda remitir su pronunciamiento a la resolución final del proceso, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, op.cit.*, p. 155; E. CORZO SOSA sostiene que de acuerdo con el art. 35.2 LOTC la decisión de plantear o no la cuestión debe estar contenida en un auto, lo que resulta lógico con la posición que mantiene respecto a la necesidad de que siempre que una parte solicite el planteamiento de la cuestión deba abrirse el trámite de audiencia, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, p. 267; J.M. LÓPEZ ULLA sin pronunciarse sobre la necesidad de que el órgano judicial deba abrir siempre que una de las partes solicite el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, considera que la denegación de la cuestión debe realizarse por auto porque así lo prevé el art. 35.2 LOTC, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español, op.cit.*, p. 251

sino que a raíz de la petición de esa parte el juez habrá hecho suya la duda y le corresponderá a él delimitar los términos de la misma en la resolución que abre el trámite de audiencia.

Si, por el contrario, el juez no acoge la petición de una de las partes de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, deberá motivar las razones que le llevan a no asumir esa petición. Esa necesidad de que el órgano judicial deba ofrecer una respuesta a las peticiones que las partes le formulan en el curso del proceso resulta un imperativo¹⁰⁵, atendido que el Tribunal Constitucional ha establecido en una constante y reiterada jurisprudencia que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE¹⁰⁶, la necesidad de que se deba ofrecer una respuesta a las peticiones de las partes y de que las

¹⁰⁵ No obstante, A. RIBAS MAURA, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, considera que el órgano judicial no está obligado a dar una respuesta expresa y explícita a la petición de la parte, sin que ello comporte vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la mera aplicación de la norma supone ya una contestación en sentido negativo a dicha petición, *La cuestión de inconstitucionalidad*, *op.cit.*, pp. 59-60. En la misma línea F. HERRERO-TEJEDOR sostiene que “la posición jurídica de la parte que insta el planteamiento de la cuestión no implica un auténtico derecho, por lo que no es susceptible de basar una pretensión en sentido propio, merecedora de una respuesta expresa y motivada. Basta una contestación lacónica, incluso implícita, que puede llegar a deducirse del mero hecho de que el Juez o Tribunal aplique la norma tachada de inconstitucional por la parte, pues ello evidencia la ausencia de dudas en el juzgador para abrir ni siquiera la primera fase (la judicial) de la cuestión de inconstitucionalidad”, “La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad”, *op.cit.*, p. 23

¹⁰⁶ R. ALONSO GARCÍA y J.M. BAÑO LEÓN sostienen que el juez debe motivar porque no plantea la cuestión de inconstitucionalidad puesto que si no es así se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 29, 1990, p. 218; en idénticos términos se manifiestan R. SERRA CRISTOBAL, *La guerra de las Cortes (La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo)*, *op.cit.*, p. 111, y L.J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, *op.cit.*, pp. 171-172. Asimismo E. MARÍN PAGEO defiende que el derecho a la tutela judicial efectiva se realiza si el órgano judicial resuelve sobre la petición de parte, puesto que el silencio frente a la misma motiva que la decisión sea incongruente; además, puesto que considera que ante la petición de plantear la cuestión, el juez debe abrir el trámite de audiencia, del art. 35.2 LOTC resulta la obligación de dictar un auto motivando su decisión, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, *op.cit.*, pp. 153, 155. También J. JIMÉNEZ CAMPO opina que la petición de plantear la cuestión debe recibir en todos los casos una respuesta expresa y motivada, puesto que así lo exige el principio de congruencia implícito en el art. 24.1 CE, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 54. P. CRUZ VILLALÓN sostiene el derecho de los ciudadanos a obtener una resolución fundada en derecho en que se motive la negativa a plantear la cuestión, ante su alegación de que una de las leyes aplicables en el proceso podría ser inconstitucional, como exigencia derivada del art. 24.1 CE, “Sobre el amparo”, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, p. 504

resoluciones judiciales sean motivadas¹⁰⁷, dado que la motivación de las decisiones es “una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad” (SSTC 116/86/5, 109/92/3, 154/95/3, 237/97/2, 36/98/3)¹⁰⁸. Así, siendo la instancia de parte un acto de petición requiere que el juez ponga de manifiesto porque no la aprecia, y en este sentido debe entenderse el art. 11.3 LOPJ cuando dispone que “los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen”¹⁰⁹, por lo que el silencio frente a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad supone desconocer el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho (STC 11/82/2).

¹⁰⁷ Como pone de manifiesto I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “la exigencia de motivación, prevista en principio por el art. 120.3 CE para las sentencias, se convierte en contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva aplicable a todas las resoluciones que juzguen sobre el fondo o la admisibilidad de una pretensión”, porque de esta forma se puede controlar la actividad de los tribunales y se refuerza la confianza en los mismos, “Artículo 24. Garantías procesales”, *Comentarios a la Constitución española de 1978, dirigidos por O. Alzaga Villaamil*, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 41-42

¹⁰⁸ En la STC 66/96/5a), el Tribunal Constitucional recuerda los fines a los que responde la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales “a) Ante todo aspira a hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley (art. 117.1 C.E.) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 C.E.), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales; b) Más concretamente la motivación contribuye a «lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial», con lo que puede evitarse la formulación de recursos; c) Y para el caso de que éstos lleguen a interponerse, la motivación facilita «el control de la Sentencia por los Tribunales superiores, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo». En último término, si la motivación opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTC 159/1989, 109/1992, 22/1994, 28/1994, entre otras), queda claramente justificada la inclusión de aquella dentro del contenido constitucionalmente protegido por el art. 24.1 C.E.”

¹⁰⁹ Tanto E. CORZO SOSA como J.M. LÓPEZ ULLA consideran que la previsión del art. 11.3 LOPJ es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva que obliga a los jueces a pronunciarse sobre la solicitud de planteamiento de la cuestión, el primero en *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, p. 267, y el segundo en *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español, op.cit.*, pp. 251-252

No ha sido esta, sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional que ha considerado, en general, que ante la instancia de parte el juez puede contestar con el silencio sin que ello suponga la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Concretamente, el Tribunal Constitucional ha declarado que “no siendo la petición de que se suscite la cuestión fundamento de ninguna pretensión a la que el legislador¹¹⁰ haya de proveer, es claro que puede responderla por el silencio, sin que de ello se derive lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución garantiza” (AATC 275/83/2, 767/86/1). Así considera que al no existir un derecho a que el órgano judicial se pronuncie en un sentido u otro sobre la duda de constitucionalidad presentada por alguna de las partes (ATC 949/86/2), no es necesaria una resolución expresa en que consten las razones por las que no ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, porque si el órgano judicial aplica la norma respecto a la que una de las partes ha alegado su posible inconstitucionalidad se entiende que ello es porque no la considera inconstitucional (SSTC 67/88/7, 206/90/2, 119/91/2, 159/97/5A)¹¹¹, respetando, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva sin que quepa alegar indefensión. Por tanto, se garantiza, según el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva tanto si los órganos judiciales ofrecen una respuesta expresa como una respuesta implícita a la instancia de parte, y así en la STC 151/91/2 el Tribunal afirma que “los órganos judiciales no han omitido su respuesta a la petición y cuestión planteada por los recurrentes: simplemente no

¹¹⁰ Aquí como E. CORZO SOSA advierte es obvio que el Tribunal Constitucional pretendía decir “juzgador” en vez de “legislador”, *La cuestión de inconstitucionalidad*, *op.cit.*, p. 266

¹¹¹ El Tribunal Constitucional advierte que “el órgano judicial, sometido a la ley y a la Constitución, en el momento de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona, puede y debe realizar un examen previo de constitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito. Sólo en caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad (STC 23/1988, de 22 de febrero). Si aplica la norma respetando su sujeción a la ley (art. 117.1 de la Constitución), ello quiere decir que no la ha estimado inconstitucional(...) Esta decisión corresponde al órgano judicial, quien al resolver así ha decidido, aunque desestimándola, la pretensión de los recurrentes, y ha satisfecho de forma efectiva la tutela judicial de los recurrentes” (SSTC 67/88/7, 206/90/2, 119/91/2, 159/97/5A)

han estimado la procedencia de la misma. Así lo ha declarado, de forma expresa la Audiencia Provincial de Murcia en el fundamento jurídico quinto *in fine* de su resolución, y de manera implícita el Juzgado de Instancia, continuando el curso del proceso sin acceder al planteamiento de la cuestión y consecuente suspensión del procedimiento solicitada por la parte.”

No obstante, junto con este criterio general conviven otras decisiones de las que resulta que el Tribunal Constitucional entiende que la resolución expresa del juez garantiza de manera más eficaz el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte que instó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, reconociendo, en consecuencia, la trascendencia de una manifestación explícita por el órgano judicial. Así en la STC 166/86/15 el Tribunal Constitucional afirmó que la instancia de parte en la que se solicita al órgano judicial el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad “dará lugar o bien a que se eleve la cuestión al Tribunal Constitucional o bien a una resolución judicial denegatoria motivada, otorgándose así contenido al derecho a la tutela judicial frente a la Ley cuestionada”. Además de esta decisión en la que de forma explícita el Tribunal Constitucional declara que el órgano judicial debe dar respuesta a la instancia de parte mediante una resolución judicial motivada, existen otras decisiones en las que implícitamente se reconoce el valor de una resolución expresa y motivada a la petición por una de las partes de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad¹¹².

¹¹² Por ejemplo, en el ATC 791/84/3 el Tribunal Constitucional declaró que el órgano judicial no tuvo dudas sobre la constitucionalidad de la norma y “dio en los considerandos de su Sentencia una respuesta razonada y congruente con la petición en este sentido propuesta por los recurrentes en aquel orden jurisdiccional. No hubo, pues, ni indefensión ni otra violación alguna del art. 24 ni indicio de ello”. Asimismo en la STC 119/91/2 el Tribunal Constitucional señala que “cabe, incluso, observar que, en el presente supuesto, los órganos judiciales dieron, en sus Sentencias, respuesta expresa a la petición de la parte en orden al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”, y en la STC 171/95/único que “el órgano judicial ha dado respuesta a esa solicitud con el argumento, razonable y suficiente, de que, a su juicio, la norma legal era susceptible de una interpretación constitucionalmente adecuada, tal y como exige el art. 5 de la L.O.P.J. Con esa respuesta motivada se ha satisfecho el derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva.” En la STC 159/97/5A y B, por su parte, el Tribunal Constitucional declara que su doctrina respecto a la atribución en exclusiva al órgano judicial de la decisión de plantear la cuestión

El Tribunal Constitucional actúa así con un doble criterio que se conecta directamente con los motivos, como resulta de las sentencias examinadas, que hayan llevado al recurrente en amparo a alegar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Si la vulneración alegada encuentra su fundamento en la no contestación del órgano judicial a la instancia de parte, el Tribunal Constitucional dice que la mera aplicación de la norma comporta ya una respuesta desestimatoria a esa instancia; por el contrario, cuando la presunta vulneración se fundamenta en el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por la parte, el Tribunal contesta que la respuesta expresa del órgano judicial en la que hace constar las razones que le llevan a no plantear supone el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva. Es probable que el Tribunal Constitucional, y esto es sólo una suposición, haya optado por no otorgar el amparo en aquellos supuestos en que el órgano judicial no ha ofrecido una respuesta expresa a la instancia de parte porque ello tendría poca eficacia práctica en el curso del proceso, ya que resulta lógico pensar que si el órgano judicial aplica la ley que la parte considera inconstitucional, es porque no duda de su constitucionalidad, por lo que si se estimase el amparo el juez debería motivar su decisión de aplicar dicha norma, pero las consecuencias jurídicas en el proceso serían las mismas. No obstante, ello no es motivo suficiente para no exigir que los órganos judiciales ofrezcan una respuesta expresa y motivada, no pudiendo alegarse que el silencio actúa como una desestimación tácita que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que si bien “no toda ausencia

“resulta tanto más aplicable(...) cuando la apreciación de no inconstitucionalidad, por parte del órgano judicial, de la norma aplicada, ha sido explícita y extensamente razonada en su Sentencia, dada la fundamentación de inconstitucionalidad de la pretensión de la actora”, no existiendo indefensión material cuando la parte “tuvo efectiva oportunidad de exponer cuantas alegaciones convenían a su pretensión de que fuera planteada la cuestión, alegaciones detenidamente rechazadas en la resolución impugnada y que por esto mismo tuvieron efectivo acceso a la tutela de los Tribunales en condiciones que permitieron adecuadamente su defensa”. Por último, en la STC 119/98/6 advierte que “debe subrayarse, *a fortiori*, que en este caso concreto, el órgano judicial se ha pronunciado expresa y motivadamente sobre las causas por las que estima que no se encuentra legalmente habilitado para proponer cuestión de inconstitucionalidad”

de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva” siempre será necesaria una mínima “respuesta global o genérica al problema planteado” (SSTC 29/87/3, 8/89/3, 175/90/2, 198/90/2, 88/92/2, 26/97/4, 129/98/5, 157/99/2, 212/99/2).

No puede compartirse, en consecuencia, la posición del Tribunal Constitucional. El juez debe pronunciarse expresamente sobre las razones que le llevan a rechazar la petición de la parte de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Dicho pronunciamiento deberá realizarse en la resolución judicial en que el órgano judicial aplique la norma cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda por una de las partes del proceso¹¹³. Así, tanto si la norma es de carácter procesal y la resolución judicial en que la misma se aplica adopta la forma de auto, como si la norma es de carácter sustantivo aplicándose en la sentencia que decide el fondo del proceso, el juez deberá poner de manifiesto en esa resolución las razones que le llevan a considerar que la norma no es contraria a la Constitución y que, por tanto, puede ser aplicada sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. No es así posible entender, como lo hace el Tribunal Constitucional, en las SSTC 67/88/7, 206/90/2, 119/91/2, 159/97/5A), que la aplicación por el juez de la norma en la decisión del proceso motiva que se entienda que hay un rechazo implícito de la instancia de parte. Según el Tribunal Constitucional en estos supuestos no cabe alegar que se desconoce porqué el juez no ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la aplicación presupone que el órgano judicial entiende que la norma es conforme con la Constitución, y dado que es a ese órgano al que le corresponde decidir si las

¹¹³ J. ALMAGRO NOSETE y T. LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ sostienen que si bien el juez debe pronunciarse sobre la solicitud de las partes de que plantee la cuestión, dicho pronunciamiento puede realizarse tanto en la sentencia como en otra resolución. El primero en *Justicia Constitucional (Comentarios a la LOTC)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 229; y el segundo en “La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”, *La Ley*, num. 2679, 1991, pp. 1066-1067

normas que aplica pueden ser inconstitucionales, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, la mera aplicación de la norma no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva porque la obligación de dictar una resolución fundada en Derecho “no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad, en un sentido o en otro, sino que el deber de motivación que la Constitución y la Ley exigen imponen que la decisión judicial esté precedida de los argumentos que la fundamentan” (STC 368/93/único). En consecuencia, sólo si en los fundamentos de la resolución judicial en que se aplica la norma se expresan las razones que han llevado a rechazar la solicitud de plantear la cuestión cabrá entender correcta la actuación judicial.

Por tanto, si bien es al órgano judicial al que le corresponde decidir si las normas que debe aplicar en el proceso pueden ser contrarias a la Constitución y, en consecuencia, plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ello no obsta para que ante la alegación de alguna de las partes del proceso respecto a la posible inconstitucionalidad de una de las normas aplicables, el juez deba motivar porqué no acoge la opinión de la parte, puesto que esta es la única forma de garantizar que el juez aplica sólo aquellas normas de cuya constitucionalidad no duda, y que el proceso se decide conforme a derecho a través de la aplicación de leyes que presuntamente no son contrarias a la Constitución¹¹⁴. No se comparte, sin embargo, la posición de cierto sector de la doctrina que considera que el órgano judicial debe ofrecer una respuesta a la petición de una de las partes de que se plantee la cuestión por existir un derecho a que la norma aplicada en el proceso sea conforme con la Constitución¹¹⁵, si ello se traduce en reconocer un derecho

¹¹⁴ Como pone de manifiesto P. PÉREZ TREMPES “la aplicación más clara de la Constitución la hace el juez ordinario precisamente cuando rechaza la pretensión de una de las partes de elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional”, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op.cit.*, p. 143

¹¹⁵ J. ALMAGRO NOSETE considera que el derecho a la jurisdicción ordinaria reconocido en el art. 24.1 CE comporta el derecho a que el litigio sea decidido aplicando el juez una norma conforme con la

subjetivo a las partes que les permita imponer su criterio incluso frente a la decisión motivada del órgano judicial en la que exponga las razones por las que rechaza la petición de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Las partes del proceso no pueden controlar la facultad que los órganos judiciales tienen de decidir si una de las normas aplicables en el proceso es efectivamente contraria a la Constitución, lo que se conecta directamente con el hecho, tantas veces repetido, de que es a los órganos judiciales a los que corresponde realizar la interpretación de las normas que aplican en los procesos de su competencia, no estando vinculados a la interpretación que les propongan las partes del proceso¹¹⁶. Por ello, se está de acuerdo con las palabras del Tribunal Constitucional cuando declara que “el justiciable ha de someterse al juicio previo positivo que sobre la constitucionalidad de la norma legal realice el Juez, pero

Constitución, lo que se traduce en que sea necesario un pronunciamiento expreso del órgano judicial sobre su pretensión de inconstitucionalidad, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, *op.cit.*, p.222, nota 23. Asimismo, T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ defiende que dado las partes tienen derecho a ser juzgados mediante la aplicación de una ley conforme a la Constitución, el juez debe emitir un pronunciamiento expreso sobre su instancia, “La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”, *La Ley*, num. 1, 1991, p. 1066. M.C. BLASCO SOTO, si bien en un primer momento de su argumentación sostiene que el juez debe ofrecer una respuesta expresa a la instancia de parte atendido el interés legítimo de las partes a que no se les apliquen leyes que puedan ser contrarias a la Constitución, a continuación se manifiesta favorable a un derecho de las partes a que la ley aplicada sea conforme con la Constitución que entraría dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 100-101, 127, 133. Por último, E. CORZO SOSA entiende que el juez tiene en todo caso la obligación de dar una respuesta a la instancia de parte, porque sólo así se garantiza que el juez aplica la norma porque no la considera inconstitucional, haciendo efectivo el derecho subjetivo que tienen las partes a que el proceso se decida mediante la aplicación de una ley constitucional; pero además, en su opinión, el criterio general es que el juez ante la instancia de parte debe acordar plantear la cuestión de inconstitucionalidad, salvo que considere manifiestamente infundada la solicitud, debiendo fundar y motivar las razones que le llevan a considerar que la ley es conforme con la Constitución, *La cuestión de inconstitucionalidad*, *op.cit.*, pp. 267, 284, 302

¹¹⁶ Como recuerda el Tribunal Constitucional “la vinculación de los órganos jurisdiccionales a la Ley y al Derecho les faculta en exclusiva –artículo 117.3 de la Constitución- para aplicar el Ordenamiento jurídico de acuerdo con la interpretación que, con libertad de criterio y plena independencia, consideren más apropiada al texto y finalidad de la norma a aplicar, sin que, desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, puedan someterse sus criterios interpretativos a más control o revisión que aquellos que vengan establecidos dentro del propio sistema procesal, careciendo este Tribunal Constitucional de potestad para interferir en esa función interpretativa judicial, a no ser que en ella puedan resultar afectados derechos fundamentales y libertades públicas, pues, en tal caso la interpretación y aplicación de la norma adquiere relevancia constitucional” (STC 103/90/2), por lo que es ajeno a las funciones del Tribunal Constitucional

ello no contradice, sino que presupone, la efectividad de la tutela judicial. Sólo en el caso que la constitucionalidad de la norma supusiera por sí la lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo, la aplicación de esa norma legal que lesione tal derecho fundamental podría ser revisable por este Tribunal, como violación de ese concreto derecho, pero sin que en sí mismo suponga una violación autónoma propia del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución” (STC 67/88/7), por lo que las partes del proceso no pueden “negar la libertad del Juez para interpretar la Ley y la Constitución y para extraer de esa interpretación la conclusión, acertada o no, de que hay una colisión entre ambas de la que resulta la invalidez del precepto legal” (ATC 272/91/3).

2.5. La reacción ante la negativa judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad

La finalidad de este apartado es examinar cuáles son las posibles vías de reacción de la parte que ha solicitado al órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad frente al rechazo de aquél a tomar en consideración esa solicitud de planteamiento de la cuestión. Dicho examen se realiza en dos subapartados, en un primero se hace referencia a la posibilidad de recurrir la decisión del órgano judicial a través de la vía judicial ordinaria, y en un segundo a la posible interposición de un recurso de amparo alegando que la decisión del juez de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad y de aplicar en el proceso la norma con rango de ley que la parte considera contraria a la Constitución ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados a través del recurso de amparo.

valorar la forma en los órganos del Poder Judicial(...) interpretan y aplican las leyes, en tanto no se violen las garantías constitucionales” (STC 16/81/2)

2.5.1. Los recursos en la vía judicial ordinaria

Respecto a los recursos susceptibles de ser interpuestos frente a la resolución judicial en la que el órgano judicial debe motivar su rechazo a la solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y aplica la norma cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda por una de las partes, atendido que esa solicitud puede presentarse en procesos regulados por distintas normas procesales, habrá que estar a lo dispuesto en esas normas para determinar los recursos que caben frente a aquella resolución judicial¹¹⁷, siendo obligación del órgano judicial indicar los recursos que, en su caso, procedan, puesto que el art. 248.4 LOPJ establece que “al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello”¹¹⁸.

¹¹⁷ P. PÉREZ TREMPs considera que aunque los motivos para interponer un recurso de casación contra una sentencia se encuentran jurídicamente tasados, se podía recurrir en casación la sentencia en que se hubiese aplicado la ley en base a “una violación procesal y/o, posiblemente, material del ordenamiento producida con ocasión de incidente de constitucionalidad”, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op.cit.*, pp. 134-135

¹¹⁸ En el orden civil, los art. 448 a 495 LEC regulan los recursos que pueden interponerse contra las resoluciones judiciales, siendo dichos recursos el de reposición que, de acuerdo con el art. 451 LOPJ, puede presentarse “contra todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal” y que se interpondrá “ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida”; el recurso de apelación que puede interponerse contra “las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale” (art. 455 LEC); el recurso extraordinario por infracción procesal que se interpondrá “contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia” (art. 468 LEC) en base a los motivos establecidos en el art. 469 LEC; el recurso de casación contra “las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales”, en los casos que prevé el art. 477 LEC; el recurso en interés de la ley “respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de la ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales” (art. 490 LEC); y el recurso de queja “contra los autos en que el tribunal que haya dictado la resolución denegare la tramitación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación” (art. 494 LEC). En el orden penal, los art. 216 a 238 LECr establecen los recursos contra las resoluciones de los Tribunales y Jueces de Instrucción, que son el recurso de reforma, apelación y queja, “el recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley” (art. 217 LECr), estableciéndose en el articulado diferentes supuestos en que es posible interponer el recurso de apelación, y el de queja

En relación con los motivos que pueden sustentar la interposición de un recurso frente al rechazo a plantear la cuestión de inconstitucionalidad deben distinguirse dos supuestos. Por una parte, la omisión en la resolución judicial en la que se aplica la norma cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda por la parte de cualquier pronunciamiento sobre la solicitud de plantear la cuestión, o la

“podrá interponerse contra todos los autos no apelables del Juez, y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación”, y los art. 846 bis a) a 961 LECr los recursos de apelación, casación y revisión, estableciendo que el recurso de apelación podrá interponerse contra “las sentencias dictadas, en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia, por el Magistrado-presidente del Tribunal del Jurado” (art. 846 bis a) LECr), el recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra “las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en única o en segunda instancia” y “las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia”. En el orden laboral, son los art. 184 a 234 LPL los que regulan los recursos, estableciendo el art. 184 LPL que “contra las providencias y autos que dicten los Jueces de lo Social podrá interponerse recurso de reposición”; el art. 187 LPL, por su parte, remite a la LEC lo relativo a la tramitación de los recursos de queja; el art. 188 LPL establece que las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social son recurribles en suplicación, salvo en los supuestos previstos en el propio artículo; el art. 203 LPL prevé que el recurso de casación podrá interponerse “contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional”; el art. 216 LPL dispone que el recurso de casación para la unificación de la doctrina cabe contra “las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia”. Por último, en el orden contencioso-administrativo son los art. 79 a 102 LJCA los que establecen el régimen de recursos, así el art. 79 LJCA dispone que “contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de súplica”; el art. 80 LJCA establece los supuestos en que son apelables en un solo efecto los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en procesos de los que conozcan en primera instancia; el art. 81 LJCA dispone que serán susceptibles de recurso de apelación las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, salvo en los supuestos previstos en el propio artículo; el art. 86 LJCA establece que “las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación”, y el art. 87 LJCA relaciona los autos susceptibles de recurso de casación; el art. 96 LJCA dispone que “podrá interponerse recurso de casación para la unificación de la doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”; por último, el art. 100 LJCA establece que “las sentencias dictadas en única instancia por los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y las pronunciadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, que no sean susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos Secciones anteriores, podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de interés de carácter general o corporativos y tuviesen interés legítimo en el asunto por el Ministerio Fiscal y por la Administración General del estado, en interés de la ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada”

insuficiente motivación sobre el rechazo a la petición de planteamiento de la cuestión; y, por otra, la decisión del juez de aplicar la norma que la parte considera inconstitucional, motivando las razones por las que no se plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Cuando el recurso se interpone porque el juez ha omitido pronunciarse sobre la petición de la parte de plantear la cuestión de inconstitucionalidad u ofrece una motivación insuficiente o no razonada de los motivos que le llevan a rechazar esa petición, debe diferenciarse si la resolución en que ha aplicado la norma, cuya constitucionalidad la parte ha puesto en duda, es un auto o una sentencia. Si fuese un auto, dado que la regla general es que contra los mismos cabe recurso de reposición (art. 451 LEC, 184 LPL), de reforma (art. 217 LECr), o de súplica (art. 79 LJCA)¹¹⁹, conociendo de dichos recursos el mismo órgano judicial que dictó la resolución, será ese el que deba subsanar la omisión o deficiente motivación dictando una resolución fundada en derecho en la que ponga de manifiesto las razones que le llevan a considerar que la norma no es inconstitucional y que, en consecuencia, puede ser aplicada en el proceso. Si la norma se hubiese aplicado en la sentencia, omitiendo el juez pronunciarse sobre la petición de plantear la cuestión u ofreciendo una motivación carente de fundamento jurídico procederá, en principio, recurso de apelación, salvo que atendido el objeto del proceso la sentencia no fuese susceptible de recurso. En este caso el juez que conozca del recurso de apelación deberá, en el caso de admitir la petición de la parte recurrente, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, instando al juez a que motive

¹¹⁹ En la jurisdicción contencioso-administrativa el recurso de súplica se prevé contra los autos que no sean susceptibles de recurso de apelación, pero como pone de manifiesto J. AROZAMENA SIERRA no hay precepto que impida interponer el recurso de súplica previamente a la apelación, por lo que parece razonable su uso para permitir al órgano judicial rectificar posibles errores, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dir. J. LEGUINA VILLA-M. SÁNCHEZ MORÓN, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 390

jurídicamente su negativa, frente a la petición de una de las partes, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, puesto que es sólo el juez de instancia ante el que se presentó la mencionada petición, el que podrá exponer las razones que le han llevado a rechazar aquella, no planteando la cuestión y aplicando la norma en la decisión del proceso¹²⁰.

Cuando el juez hubiese motivado fundadamente su negativa a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, justificando las razones que le llevan a considerar la norma conforme con la Constitución, aplicándola para decidir el proceso, el recurso que en su caso pueda plantearse contra la resolución en que se haya aplicado la norma que una de las partes considera inconstitucional no podrá fundamentarse en exclusiva en la negativa del juez a plantear la cuestión, sino que en todo caso ese rechazo a plantear la cuestión deberá ponerse en conexión con la pretensión que justificase la solicitud de planteamiento de la cuestión. Si la norma hubiese sido aplicada para dictar un auto, ya se ha dicho que será el juez que haya dictado la resolución el que conocerá, en principio, del recurso, por lo que, salvo que la parte alegase nuevas razones que justificasen la posible inconstitucionalidad de la norma, probablemente el juez confirmará su decisión de no plantear la cuestión. En este caso, habrá que estar a la posibilidad de plantear recurso de apelación contra la resolución que decida el recurso

¹²⁰ En relación con el proceso civil hay que poner de manifiesto que el art. 215.1 y 2 LEC establece que “las omisiones o defectos de que pudieren adolecer sentencias y autos y que fuere necesario remediar para llevar plenamente a efecto dichas resoluciones podrán ser subsanadas, mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento establecidos en el artículo anterior. Si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla. El art. 459 dispone que “en el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello. Por su parte, el art. 469 prevé que podrá interponerse el recurso extraordinario por infracción procesal por “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”

interpuesto contra el auto en que se haya aplicado la norma respecto a la que se solicitó el planteamiento de la cuestión. Si cabe recurso de apelación tanto contra el mencionado auto como contra la sentencia en que se haya aplicado la norma, como acaba de decirse, no podrá encontrar su fundamento exclusivo en el rechazo a plantear la cuestión, pero la parte podrá solicitar, en el escrito en que se presente el recurso, al juez de apelación que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, lo que será posible cuando ese órgano judicial esté legitimado, como se dirá en el último apartado de este Capítulo, para pronunciarse sobre la aplicación de las normas realizada por el órgano judicial inferior, sin que en ningún supuesto pueda el juez de apelación obligar al de instancia a plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

2.5.2. El recurso de amparo

En este segundo subapartado se trata de examinar si en el supuesto en que el órgano judicial rechaza la instancia de parte por considerar que la norma no es contraria a la Constitución y aplique la norma en la decisión del proceso, tiene justificación jurídica que la parte, cuya petición ha sido rechazada, interponga recurso de amparo. Concretamente, se hace referencia a tres diferentes supuestos que podrían, en su caso, ser susceptibles de justificar la interposición de un recurso de amparo: a. La ausencia de motivación o motivación insuficiente del rechazo a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. b. El rechazo expreso y motivado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. c. El rechazo expreso y motivado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto a una ley que vulnere un derecho fundamental.

- a. La ausencia de motivación o motivación insuficiente del rechazo a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada en derecho, en la que el órgano judicial se pronuncie sobre las cuestiones debatidas en el proceso¹²¹, puede considerarse vulnerado, pese a que el Tribunal Constitucional como ya se ha dicho no lo ha entendido así, si el órgano judicial omite ofrecer una respuesta a la petición de una de las partes de que plantee la cuestión de inconstitucionalidad o su respuesta se encuentra insuficiente motivada, sin perjuicio de que, como pone de manifiesto Figueruelo Burriez, el principal problema “que plantea el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales es el relativo a cuándo puede considerarse vulnerado dicho derecho porque una sentencia no esté suficientemente motivada”, porque “fuera de los casos de carencia absoluta de motivación la cuestión se centra en la medida de la

¹²¹ Como declara el Tribunal Constitucional en la STC STC 212/99/2 “el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada y fundada en Derecho a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, de forma que cuando la Sentencia o la resolución que ponga fin al procedimiento guarde silencio o no se pronuncie sobre alguna de las pretensiones de las partes, dejando imprejuizada o sin respuesta la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial, se produce una incongruencia omisiva o ex silentio denegadora de la justicia solicitada que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el art. 24.1 C.E”, sin perjuicio de que “no toda ausencia de pronunciamiento expreso a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, debiendo distinguirse, a estos efectos, entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones, y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues mientras respecto de las primeras no se hace necesaria, para la satisfacción del referido derecho fundamental, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar una respuesta global o genérica al problema planteado, respecto de las pretensiones la exigencia de una respuesta expresa se muestra obligada, aunque se admite excepcionalmente la desestimación tácita de la pretensión, siempre que del conjunto de los razonamientos incluidos en la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso, pueda inferirse razonablemente que el órgano judicial tuvo en cuenta la pretensión y, examinándola, tomó la decisión de desestimarla, omitiendo sólo el pronunciamiento expreso, pero no la decisión desestimatoria (SSTC 91/1995, 56/1996, 58/1996, 85/1996, 26/1997, 30/1998, 1/1999, entre otras)”

motivación”¹²². Es posible entender, sin embargo, que junto a los supuestos en que sea patente la carencia de contenido jurídico en la motivación del rechazo al planteamiento de la cuestión solicitado por una de las partes, no existirá resolución fundada en Derecho si las razones ofrecidas para no plantear la cuestión carecen de fundamento o resultan a primera vista absolutamente arbitrarias o irrazonables, atendido que en palabras del Tribunal Constitucional “a efectos del art. 24.1 C.E., la cuestión no es, pues, la de la mayor o menor corrección en la interpretación de la legalidad sino para respetar el propio ámbito del recurso de amparo constitucional, el terreno de la arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad y el de la motivación suficiente” o el error patente (SSTC 211/94/3, 68/98/2).

Por tanto, la parte que solicitó ante el órgano judicial que plantease la cuestión de inconstitucionalidad podrá interponer recurso de amparo bien contra la omisión por parte de aquél de un pronunciamiento expreso sobre dicha petición, bien contra la resolución insuficientemente fundada¹²³, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si la actuación del órgano judicial le hubiese generado indefensión (SSTC 132/99/4, 193/99/4)¹²⁴, siempre y

¹²² FIGUERUELO BURRIEZ, A., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 123-124

¹²³ J.M^a CASTELLÀ ANDREU y E. EXPÓSITO GÓMEZ consideran que cabe interponer recurso de amparo cuando la resolución judicial en que se acuerda no plantear la cuestión de inconstitucionalidad carece de motivación por vulneración en este caso del art. 24.1 CE, “La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993”, *Teoría y realidad constitucional*, num.4, 1999, p. 299. Por su parte, P. PÉREZ TREMPs considera que el recurso de amparo puede interponerse cuando exista una violación de los derechos protegidos por esa vía, especialmente el art. 24 de la Constitución, así cuando el órgano judicial no plantea la cuestión sin motivar su decisión de no admitir la petición de una de las partes del proceso, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op.cit.*, p. 135 y “Discusión de la Ponencia sobre el recurso de amparo constitucional”, *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 158, 165

¹²⁴ En la STC 132/99/4 el Tribunal Constitucional recuerda que la estimación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión requiere, en todo caso, la constatación de que la incongruencia omisiva causó indefensión material en el sentido de un efectivo perjuicio de los derechos de defensa del

cuando las vías judiciales ordinarias no hubieren permitido reparar esa vulneración.

b. El rechazo expreso y motivado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad

Respecto al supuesto en que el órgano judicial motive su decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, se abre el interrogante de si es posible interponer un recurso de amparo alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse aplicado una ley que la parte recurrente considera inconstitucional¹²⁵. Antes de adoptar una posición definitiva sobre

afectado (SSTC 369/1993, fundamento jurídico 4.; 56/1996, fundamento jurídico 4.; 172/1997, fundamento jurídico 6.)

¹²⁵ Un supuesto que debe ser destacado es el que se presenta cuando interpuesto recurso de amparo frente a la negativa del órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por la parte recurrente, en el *interim* de la tramitación del amparo el Tribunal Constitucional declara en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad que esa ley es inconstitucional. En este supuesto el Tribunal Constitucional ha considerado que los efectos que la declaración de inconstitucionalidad debe comportar en el proceso en que no se planteó la cuestión de inconstitucionalidad dependerán de los preceptos constitucionales que han llevado a declarar inconstitucional la norma recurrida o cuestionada. Concretamente, en el recurso de amparo decidido por la STC 159/97 el recurrente en amparo había solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el juez que conocía del proceso, petición que fue rechazada de manera expresa. El recurso de amparo se interpuso alegando la vulneración del principio de igualdad, vulneración que provenía de la norma que el recurrente consideraba inconstitucional y que había sido aplicada en el proceso, y la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad. Antes de la decisión del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en el curso de una cuestión de inconstitucionalidad en la que declaró la inconstitucionalidad de la norma respecto a la que el recurrente en amparo había solicitado el planteamiento de la cuestión en el proceso ordinario. El Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 5 de la STC 159/97 declara que “si el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad y, por haberse estimado que vulneraba un determinado precepto de la Constitución, se ha declarado la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de un concreto precepto legal, caso de estar excluido el primero del ámbito del proceso de amparo no cabe extender, sin más, los efectos de la Sentencia declarando la nulidad del segundo a este proceso”. Así, en ese supuesto concreto, dado que la STC 173/1996 declaró inconstitucional el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 con fundamento en la violación del principio de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE, y dado que “ese principio, por imperativo de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, queda extramuros del proceso de amparo”, el Tribunal estimó que no podía tener presente esa declaración de inconstitucionalidad en la decisión del recurso de amparo. De esta forma, sólo si la ley se declara inconstitucional por vulnerar alguno de los derechos fundamentales protegibles en amparo cabría esa posibilidad (En este sentido las SSTC 139/85, 224/94, 225/94, 226/94, 284/94, 152/95, 145/96). Asimismo el Tribunal Constitucional declaró que no era posible revisar la decisión judicial en que la norma se había aplicado porque las sentencias dictadas en la jurisdicción ordinaria son firmes y producen

dicho interrogante se ha decidido examinar cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de interponer recurso de amparo en estos supuestos.

Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que “el hecho de que un Tribunal no haya considerado preciso formular cuestión de inconstitucionalidad no da base(...) a un recurso de amparo” (SSTC 148/86/3, 23/88/1, 67/88/7, 206/90/2, 171/95/único) porque “el recurso de amparo se da para preservar concretos derechos fundamentales efectivamente vulnerados y no tiene por objeto conseguir finalidades preventivas” (ATC 379/86/3), y el mero hecho de no

efectos de cosa juzgada cuando se agotan los recursos ordinarios, alegando que el recurso de amparo no es una nueva instancia judicial, sino un proceso autónomo. Frente a la decisión adoptada por la mayoría en la STC 159/97 se formularon tres votos particulares uno por el Magistrado García-Mon y González-Regueral, otro por el Magistrado Jiménez de Parga y Cabrera al que se adhiere el Magistrado de Mendizábal Allende, y otro por el Magistrado Gimeno Sendra. El primero de los votos muestra su disconformidad con la decisión de la mayoría, entre otras razones, porque atendido que el recurrente en amparo había defendido ante el órgano judicial la inconstitucionalidad del precepto, posteriormente declarado inconstitucional, y considerando que la interposición del recurso de amparo impide considerar que la sentencia dictada en el proceso ordinario produzca efectos de cosa juzgada, la sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la norma debería haber motivado la concesión del amparo, porque el juez no podría haber aplicado una norma inconstitucional. En el segundo de los votos se alega que si el juez hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad, tal y como lo solicitó la parte recurrente en amparo, el proceso se hubiese suspendido, y habiendo declarado el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, ese no se podría haber aplicado. Por ello propone una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad, en la que se obligue a los órganos judiciales a justificar su negativa a plantear la cuestión, y que permita modular los efectos previstos en el art. 40.1 LOTC, “a los fines de que, interesada -sin éxito- la promoción de una cuestión, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma pudiera desplegar su eficacia en el proceso concluido por Sentencia”, siempre que la parte hubiese interpuesto recurso de amparo. El tercero de los votos sostiene que la sentencia del tribunal ordinario vulnera el derecho a la tutela en su manifestación de derecho a la obtención de una Sentencia fundada en Derecho, porque aunque cuando se dictó la sentencia la norma era válida y el juez no estaba obligado a plantear la cuestión, el hecho de que la parte recurrente alegase en todos los recursos administrativos y jurisdiccionales la inconstitucionalidad de la norma, obliga a que en la resolución del recurso de amparo deba tenerse presente que la sentencia que se recurre en amparo se funda exclusivamente en un precepto que, por haber sido objeto de una declaración jurisdiccional de inconstitucionalidad, ya no existe en el ordenamiento; asimismo en el voto particular se discrepa de la consideración de la mayoría de que el recurso de amparo no suspende los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en la jurisdicción ordinaria, y que ello impide revisar la aplicación de una norma posteriormente declarada inconstitucional. M.A. AHUMADA RUIZ comenta dicha sentencia y las repercusiones que la misma tiene en aquellos sujetos que no consintieron el resultado de la aplicación de la ley que les perjudicaba y consideraban inconstitucional, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 62, 2001, pp. 324-330

plantear la cuestión “y aplicar la Ley que, pese a la opinión en contra del justiciable, no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste” (AATC 10/83/2, 301/85/único, SSTC 33/88/1, 119/91/2, 130/94/2, 119/98/6, 137/98/3, en la misma línea AATC 949/86/2, 116/93/7, 158/93/único), ni en concreto lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 148/86/3, 130/89/2). El Tribunal Constitucional recuerda que “la cuestión de inconstitucionalidad es un medio para asegurar la primacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial”, por lo que “la decisión de éste respecto al planteamiento de la cuestión no afecta, pues, al derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo” si consideran que la aplicación de la ley vulnera alguno de esos derechos fundamentales (SSTC 133/87/1, 159/97/5B). Por tanto, pese a la instancia de parte “no cabe apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la no utilización de un mecanismo, la cuestión de inconstitucionalidad, que queda reservado a la disponibilidad del Juez o Tribunal” (ATC 74/96/4, en el mismo sentido SSTC 67/88/7, 130/89/2, 119/91/2, 159/97/5, 119/98/6, 228/98/2, AATC 10/83/2, 275/83/2, 791/84/3, 767/86/1), no siendo posible plantear ante el Tribunal Constitucional “mediante la alegación del art. 24 de la Constitución, el control sobre la decisión que los Jueces adopten al respecto, o el no uso por éstos de la facultad que les atribuye el art. 163 de la Constitución” (STC 67/88/7), o en otras palabras no puede “constituir base para el planteamiento de un recurso de amparo el hecho de que éste no haya considerado conveniente formular una determinada cuestión de inconstitucionalidad pretendida por el recurrente” (STC 62/92/3).

Esta doctrina constante del Tribunal Constitucional que niega la posibilidad de que el derecho a la tutela judicial efectiva pueda entenderse vulnerado por haberse aplicado una ley que una de las partes del proceso

considera contraria a la Constitución, sólo se ha visto alterada por el ATC 272/91 en que el Tribunal Constitucional declaró que no es una decisión fundada en derecho la que aplica una norma inválida respecto a la que la parte solicitó que se plantease la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que en este caso podría entenderse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁶. Empero, dado el carácter aislado de dicha resolución y atendido el contexto en que la misma se dictó, el recurso de amparo se había planteado porque el órgano judicial al plantear la cuestión de inconstitucionalidad había acordado la suspensión del proceso principal, entendiendo una de las partes que esa suspensión vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, no parece que el Tribunal Constitucional pretendiese modificar su anterior doctrina, como así lo demuestra el hecho de que con posterioridad no haya seguido la línea que pareció abrirse con el ATC 272/91¹²⁷.

Frente a la posición del Tribunal Constitucional, parte de la doctrina defiende la posibilidad, con fundamento en diferentes razones, de interponer recurso de amparo frente a la decisión del juez de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad y aplicar la norma que la parte considera inconstitucional.

¹²⁶ Concretamente en los fundamentos jurídicos 2 y 3 declaró que “la aplicación de una norma material o formalmente inconstitucional no es en sí misma causa directa y necesaria de una lesión en los derechos fundamentales sustantivos del sujeto a quien la ley se aplica cuando la razón de la inconstitucionalidad no es, precisamente, la de que la norma aplicada viola alguno de los derechos constitucionalmente garantizados. Como quiera que entre estos derechos se encuentra, sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, al acceso a la justicia y a recibir de ésta una respuesta fundada en Derecho, no cabe duda de que una decisión judicial fundada en la aplicación de una norma legal respecto de la que el interesado instó en su momento, y razonadamente, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, puede ser atacada en esta vía de amparo, pues como es obvio no es decisión fundada en Derecho la que se apoya en una norma inválida”, por lo que “las partes del proceso pueden(...) acudir ante este Tribunal en demanda de amparo frente a la negativa del Juez a plantearla cuando consideren que la aplicación de la Ley lesiona un derecho que la Constitución les confiere”

¹²⁷ No obstante, E. CORZO SOSA considera que del ATC 272/91 junto con la STC 23/88, en la que el Tribunal Constitucional declara que la no aplicación de una ley que se considera inconstitucional vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, se infiere que existe un derecho subjetivo a que se apliquen leyes constitucionales, por lo que “la aplicación en si misma de una ley instada razonablemente como inconstitucional forma parte del contenido del derecho fundamental amparable a la tutela judicial efectiva”, *La cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, pp. 209-307

Así, Rubio Llorente propone que se acoja el modelo alemán permitiendo interponer recurso de amparo con independencia de que el mismo no se fundamente en la contradicción entre la ley y uno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo¹²⁸. Por su parte, Blasco Soto sostiene que la resolución del proceso aplicando una ley que una de las partes considera inconstitucional produce indefensión, lo que es contrario al art. 24 CE y causa suficiente para interponer recurso de amparo, porque se estaría ante un supuesto autónomo de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁹. Montilla Martos, en relación con las leyes singulares, considera que sólo si el interesado puede plantear un recurso de amparo constitucional por la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva producida por la no interposición de la cuestión de inconstitucionalidad quedará garantizado ese derecho a la tutela judicial de los ciudadanos que consideren lesionados sus intereses por una ley singular¹³⁰. Mieres Mieres defiende que cuando la parte considere que la ley aplicada vulnera alguno de los derechos reconocidos en la sección segunda del

¹²⁸ F. RUBIO LLORENTE opina que debería revisarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que permite inadmitir los recursos de amparo que tienen como fundamento la negativa del juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, permitiendo la interposición del mismo en base a la alegación, como en el sistema alemán, de cualquier posible inconstitucionalidad de la norma. En este sentido hay que tener presente que en el ordenamiento alemán existe la figura del recurso de amparo contra leyes, y que si bien en primer lugar el ciudadano que se considere lesionado en sus derechos deberá recurrir el acto de aplicación de la ley ante los tribunales ordinarios, alegando la inconstitucionalidad de la ley para que sea el órgano judicial el que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, sólo si el juez no plantea queda abierta la vía del recurso de amparo, habiendo realizado el Tribunal Constitucional alemán una interpretación amplia del art. 2.1 de la Constitución que permite interponer el recurso de amparo frente a la vulneración de cualquier precepto constitucional, “Discusión de la ponencia de J. Jiménez Campo”, *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 41-42; “El recurso de amparo”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 55. M. HUERTAS CONTRERAS considera que debería acogerse la posición de Rubio Llorente y permitir fundamentar un recurso de amparo ante la negativa del órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, porque esta decisión podría considerarse vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, *El Poder Judicial en la Constitución Española*, Universidad de Granada, Granada, 1995, pp. 175-176

¹²⁹ BLASCO SOTO, M.C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, *op.cit.*, p. 123

¹³⁰ MONTILLA MARTOS, J.A., “Defensa judicial *versus* ley singular de intervención (comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 40, 1994, pp. 312-313

Capítulo II, art. 30 a 38, es posible acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando durante el proceso hubiese instado al órgano judicial para que plantease la cuestión de inconstitucionalidad¹³¹. Corzo Sosa mantiene que la aplicación de una ley instada razonablemente por una de las partes como inconstitucional puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y si bien es al juez en principio al que le corresponde controlar el razonamiento de la instancia, cuando esa instancia no sea manifiestamente infundada deberá plantear la cuestión, por lo que propone de *lege ferenda* que el auto de no planteamiento de la cuestión previsto en el art. 35.2 LOTC sea susceptible de ser recurrido en amparo por la parte que de manera razonada solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad¹³². Finalmente, cabe destacar que Ahumada Ruiz se pregunta porqué respecto a los derechos fundamentales no protegidos por amparo no son revisables ante el Tribunal Constitucional las decisiones de los órganos judiciales que vulneran tales derechos, bien porque no los protegen frente a la ley que los ha lesionado, bien porque aplican la ley que los vulnera, siendo la única garantía de dichos derechos que los jueces decidan plantear la cuestión de inconstitucionalidad¹³³.

Sin embargo, de acuerdo con la posición que aquí se sostiene no se considera posible afirmar, como ya se avanzó en el anterior apartado, que exista un derecho subjetivo de las partes a la aplicación de una ley conforme con la Constitución que se integre en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, que comporte la obligación de plantear la cuestión respecto a

¹³¹ MIERES MIERES, J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, op.cit., p. 173

¹³² CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, op.cit., pp. 307, 332, 333

¹³³ AHUMADA RUIZ, M.A., “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, op.cit., p. 325, nota 50

aquellas normas que las partes entienden contrarias a la Constitución, y que sea susceptible de justificar la interposición de un recurso de amparo¹³⁴.

En primer lugar, decir que existe un derecho subjetivo tal supone reconocer que las partes del proceso pueden decidir qué leyes, de las que son aplicables en el proceso, son o no conformes con la Constitución. Además del reconocimiento de ese derecho resultaría que no es el órgano judicial al que le corresponde realizar la interpretación de las normas que aplica, sino que su interpretación puede verse condicionada por la que realicen las partes, puesto que si el juez no plantea la cuestión de inconstitucionalidad, ello ya permitiría entender, en principio, que el juez ha aplicado una norma no conforme con la Constitución. Las partes tienen derecho a que no se les aplique una ley que el órgano judicial considera inconstitucional, así como tienen derecho a que el juez no deje de aplicar la norma que estima contraria a la Constitución sin plantear la cuestión, al surgir en estos casos de forma inmediata la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero lo que no cabe defender es el derecho subjetivo a la aplicación de una ley conforme a la Constitución, porque ello permitiría a las partes del proceso acudir ante el Tribunal Constitucional en cualquier caso en que sostengan la inconstitucionalidad de una ley aplicable para que sea ese el que confirme o rechace su opinión, saltándose así el criterio del órgano judicial sin tener presente que es a él al que le corresponde dudar de la constitucionalidad de las leyes aplicables en los procesos de su competencia, y decidir si plantea la cuestión de inconstitucionalidad.

Por tanto, si bien es cierto que cuando alguna de las partes insta al juez para que plantee la cuestión de inconstitucionalidad no está actuando ni en

¹³⁴ En el mismo sentido CASTELLÀ ANDREU, J.M.- EXPÓSITO GÓMEZ, E., “La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos de 23 de junio de 1993”, op.cit., p. 299

defensa de la coherencia constitucional del ordenamiento, ni de la supremacía de la Constitución, sino que tendrá un interés subjetivo en que una determinada ley pueda, en su caso, ser declarada inconstitucional porque eso beneficiará a sus derechos e intereses en el proceso concreto en el que es parte, ello no implica que pueda imponer su criterio ante el juez, ni que pueda acudir ante el Tribunal Constitucional con la única alegación de que el juez no ha acordado plantear la cuestión a pesar de su petición, cuando éste ha razonado de manera fundada porque no considera la ley contraria a la Constitución¹³⁵.

Si se permitiese al Tribunal Constitucional valorar a través de la alegación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva la forma en que los órganos judiciales deciden aplicar las normas legales, el proceso de amparo se convertiría en una supercasación, quebrantando los principios de independencia y exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (ATC 372/84/4, STC 151/99/1)¹³⁶. En este sentido, hay que tener presente que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un hipotético derecho al acierto judicial¹³⁷,

¹³⁵ Problema distinto es el de si cabe iniciar una acción de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la aplicación de la ley declarada inconstitucional, supuesto este examinado por M.A AHUMADA RUIZ a raíz de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de febrero, 13 de junio, 15 de julio y 30 de septiembre de 2000 en que se declara el derecho a indemnización por responsabilidad del Estado legislador derivada de la aplicación de una ley inconstitucional. Asimismo, se pregunta si en ciertos supuestos el hecho de que el órgano judicial no plantease la cuestión de inconstitucional respecto a una ley posteriormente declarada inconstitucional, causando así un perjuicio en los derechos e intereses de alguna de las partes, motivaría la existencia de un error judicial y, en consecuencia, la responsabilidad del Estado juez, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, op.cit., pp. 332-350

¹³⁶ Un comentario crítico sobre la posibilidad de controlar a través del amparo la interpretación y aplicación de las normas por los órganos judiciales es el realizado por J.M. BILBAO UBILLOS, “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, *Escritos jurídicos en memoria de L. Mateo Rodríguez*, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, T. I, 1993, p. 140

¹³⁷ Así, el Tribunal Constitucional ha declarado que no quedan comprendidos en el derecho a la tutela judicial efectiva judicial “la reparación o rectificación de errores, equivocaciones, incorrecciones jurídicas o, en definitiva, injusticias producidas por la interpretación o aplicación judicial de las normas. En caso contrario, el recurso de amparo quedaría transformado en una nueva instancia revisora con merma de las competencias que constitucionalmente corresponden a la jurisdicción ordinaria” (SSTC 163/93/5, 245/93/2, 201/94/3, 210/95/5, 79/96/3, 19/99/2)

entendiendo que se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva si se exteriorizan los razonamientos jurídicos que fundamentan la decisión judicial (SSTC 158/96/3, 19/99/2). De esta forma, los jueces tienen la obligación de controlar de oficio la regularidad constitucional de las leyes que aplican y frente a ello las partes no pueden pretender imponer su criterio, ni pretender que el Tribunal Constitucional sustituya el juicio de aquellos, si el órgano judicial razona porque considera, a pesar de la instancia de parte, que la norma no es contraria a la Constitución.

La resolución del proceso aplicando leyes que no sean contrarias a la Constitución es un principio inherente al propio sistema y lógico con la supremacía de la norma constitucional, pero no corresponde a las partes del proceso decidir qué leyes aplicables en el mismo podrían ser inconstitucionales, sino que es el órgano judicial el que decidirá qué leyes pueden ser contrarias a la Constitución, al ser la duda de constitucionalidad una duda que debe ser asumida por el juez, y por tanto, al que le corresponde acordar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹³⁸. Si la ley goza de presunción de constitucionalidad, si el juez debe intentar una interpretación conforme de las leyes que aplica, y si las partes del proceso no pueden imponer al juez su duda de constitucionalidad, todo ello no puede sino llevar a concluir que pretender que las partes del proceso puedan intentar que el Tribunal Constitucional controle a través del recurso de amparo si el juez ha aplicado una ley que en su opinión vulnera la Constitución, supone desvirtuar tanto la finalidad del recurso de amparo como desconocer el papel que juegan los jueces

¹³⁸ En un sentido similar en relación con la cuestión prejudicial comunitaria se ha considerado que las partes pueden instar al juez a plantear dicha cuestión, pero que dicha instancia no le vincula, ni las partes pueden obligarle a que plantee la cuestión, porque el juez es el único competente para pronunciarse sobre la necesidad de acudir a dicha vía, JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, *op.cit.*, p. 337

en la interpretación y adecuación de las leyes al texto constitucional¹³⁹, ya que sólo si el recurso de amparo pudiese ser presentado ante la vulneración de cualquier precepto constitucional cobraría sentido la posibilidad de interponerlo cuando el juez no hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad y ello afectase a los derechos e intereses en el proceso de la parte que solicitó el planteamiento de la cuestión.

Con esto no pretende decirse que las partes hayan de quedar indefensas ante la actuación de los jueces que, desconociendo el ordenamiento constitucional, apliquen leyes claramente contrarias a la Constitución. Es evidente que los procesos deben resolverse conforme a derecho, y resolver conforme a derecho implica resolver respetando la supremacía de la norma constitucional, y en este sentido cabría hablar de la necesidad de que los jueces sólo apliquen las leyes que sean conformes con la Constitución. Pero frente a la presunta aplicación de leyes inconstitucionales existen otros mecanismos que garantizan que las partes no deban soportar la actuación arbitraria de los órganos judiciales. En primer lugar, los jueces están obligados en virtud del art. 11.3 LOPJ a motivar sus decisiones, puesto que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional “existe el deber constitucional de motivar las resoluciones que dictan, esto es, indicar cuál o cuáles son las normas jurídicas aplicables al supuesto debatido y la interpretación de las mismas que conduce, lógicamente, al sentido del fallo pronunciado” (STC 180/93/5). Así, el juez ante la instancia de parte debe motivar, como ya se ha dicho, porque aplica la norma que la parte considera inconstitucional, lo que al menos, en principio, actúa como garantía frente a la arbitrariedad y al desconocimiento del ordenamiento constitucional, y

¹³⁹ E. ALONSO GARCIA considera que no hay vulneración del art. 24.1 CE si el juez no plantea la cuestión, puesto que tiene potestad para interpretar la ley vigente, “El control por el Tribunal Constitucional del sistema español de fuentes del derecho a través del art. 24 de la Constitución (Comentario sobre diversas líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional sugerido por la lectura de la sentencia 23/1988, de 22.02 [Sala primera, BOE de 18.03.87], *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 24, 1988, p. 200

como ya se ha dicho si falta la motivación de la decisión, se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y cabe acudir, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero además las decisiones judiciales son en la mayoría de supuestos susceptibles de recurso, lo que permite, como también se ha puesto de manifiesto, que otro órgano judicial en una instancia superior constata, bien de oficio bien a instancia de alguna de las partes, si efectivamente la ley aplicada es o no contraria a la Constitución, planteando, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad, y posibilitando así que los derechos de las partes se vean salvaguardados.

Evidentemente, estas garantías quizás no siempre permitan que efectivamente la ley aplicada en el proceso sea una ley conforme con la Constitución, pero este es un riesgo inherente a cualquier sistema, máxime cuando ni el Tribunal Constitucional es infalible, y es un riesgo que ni tan siquiera podría ser obviado permitiendo a las partes recurrir, en todo caso, en amparo. Por ello, en aras de la defensa de la libertad interpretativa de la que deben gozar los órganos judiciales como garantía del ejercicio de su función, hay que rechazar la opción del recurso de amparo frente a la aplicación de la ley que una de las partes del proceso considera inconstitucional, salvo que la ley conlleve en si misma, como a continuación se dirá, la vulneración de uno de los derechos fundamentales previsto en el art. 53.2 CE¹⁴⁰.

¹⁴⁰ En el mismo sentido J. JIMÉNEZ CAMPO considera que si bien debería realizarse una reconstrucción legislativa del amparo constitucional frente a la ley inconstitucional pudiendo fijar como supuestos amparables “las hipótesis en que la demanda se formule frente a la aplicación judicial de una norma de ley tachada de inconstitucional”, tal y como se configura actualmente el recurso de amparo permite la defensa singular frente a la ley sólo en el ámbito de los derechos fundamentales previstos en el art. 53.2 CE, “dentro de este círculo, la cuestión de inconstitucionalidad no promovida podrá siempre dar lugar a la interposición de un recurso de amparo. Fuera de él, tan sólo habrá amparo si la petición de promoverla recibió el silencio, o una respuesta inmotivada, como contestación”, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, *op.cit.*, pp. 54, 118-120

- c. El rechazo expreso y motivado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto a una ley que vulnere un derecho fundamental

Por último, el recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión de inconstitucionalidad puede ser interpuesto cuando la parte recurrente que en su momento solicitó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el órgano judicial que conocía del proceso, considere que la ley aplicada es inconstitucional por vulnerar uno de los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados a través del recurso de amparo¹⁴¹.

El recurso de amparo encontraría su fundamento en este caso, no en el rechazo a plantear la cuestión, sino en el hecho de que el acto de aplicación de esa ley contraria a la Constitución sería a su vez lesivo de ese derecho fundamental concreto de la parte recurrente¹⁴², lo que posibilitaría, en consecuencia, que el ciudadano titular del derecho y que hubiese solicitado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cumplidos los requisitos previstos en la LOTC, acudiese ante el Tribunal Constitucional, y que éste, en su caso, si estima el amparo y considera que la vulneración tiene su origen en la aplicación de una ley inconstitucional, plantee, de acuerdo con lo dispuesto en el

¹⁴¹ M.C. BLASCO SOTO se muestra favorable a que si la ley aplicada vulnera un derecho fundamental y el juez no ha planteado la cuestión, se pueda plantear un recurso de amparo, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad, op.cit.*, pp. 126, 129

¹⁴² Como pone de manifiesto P. CRUZ VILLALÓN en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental tiene lugar de forma indirecta por un poder público que aplica la ley, atendida la imposibilidad de denunciar directamente la vulneración del derecho fundamental ocasionada por la ley, “Sobre el amparo”, *op.cit.*, p. 503. Asimismo A. DE LA OLIVA SANTOS defiende que la revisión de la aplicación de la legalidad es legítima si es inseparable del examen de una resolución judicial que se considera que es origen inmediato y directo de la violación de un derecho fundamental, “La tensión entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria”, *Jurisdicción ordinaria y Tribunal Constitucional*, Escuela Gallega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996, p. 47

art. 55.2 LOTC, una autocuestión de inconstitucionalidad en la que se solicite al Pleno que se pronuncie sobre la posible inconstitucionalidad de dicha norma¹⁴³.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando afirma que “sólo en el caso que la constitucionalidad de la norma supusiere por sí misma la lesión de un derecho fundamental susceptible de amparo, la aplicación de esa norma legal que lesione tal derecho fundamental podría ser revisable por este Tribunal, como violación de ese concreto derecho pero sin que en sí mismo suponga una violación autónoma propia del derecho reconocido en el art. 24 de la Constitución” (STC 67/88/7). De esta forma, sólo si la norma aplicada es vulneradora de un derecho fundamental el recurso de amparo podrá prosperar (STC 18/94/3). Se reconoce, en consecuencia, que cabe “una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 al 30 de la Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la Ley” (SSTC 41/81/1, 148/86/4).

Por tanto, la interposición de un recurso de amparo frente a la aplicación de una ley que una de las partes del proceso considera inconstitucional, cuando el juez ha razonado los motivos que le llevan a no plantear la cuestión, sólo cobra

¹⁴³ En relación con la posibilidad de alegar en el recurso de amparo la inconstitucionalidad de la ley en que tiene su origen la decisión judicial, resulta de interés la siguiente bibliografía BORRAJO INIESTA, I., “Amparo frente a leyes” op.cit., pp. 176-220; PIBERNAT DOMENECH, X. “El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. El art. 55.2 de la LOTC y sus interpretaciones por el Tribunal Constitucional”, op.cit., pp. 153-168; FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 21, 1987, pp. 229-250; CRUZ VILLALÓN, P., “El recurso de amparo constitucional: I. El juez y el legislador”, *Los procesos constitucionales*, CEC, Madrid, 1992, pp. 117-122; GUASCH, J., “La mise en cause de la constitutionnalité des lois à travers le recours d’amparo en Espagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, num. VIII, 1992, pp. 25-109; URIAS MARTÍNEZ, J.P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, op.cit., pp. 16-18; MIERES MIERES, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, op.cit., pp. 141-144

sentido cuando la ley vulnera uno de los derechos fundamentales que pueden ser objeto de tutela, de acuerdo con los art. 53.2 y 161.1.b) CE, a través del recurso de amparo constitucional. Por ello, cabe decir que es el objeto limitado del recurso de amparo, sólo puede interponerse frente a la vulneración de los derechos fundamentales, el que condiciona la posibilidad de acudir ante el Tribunal Constitucional cuando el juez rechace la solicitud de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y aplique la norma para decidir el proceso. De esta forma, si no cualquier vulneración de la Constitución puede dar lugar a la interposición de un recurso de amparo, la aplicación fundamentada de una ley en el proceso, a pesar de que la parte la considere inconstitucional, no puede legitimar a las partes para recurrir la decisión judicial, en base a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que actuaría así como cajón de sastre, porque ello no implicaría poner en duda la constitucionalidad de la ley, sino que el amparo se dirigiría contra la decisión judicial de no plantear la cuestión, ya que en estos casos aunque el Tribunal Constitucional estimase el recurso de amparo no podría autoplantearse una cuestión de inconstitucionalidad al no cumplirse los requisitos del art. 55.2 LOTC por no vulnerar la ley aplicada derechos fundamentales o libertades públicas.

2.6. La solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en posteriores instancias del proceso

El art. 35.2 LOTC *in fine* establece que “No obstante la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.

En primer lugar, hay que decir que la posibilidad de volver a solicitar en una posterior instancia el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad parece conectarse, siguiendo una lectura literal del art. 35.2 LOTC, a los

supuestos en que previamente al rechazo del planteamiento de la cuestión, el órgano judicial haya abierto el trámite de audiencia por haberle suscitado la instancia de parte una duda inicial sobre la constitucionalidad de la norma. Así, el art. 35.2 LOTC establece que el auto mediante el que el juez adopte su decisión definitiva sobre el planteamiento de la cuestión “no será susceptible de recurso de ninguna clase”, y a continuación dice “no obstante, la cuestión podrá ser intentada...” De esta forma, parecería que la expresión “no obstante” actúa como remedio frente a la imposibilidad de recurrir el auto definitivo mediante el que el órgano judicial acuerda no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, después de haber abierto el trámite de audiencia previa¹⁴⁴. Esta lectura sería la única posible si se entendiese que siempre que una de las partes solicita al juez que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, ese debe abrir el trámite de audiencia previa. Sin embargo, ello no es así, la petición de plantear la cuestión obliga al juez a ofrecer una respuesta fundada de las razones que motivan su rechazo a la misma, pero no ha de conllevar la apertura de la audiencia previa, si el juez no duda de la constitucionalidad de la norma. En consecuencia, debe entenderse que la posibilidad de volver a solicitar el planteamiento de la cuestión es factible siempre que el juez rechace plantear la cuestión, incluso si omitiese dar una respuesta a esa solicitud.

¹⁴⁴ El art. 38.2 del proyecto de ley no hacía referencia a la posibilidad de plantear la cuestión en posteriores instancias, fue en el Senado donde el Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático presentó una enmienda en la que se proponía incluir el inciso final que consta en el art. 35.2 LOTC alegando que dicha inclusión trataba de permitir que “los Tribunales de cualquier instancia puedan proponer el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, como prejudiciales. Lo contrario equivaldría a dar la exclusiva del planteamiento a los Jueces de Primera Instancia”. Frente a dicha enmienda aprobada por el Senado, se manifestó en el Congreso el Grupo parlamentario Minoría Catalana que consideraba que la referencia expresa al planteamiento en otras instancias invitaba a replantear cuestiones con el consiguiente alargamiento excesivo de los procesos, no siendo necesaria esa referencia porque del apartado 1 del art. 35 ya resultaba la posibilidad de que en apelación pudiesen plantearse cuestiones de inconstitucionalidad, *Tribunal Constitucional, Trabajos Parlamentarios, op.cit.*, pp. 342, 343, 574

Por tanto, frente a la negativa del juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la parte que solicitó el planteamiento en la primera instancia puede volver a solicitarlo en posteriores instancias, porque siempre y cuando la aplicación de las normas cuya constitucionalidad se puso en duda sea susceptible de revisión en una instancia posterior, como se dijo en el anterior apartado, el órgano judicial que conozca del recurso podrá pronunciarse sobre la posible inconstitucionalidad de esa norma. No obstante, esa posibilidad de presentar una nueva solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no será factible en los supuestos en que no proceda un recurso contra la resolución judicial que pone fin a la instancia, o cuando la solicitud de planteamiento de la cuestión se hubiese presentado por primera vez en la última instancia.

Cabe, también, preguntarse si es posible que las partes soliciten que se plantee cuestión de inconstitucionalidad en segunda o posteriores instancias cuando no lo hubiesen solicitado en la primera instancia, puesto que el art. 35.2 LOTC dice que “...podrá ser intentada *de nuevo* en las sucesivas instancias o grados...”, lo que implicaría que se debe haber presentado la solicitud en la primera instancia. Frente a dicho interrogante, la doctrina mantiene posiciones contradictorias. Un sector se muestra favorable a la posibilidad de que las partes puedan instar el planteamiento sin necesidad de haberlo hecho en primera instancia¹⁴⁵. Mientras que otro sector considera que sólo cabría esa nueva

¹⁴⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ considera que “una ley es inconstitucional al margen de que lo planteen las partes. Y, en tanto en cuanto sea inconstitucional, no puede servir de fundamento a la pretensión ni a la oposición de la pretensión, ni, por tanto, a la sentencia. El Tribunal, pues, puede – y debe- de oficio plantear la inconstitucionalidad siempre que considera que la norma aplicable infringe algún precepto constitucional. Si en primera instancia se invocó y aplicó una ley sin que las partes invocaran su posible inconstitucionalidad, no hay razón alguna para que ya en apelación no pueda alegarse por las partes, a fin que el Tribunal que conoce de la apelación plantee la cuestión”, “La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad” op.cit., p. 1232 y “La cuestión de inconstitucionalidad”, *Comentarios a las Leyes Políticas*, dirigidos por O. Alzaga, EDERSA, Madrid, 1988, p. 270. Por su parte, E. MARÍN PAGEO ofrece tres argumentos que justifican la posibilidad de solicitar que se plantee la cuestión en segunda instancia sin que se hubiese solicitado en la primera. En primer lugar, la interposición del recurso de apelación produce en el juez *ad quem* la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad respecto de cualquier norma que incida en el fallo si considera que puede ser inconstitucional; segundo, las partes son “colaboradores del órgano judicial en la tarea de cumplir la Constitución”, por lo que

petición en segunda instancia cuando haya cuestiones nuevas que incidan sobre el derecho aplicable, o porque en primera instancia el juez, en virtud del principio *iura novit curia*, haya aplicado una norma no alegada por las partes¹⁴⁶. Lo cierto es que para poder pronunciarse sobre la posibilidad de que las partes soliciten en segunda instancia al órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad sin que hubiesen realizado esa manifestación en primera instancia, hay que tener presente que la instancia de parte no implica alegar hechos que deberían haber sido puestos en conocimiento del juez que resolvió en primera instancia, sino que se está ante una duda de constitucionalidad que puede ser apreciada por cualquier órgano judicial de oficio, sin necesidad de una previa alegación de las partes, siendo posible que el órgano judicial que conoce en segunda instancia advierta que alguna de las normas legales aplicadas para decidir el proceso en primera instancia puede ser contraria a la Constitución y en consecuencia acuerde plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esto motiva que se deba reconocer que, si bien es aconsejable que las partes insten el planteamiento de la cuestión tan pronto consideren que una de las normas aplicables en el proceso puede ser inconstitucional, la instancia de parte no tiene carácter preclusivo y puede ser presentada en segunda instancia, una vez que la norma haya sido aplicada por el juez de primera instancia.

pueden solicitar que se plantee la cuestión en segunda instancia; tercero, de acuerdo con el art. 5.4. LOPJ es suficiente para fundamentar un recurso de casación la infracción de precepto constitucional, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, op.cit.*, p. 158

¹⁴⁶ J. ALMAGRO NOSETE sostiene que no es posible solicitar el planteamiento en segunda instancia sino se solicitó en la primera, “salvo cuando se planteen cuestiones nuevas que incidan sobre el derecho aplicable”, o si en virtud del principio *iura novit curia* se aplicó en la sentencia una norma no invocada, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, *op.cit.*, p. 158; P. M. LARRUMBE BIURRUN considera que “si no se ha promovido la petición en primera instancia -salvo cuestionar nuevas directamente relacionadas con el derecho aplicable- no puede solicitarse en apelación”, “Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por los órganos judiciales”, *op.cit.*, p. 3062

Por último, es posible que en segunda o posteriores instancias tengan que aplicarse normas con rango de ley no aplicadas en la primera instancia. En este supuesto no existe obstáculo a que las partes presenten su solicitud de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en esa posterior instancia en que la norma tenga que ser aplicada, debiendo reproducirse aquí los mismos argumentos expuestos en el supuesto en que la solicitud se presente respecto a una norma aplicable en la primera instancia.