

**CONSIDERACIONES EN TORNO
AL PLANTEAMIENTO DE LA
DENOMINADA “CUESTION DE
INCONSTITUCIONALIDAD”**
*(Comentario de la sentencia del
Tribunal Constitucional de 1 de
junio de 1981)*

ABELARDO RODRIGUEZ MERINO
Doctor en Derecho
Universidad de Valladolid

**I. INTRODUCCION. BREVE DELIMITACION DEL CONCEPTO
“CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD”**

El objeto de este pequeño trabajo se centra en el análisis de lo que podríamos denominar “actuación” o “comportamiento” de los órganos judiciales ante el planteamiento de “cuestiones de inconstitucionalidad” ante el Tribunal Constitucional.

Este tema nos ha parecido interesante desde su conformación en nuestro derecho, y en estos momentos consideramos que debe ser objeto de reflexiones por muy diversas razones, pero fundamentalmente quizá sea la de que a la doctrina española, ante la evidente e importante novedad de la andadura jurisprudencial del Tribunal Constitucional, le ha llamado primordialmente la atención el tema del “recurso de amparo” y también, aunque en menor medida, el del “recurso de inconstitucionalidad”, olvidándose un poco de la denominada “cuestión de inconstitu-

cionalidad" (1); y también porque, curiosamente, son pocas las "cuestiones" que acceden al Tribunal Constitucional, quizá precisamente porque éstas suponen el "principal" mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, y los jueces y Tribunales se muestran en un principio un poco cautelosos respecto al Tribunal Constitucional.

El art. 163 de nuestra Constitución contempla lo que, con posterioridad, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) ha venido a denominar "cuestión de inconstitucionalidad", configurándose este instituto en dicha Ley, como luego veremos, como un proceso autónomo para la declaración de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley.

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

Es interesante señalar, por otra parte, que este precepto fue uno de los más polémicos en la elaboración del tema del control de la constitucionalidad de las leyes en el proceso constituyente. El art. 154 del Anteproyecto constitucional (2), que contenía la regulación de la "cuestión de inconstitucionalidad" que, salvo algunas matizaciones se ha conservado en el actual texto, si bien durante los sucesivos trámites seguidos para la génesis del citado precepto se sucedieron ciertos cambios sustanciales en el texto, fundamentalmente se pretendió evitar que cualquier

(1) Como excepción, y a título de ejemplo, señalamos los trabajos de J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, págs. 151 a 173; J. GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, págs. 261 a 267, y del mismo autor *La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad*, en el volumen colectivo "El Tribunal Constitucional", II, Madrid, 1981, págs. 1219 a 1238; A. PEREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982, págs. 109 a 287, y del mismo autor *Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la cuestión de inconstitucionalidad*, en el volumen colectivo "El Tribunal Constitucional", III, Madrid, 1981, págs. 2119 a 2168.

(2) El art. 154 del citado Anteproyecto decía: "Cuando algún juez o tribunal de oficio considere en algún proceso que una norma legal invocada puede ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que decida sobre la constitucionalidad de aquélla". Se puede ver el texto íntegro del Anteproyecto en el volumen "*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*", I, Madrid, 1980, ed. por el servicio de Estudios y Publicaciones de las Cortes Generales, ed. preparada por F. SAINZ MORENO, págs. 7 a 36.

órgano judicial pudiese plantear “cuestiones de inconstitucionalidad”, y a este respecto se propugnaba que sólo pudiese ser planteado el “incidente” por órganos colegiados en la tramitación de recursos de apelación o de casación, intento que resultó infructuoso, como se puede deducir de la lectura del art. 163 de nuestra Constitución (3).

El ya citado art. 163 de nuestro Texto fundamental contiene una serie de notas que se pueden concretar de la siguiente forma:

- la “cuestión de inconstitucionalidad” debe plantearse en ocasión de algún proceso seguido ante un órgano jurisdiccional;
- debe ser planteada por ese mismo órgano; y
- debe afectar a una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo del órgano jurisdiccional.

Es evidente, aunque no aparezca claro de la lectura del Título IX de nuestra Constitución y menos aún de la del art. 161.1 del texto constitucional (4), que la “cuestión de inconstitucionalidad” viene a ser una “segunda vía” o cauce procesal para la declaración de inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley, que podemos denominar “incidental”, cuya característica fundamental es la de la concreción, y a este respecto hay que delimitarlo o diferenciarlo nítidamente del llamado “recurso de inconstitucionalidad”. Este instituto viene a ser el “cauce principal” o “vía de acción”, auténtico proceso jurisdiccional específico y autónomo, a través del cual se ejercita la acción de inconstitucionalidad por los órganos legitimados a tenor del art. 162.1 a) de la Constitución, en cuanto

(3) A este respecto, vid. el Informe de la Ponencia publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 17 de abril de 1978, el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 1 de julio de 1978, el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión de 20 de julio de 1978 recogido en el “Diario de Sesiones del Congreso de Diputados”, n.º 115, año 1978, esp. págs. 4515 a 4532, el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el 6 de octubre de 1978, las “Modificaciones al Texto del Proyecto de Constitución remitido por el Congreso de los Diputados”, publicadas en el “Boletín Oficial de las Cortes” el día 13 de octubre de 1978, y el Dictamen de la Comisión mixta publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes” el día 28 de octubre de 1978. Este tema ha sido tratado más extensamente en mi trabajo *Aspectos procesales de la actividad de declaración de inconstitucionalidad*, tesis doctoral inédita, Valladolid, 1982, págs. 319 a 352.

(4) Si bien la LOTC se ha preocupado de precisar que existen dos cauces perfectamente diferenciados para declarar inconstitucionales las leyes y las normas con fuerza de ley. El Título II de dicha ley, que se refiere al “recurso de inconstitucionalidad” y a la “cuestión de inconstitucionalidad”, viene encabezado por la frase “De los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad” y el art. 29.1 LOTC dice expresamente que: “la declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante a) el recurso de inconstitucionalidad; b) la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales”.

pretensión impugnativa “en abstracto referida a una ley o norma con fuerza de ley (5).

Por el contrario, la “cuestión de inconstitucionalidad” tal como está planteada en nuestro derecho surge como un incidente en un proceso jurisdiccional concreto, en el que se plantea una cuestión prejudicial que paraliza el procedimiento, como luego veremos, si bien se configura como un proceso formalmente autónomo, que se desarrolla con independencia del proceso que podemos denominar principal (6).

La función de la “cuestión de inconstitucionalidad” es pues fundamentalmente la de impedir que se produzcan efectos inconstitucionales concretos e inmediatos respecto de situaciones subjetivas litigiosas en un proceso pendiente de resolución.

Los arts. 35 a 37 de la LOTC han venido a desarrollar el art. 163 de la Constitución y han completado, en consecuencia, la regulación de la “cuestión de inconstitucionalidad”. De dichos preceptos, y en cuanto como indicábamos anteriormente el objeto de nuestro trabajo es analizar la “actuación” o “comportamiento” de los órganos judiciales ordinarios en el planteamiento de “cuestiones de inconstitucionalidad” ante el Tribunal Constitucional, nos interesa, como veremos, analizar especialmente el art. 35.

Dicho precepto, un tanto extenso y dividido en dos apartados, dice literalmente:

“1. 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 ante el Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

(5) La denominación del “recurso de inconstitucionalidad” como “control abstracto” de normas se deriva del influjo del modelo alemán (el *abstrakte Normenkontrolle* germánico aparece como equivalente a nuestro recurso de inconstitucionalidad), en cuanto para instar dicha vía de acción por los órganos legitimados para ello sólo basta alegar y justificar la divergencia entre ley y Constitución, no precisándose como requisito de legitimación invocar agravio o perjuicio por la aplicación de la norma presuntamente inconstitucional. Vid. J. ALMAGRO NOSETE. *El Derecho procesal en la nueva Constitución*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1978, n° 4, pág. 890.

(6) Vid. A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...* op. cit., pág. 2128.

“2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, debiendo concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, resolviendo el Juez seguidamente y sin más trámite en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme”.

De la lectura de este precepto se pueden hacer una serie de matizaciones que consideramos interesantes.

En primer lugar, hay que hacer una brevísima referencia del término “*considere*” que el legislador ha recogido en el art. 35.1 LOTC. Creemos al respecto que el término “considerar” implica un juicio de valor que ha de realizar el órgano jurisdiccional al que se le plantea la posible inconstitucionalidad de una norma a aplicar en un proceso, y no de un simple interrogante respecto a la posible inconstitucionalidad de dicha norma, es decir, que el juez que plantea el tema debe llegar a justificar su convencimiento o duda razonable de que la norma a aplicar no es constitucional, y no se debe limitar a plantear una mera duda no razonada.

En segundo lugar, se observa del mismo art. 35.1 LOTC que el órgano jurisdiccional que esté conociendo del asunto en el que surge el incidente de inconstitucionalidad puede considerar el planteamiento de la “cuestión” *de oficio o a instancia de parte*. Es criticable la utilización del término “a instancia de parte” en cuanto puede resultar equívoco a los efectos de la determinación de quién pueda iniciar esta vía indirecta de declaración de inconstitucionalidad (7). Es evidente que la inclusión de dicho término por el legislador viene a recoger la posibilidad de que las partes del proceso donde surja la “cuestión” puedan alegar, como fundamento de su pretensión, la supuesta inconstitucionalidad de la ley

(7) En este sentido A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...* op. cit., págs. 2131 y 2132; y el mismo autor en *Prejudicialidad penal y constitucional...*, op. cit., págs. 126 y 127.

aplicable al caso (8). Pero es también evidente que esta instancia concedida a las partes para “sugerir” la presunta inconstitucionalidad de la ley aplicable no se puede considerar como “legitimación para el ejercicio del derecho a la jurisdicción constitucional, pues esta facultad está vedada a las partes” (9). No es, pues, mas que una posibilidad que se les concede dentro de la jurisdicción ordinaria, posibilidad que se puede agotar en el momento en que el órgano jurisdiccional considere infundada la “cuestión” sugerida.

En tercer lugar, hay que indicar que el postulado inicial del art. 35.2 LOTC ha tratado de desarrollar la idea contenida en el art. 163 de la Constitución, en el sentido de que la “cuestión de inconstitucionalidad” no se configurase como un instrumento dilatorio, y a este respecto hemos visto que establece que “el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia”. Ahora bien, antes de decidirse a plantear el tema ante el Tribunal Constitucional, el juez debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que aleguen lo que estimen conveniente sobre la pertinencia del planteamiento de dicha “cuestión” en un trámite que podríamos denominar como “incidente previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”, y, una vez proveído dicho trámite, decidirá el juez definitivamente sobre la procedencia del planteamiento de dicha “cuestión” mediante “auto”, y en el caso de que resuelva a favor del planteamiento de la “cuestión”; en dicha resolución, que lógicamente debe ser motivada, deben de contenerse tres cuestiones que indica el citado art. 35.2 LOTC:

- la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona;
- el precepto constitucional concreto que se supone infringido; y
- la justificación de que la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión.

Pero, además, como indicábamos anteriormente, en dicho “auto”, el juez no debe limitarse a transmitir las dudas de constitucionalidad de una norma que le hayan podido sugerir las partes, debe considerar como presumible la inconstitucionalidad de una norma, si bien hay que entender a este respecto que los preceptos que regulan la “cuestión de inconstitucionalidad” no imponen necesariamente al órgano judicial una radical afirmación de inconstitucionalidad y consideramos que permiten que

(8) Vid. F. RUBIO LLORENTE y M. ARAGON REYES, *La jurisdicción constitucional*, en el volumen “La Constitución española de 1978”, Madrid, 1978, pág. 833.

(9) Cfr. J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional...*, op. cit., pág. 158.

el planteamiento se haga en los casos de duda e indeterminación entre dos juicios contradictorios, si bien el juez debe exteriorizar dichos razonamientos.

II. LA INFLUENCIA DE LOS MODELOS ITALIANO Y ALEMÁN EN LA CONFIGURACION EN NUESTRO DERECHO DE LA "CUESTION DE INCONSTITUCIONALIDAD"

En materia de "justicia constitucional" y, en concreto, en lo relativo al control de la constitucionalidad de las leyes, nuestra Constitución y la LOTC han seguido fundamentalmente los modelos italiano y alemán (10).

En estos sistemas también se combinan un procedimiento directo o "vía de acción" y un procedimiento incidental o "vía de excepción", similares a nuestra "cuestión de inconstitucionalidad", con el objeto de declarar inconstitucionales las normas con fuerza de ley (11).

En el derecho italiano, esta vía incidental no aparece expresamente prevista en su Constitución de 22 de diciembre de 1947, si bien es posteriormente introducida en el art. 1 de la ley constitucional n° 1, de 9 de febrero de 1948, de la siguiente forma:

"La *pregiudizialità costituzionale* (cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial de constitucionalidad) de una ley o de un acto con fuerza de ley de la República, elevada de oficio o planteada por una de las partes con ocasión de un proceso y no considerada por el juez manifiestamente infundada, será remitida a la *Corte costituzionale* para su decisión".

En el derecho alemán, la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 contempla el sistema incidental de declaración de inconstitucionalidad de leyes en su artículo 100.1:

(10) Sobre la influencia de estos modelos en nuestro sistema de control de constitucionalidad de las leyes, he tratado ampliamente en mi trabajo antes citado *Aspectos procesales de la actividad...*, págs. 374 y ss.

(11) En el derecho alemán el denominado *konkrete Normenkontrolle* y en el derecho italiano la denominada *pregiudizialità costituzionale*. Por otra parte, en el derecho alemán también se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con fuerza de ley por medio de la *Verfassungsbeschwerde* (queja constitucional o recurso de queja constitucional), en cierto modo similar a nuestro "recurso de amparo".

“En el caso de que un tribunal considere anticonstitucional una ley de cuya validez dependa el fallo, deberá suspender el proceso y si se trata de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal”.

Como se puede observar, tanto en el modelo alemán como en el italiano se dan los presupuestos que han sido recogidos por el art. 163 de la Constitución española, es decir, planteamiento de la presunta inconstitucionalidad de una norma con rango de ley en un proceso ante un órgano jurisdiccional, y trascendencia de dicha norma para la solución del proceso. Ahora bien, hay ciertos matices en cada uno de los dos sistemas señalados que hacen que tenga en cada uno de ellos una configuración distinta el papel del juez en el planteamiento de dichas “cuestiones”.

En el modelo italiano, a este respecto, hay que hacer mención del art. 23 de la ley n° 87, de 11 de marzo de 1953, reguladora de las normas sobre constitución y funcionamiento de la *Corte Costituzionale*, pues este precepto desarrolla, en parte, el citado art. 1 de la ley constitucional de 9 de febrero de 1948, disponiendo lo siguiente:

“En el curso de un juicio ante una autoridad jurisdiccional, una de las partes o el Ministerio Público pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad mediante instancia expresa indicando:

- a) Las disposiciones de la ley o del acto con fuerza de ley del Estado o de una Región, viciados de inconstitucionalidad.
- b) Las disposiciones de la Constitución o de las leyes constitucionales que se consideren violadas.

La autoridad jurisdiccional, cuando el juicio no pueda ser resuelto con independencia de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad o no considere que la cuestión planteada sea manifiestamente infundada, emitirá ‘auto’ por medio del cual, expresados los términos y motivos de la instancia ante la cual fue planteada la cuestión, dispondrá la inmediata transmisión de lo actuado a la *Corte Costituzionale* y suspenderá el juicio en curso.

La cuestión de inconstitucionalidad puede ser planteada, de oficio,

por la autoridad jurisdiccional ante la cual está pendiente el juicio por medio de 'auto' en el que se contengan las indicaciones previstas en las letras a) y b) del primer párrafo y las disposiciones al respecto del párrafo precente...".

De estas normas se desprenden una serie de notas que vamos a destacar.

Por un lado, la "cuestión" puede ser planteada en el curso de un proceso, bien de oficio por la autoridad jurisdiccional, bien por las partes o el Ministerio Fiscal, en base a dos condiciones fundamentales:

— que la "cuestión" tenga trascendencia, en el sentido de que la sentencia a dictar en el proceso venga determinada por la solución de dicha "cuestión"; y

— que la "cuestión" no sea considerada manifiestamente infundada por la autoridad judicial.

Las partes, el Ministerio Fiscal y el Juez, en su caso, tienen la iniciativa en el planteamiento de dichas cuestiones, si bien, en el supuesto de que sea planteada por las partes o el Ministerio Fiscal, el juez debe analizar si el tema tiene trascendencia en cuanto al resultado del proceso pendiente y si la "cuestión" no resulta "manifiestamente infundada", actuando, en cierta manera, como una especie de "filtro" a la iniciativa de las partes, con el objeto de impedir el acceso a la *Corte Costituzionale* de "cuestiones" carentes de fundamento, planteadas con el objeto de dilatar la marcha del proceso principal (12).

En el modelo alemán, los párrafos 80 a 82 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) (13) de 12 de marzo de 1951 (14) contemplan el desarrollo legislativo del artículo 100.1 de la Constitución alemana antes citado.

Desde la perspectiva que nos hemos planteado en este trabajo, nos interesa, en este momento, transcribir los tres primeros números del párrafo 80 BVerfGG:

(12) Vid. S. GALEOTTI y B. ROSSI, *El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar*, en "Revista de Estudios Políticos", n.º 7, enero-febrero 1979, págs. 131 y 132. También G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, 1977, pág. 95.

(13) En adelante BVerfGG.

(14) La versión actualizada de la BVerfGG es de 3 de febrero de 1971.

“1. Cuando se den los presupuestos indicados en el art. 100.1 de la Constitución, la decisión del Tribunal Constitucional Federal debe ser solicitada de forma inmediata por los Tribunales”.

“2. La decisión motivada debe indicar los límites dentro de los cuales la resolución del Tribunal *a quo* depende de la validez de la disposición normativa impugnada, así como con que norma de rango superior sea la misma incompatible. Deberán remitirse los autos”.

“3. La demanda del Tribunal no presupone que la nulidad de la norma haya sido hecha valer por una parte del proceso *a quo*”.

Como se puede observar, a diferencia del modelo italiano, el juez alemán al plantearse la “cuestión de inconstitucionalidad” no examina si la “cuestión” es fundada o manifiestamente infundada, sino que tiene que llegar al pleno convencimiento de que la ley a aplicar en el litigio concreto es nula (15). La “cuestión de inconstitucionalidad”, como se puede observar del párrafo 80.3 BVerfGG, se inicia en el modelo alemán mediante demanda (*Antrag*) del Tribunal jurisdiccional, y dicho acto es independiente de las posibles alegaciones al respecto por las partes en el proceso. Por otra parte, el órgano jurisdiccional debe de motivar su planteamiento en el sentido de que la resolución que vaya a dictar en el proceso depende de la validez de la norma aplicable y, además, la incompatibilidad de dicha norma con la norma fundamental (párrafo 80.2 BVerfGG).

La doctrina alemana considera que la característica fundamental del control de constitucionalidad en “vía incidental” radica en la consideración, en estos supuestos, de una auténtica “*Richterklage*” (“acción de los jueces”), y la diferencia del *konkrete Normenkontrolle* respecto del *abstrakte Normenkontrolle* radica en que en las “cuestiones de inconstitucionalidad” el tema se plantea a instancia de los jueces en un litigio concreto (16).

En el modelo italiano, en cambio, los jueces propiamente no plantean la *pregiudizialità costituzionale* —salvo en el supuesto de que lo estimen de oficio— actuando mas bien como una especie de “filtro entre la iniciativa de la parte y el acceso a la *Corte Costituzionale*” (17),

(15) Vid. E. FRIESENHAHN, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Milán, 1965, pág. 69.

(16) Vid., por ejemplo, W. GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12 März 1951 Kommentar*, Berlín-Frankfurt, 1952, pág. 254.

(17) Vid. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., págs. 95 y 96.

siendo el papel del juez en dicho modelo menos relevante, dado que sólo debe analizar —sin entrar en otras consideraciones— si el pleito puede o no ser resuelto con independencia de la “cuestión de inconstitucionalidad”, o bien si dicha cuestión que les ha sido planteada de forma manifiesta.

La iniciativa de la parte presenta en el modelo italiano una relevancia especial que no se contempla en el modelo alemán y que aparece bastante debilitada en el modelo español. Sin embargo, la doctrina italiana tampoco habla en estos supuestos de legitimación de las partes para plantear la *pregiudizialità costituzionale*. Se habla más bien de “denuncia” (18), o de “denuncia *pro populo*” (19) y también de “controversia entre las partes” (20).

Por el contrario, como hemos visto antes, en el sistema alemán la intervención del órgano judicial en el planteamiento del *konkrete Normenkontrolle* es fundamental desde el momento en que la posible intervención de las partes del proceso que origina la “cuestión” aparece deliberadamente minimizada por el mismo legislador.

Podemos decir que el modelo español quizá, aparte de la evidente influencia de ambos sistemas, muestra una mayor similitud con el alemán, en cuanto el juez que plantea la “cuestión de inconstitucionalidad” debe *considerar* que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, puede ser contraria a la Constitución; y creemos que el término “*considerar*” implica un juicio de valor que ha de realizar el órgano jurisdiccional, y no un simple análisis respecto a si la “cuestión” es manifiestamente fundada o no.

Ahora bien, por otro lado, y según Almagro, no se puede hablar de legitimación de los órganos judiciales para promover la “cuestión de inconstitucionalidad”, dicha potestad hay que situarla en un área diferente a la de la legitimación: “el juez no es parte, ni puede decirse que vincula al Tribunal Constitucional a dictar sentencia sobre la cuestión

(18) Así P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, en sus “*Opere Giuridiche*”, III, Nápoles, 1968, pág. 383. Este trabajo fue publicado en Padua en 1950, si bien hemos utilizado la edición recogida en el volumen reseñado. Existe de este trabajo una traducción al castellano de S. SENTIS MELENDO en el volumen P. CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, págs. 21 a 120.

(19) Vid. E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte Costituzionale*, Milán, 1957.

(20) Vid. G. AZARITI, *Gli effetti delle pronuncie sulla costituzionalità delle leggi*, en “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”, 1950, pág. 185 y ss.

propuesta... esta facultad-deber significa, formalmente, una limitación a la regla 'iura novit curia' en tanto que el juez como aplicador del derecho al caso concreto debe abstenerse de resolver cuando duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable" (21). A este respecto, por otra parte, Pérez Gordo indica que el órgano judicial que está conociendo de un asunto en un proceso jurisdiccional "lleva a cabo un conjunto de actos que constituyen una denuncia pública, que va a servir, en este caso, de presupuesto, de vehículo introductorio de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional" (22).

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1981, N° 17/1981

El Tribunal Constitucional dictó el 1 de junio de 1981 sentencia (23) en la que este órgano resolvía por segunda vez una "cuestión de inconstitucionalidad" planteada por un órgano jurisdiccional.

La cuestión le había sido promovida por el Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, quien planteaba la posible contradicción del art. 252, núms. 2 y 3 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña respecto al art. 39.2 de la Constitución. La presunta inconstitucionalidad de dicha norma había sido sugerida en un juicio declarativo de mayor cuantía por la parte demandada una vez terminada la fase de conclusiones, y el Magistrado-Juez del Juzgado núm. 7 de Barcelona, oídas a las partes y al Ministerio Fiscal acordó el planteamiento de la "cuestión".

Independientemente del interés del problema de fondo, dicha sentencia tiene para nosotros un especial interés en cuanto, por vez primera, se plantea el Tribunal Constitucional la función que el juez realiza al plantear la "cuestión de inconstitucionalidad". De dicha sentencia vamos a analizar y comentar el apartado 1° de los "Fundamentos Jurídicos", que es donde, fundamentalmente, se desarrolla el tema que nos habíamos planteado.

Vamos a entresacar algunos párrafos de dicha sentencia:

(21) Cfr. J. ALMAGRO NOSETE, *Justicia Constitucional*, op. cit., págs. 155 y 156.

(22) Cfr. A. PEREZ GORDO, *Problemática procesal de la promoción por los Organos Judiciales...*, op. cit., pág. 2133.

(23) Publicada en el 'Boletín Oficial del Estado' de 16 de junio de 1981. Ponente de esta sentencia es el Magistrado Francisco RUBIO LLORENTE.

“La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada... La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras, un alto grado de inseguridad jurídica... La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas...”.

“La regulación constitucional (art. 163 de la Constitución) y legal (art. 35.1 de la LOTC) de la cuestión de inconstitucionalidad no requiere como condición necesaria y suficiente para su planteamiento, como ocurre en algún otro sistema, la de que el juez o tribunal no considere como manifiestamente infundada una cuestión suscitada por alguna de las partes del proceso. Los preceptos indicados condicionan el planteamiento al hecho de que el órgano judicial considere, esto es, estime o juzgue, que la norma es inconstitucional, lo que si bien puede entenderse que no impone a aquél una afirmación de inconstitucionalidad y permite que el planteamiento se haga en los casos de duda, de indeterminación entre dos juicios contradictorios, si exige que el razonamiento que cuestiona la constitucionalidad haya de exteriorizarse, proporcionando los elementos que lleven al mismo, como explícitamente manda el art. 35.2 de la LOTC. No puede el juez, ni remitirse a las dudas que en cuanto a la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin dar las razones

que la abonan, pues ni las partes de un proceso están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del poder judicial dudan, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de ley...”.

“Por último, la doble exigencia de que la cuestión haya de plantearse una vez concluso el procedimiento y de que el planteamiento haya de especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, obligan al órgano competente a exponer ante este Tribunal la situación procesal y, sobre todo, el esquema argumental en razón del cual el contenido de su fallo depende precisamente de la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona...”.

La primera de las cuestiones que vamos a reseñar en el comentario de esta sentencia es la de que se consagra, en primer lugar la consideración de la “cuestión de inconstitucionalidad” como un cauce procesal, distinto del “recurso de inconstitucionalidad”, pero con la misma pretensión de declarar la inconstitucionalidad de leyes y normas con fuerza de ley con el objeto de preservar el orden constitucional. Ahora bien, aún cuando a través de la “cuestión de inconstitucionalidad” se pretende como en el “recurso de inconstitucionalidad” la preservación de la constitucionalidad de las leyes, hay que tener en cuenta que en la “cuestión”, y como diferencia respecto a la “vía directa”, en ningún caso se puede hablar de acción de los jueces, sino, como aclara el Tribunal Constitucional, de un “instrumento” necesario puesto a disposición de los tribunales ordinarios en su función de aplicación del derecho al caso concreto, y en cuanto les está vedada la posibilidad de declarar inconstitucionales normas con fuerza de ley en aras del principio de “seguridad jurídica”. Por otro lado, es interesante señalar que en la sentencia que comentamos se indica que la “cuestión de inconstitucionalidad” debe ser un “instrumento” que asegure la colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional con el fin de promover de forma dinámica la adecuación de las normas a la realidad social de cada momento.

En este texto, además, se deja perfectamente claro que la “cuestión de inconstitucionalidad” no es un mero instrumento de transmisión de dudas sugeridas. En primer lugar, la sentencia que comentamos sale al paso del contenido que el término “considere” del art. 35.1 LOTC debe tener. Aparece claro del texto el rechazo del modelo italiano, el juez, en nuestro modelo, no debe ser un mero “filtro” entre las sugerencias de las partes y el Tribunal Constitucional, y el planteamiento de la “cues-

ción” está condicionado por el hecho de que el juez *estime* o *juzgue* que una norma a aplicar en un proceso sea inconstitucional, lo haya estimado de oficio o como consecuencia de la sugerencia de alguna de las partes, o, en todo caso, dude razonablemente de su constitucionalidad, y a este respecto debe exponer sus razonamientos. En segundo lugar, dicha sentencia, por otro lado, establece claramente que en ningún caso las partes están legitimadas para interponer las “cuestiones de inconstitucionalidad”, interpretando adecuadamente el art. 35.1 LOTC de acuerdo con el espíritu del art. 163 de la Constitución. Las partes pueden alegar la presunta inconstitucionalidad de una norma a aplicar en un proceso concreto, y ante cualquier instancia de dicho proceso seguido ante órganos de la jurisdicción ordinaria o especial, pero en todo caso corresponde al juez o tribunal que esté conociendo del asunto plantear la “cuestión”, quien, como dijimos anteriormente, debe hacer al respecto un juicio valorativo en torno a la constitucionalidad de la norma cuestionada.

Y, por último, y al igual que en los modelos italiano y alemán que en este aspecto se muestran totalmente coincidentes, el juez al plantear la “cuestión” debe justificar en qué medida depende la resolución del proceso de la norma cuestionada y a este respecto el Tribunal Constitucional ha determinado que es necesario que el juez exponga la situación procesal del juicio *a quo* y las razones de que su fallo vaya a depender de la aplicación al caso concreto de la norma presuntamente inconstitucional.