

«EL INCIDENTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES»

(Especial referencia al incidente en el recurso de amparo) (1)

ANGEL IGNACIO VILLAVERDE MENENDEZ

I

Siempre es un placer reencontrarse con el Derecho Constitucional del bueno, de ese que escasea tanto en estos tiempos en los que prima como nunca la cantidad (de libros y de páginas en los libros). Y no sólo por la calidad de las páginas de un libro que desde ya invito a leer con atención (y a seguir la carrera de quien lo ha escrito), que lo avalan sin necesidad de más comentario, sino porque, además, es un libro de «derecho constitucional», esto es, de buena y bien trabada técnica jurídica y no de simple verborrea, que tanto abunda en ese pensamiento «debole» y postmoderno que asola una vez más nuestra disciplina, y que nunca ha hecho tan actuales las palabras con las que Ignacio de Otto daba comienzo a su recensión de otro buen libro en las páginas de esta misma Revista, en un número demasiado lejano en el tiempo, pero que convendría releer en tan confusos tiempos.

El libro que con gusto recensiono, examina en dos partes, seis capítulos y una «addenda» una cuestión que, ciertamente, ha merecido poca atención hasta ahora en la doctrina (2), lo que contrasta con las interesantes cuestiones que

(1) LUIS JAVIER MIERES: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Prólogo de Marc Carrillo, Civitas/Ivap, Madrid, 1998.

(2) Al margen de las obras generales sobre justicia constitucional y derecho procesal constitucional, deben citarse XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: «El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3 (1983), págs. 687 y sigs.; IGNACIO BORRAJO INIESTA: «El amparo frente a leyes (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98 (1982),

sin embargo ha suscitado en la jurisprudencia constitucional que el autor de la monografía ha señalado con tino: los procesos de control constitucional de la Ley surgidos en el seno y al hilo de otros procesos constitucionales, y para el caso español, en particular con ocasión de los recursos de amparo (art. 55.2 LOTC) y los conflictos positivos de competencia (art. 67.2 LOTC). Tras un apretado repaso de las soluciones de Derecho comparado, de los mecanismos que el ordenamiento jurídico español ha dispuesto a tal fin y la descripción en pormenor del caso del «incidente de inconstitucionalidad» suscitado con ocasión de un recurso de amparo (3), expone su tesis: el proceso (que no el recurso) de amparo debe ser también un cauce formal y explícito de control de la Ley, que deberá reflejarse en el fallo de la Sentencia que le ponga fin. Ni voy hacer cuestión del uso del término «incidente», porque creo que con ello tan sólo despistamos el asunto central e importante, tema de la monografía; ni me voy a detener en las cuestiones de *lege lata* propia o comparada. Tampoco debe equivocarse el lector sobre cuál sea el tema del opúsculo, pues este libro no es una monografía sobre el recurso de amparo contra leyes, que no lo es, puesto que lo abordado en él no es el objeto del recurso, lo que se impugna, sino si conviene que el proceso en el que se ventile el recurso sirva también como mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, y, en especial, de la Ley. Mi propósito es ocuparme de lo que modestamente creo su meollo y fajarme con él, con la sana intención de transmitir al lector de estas breves líneas, al menos y si de eso es uno capaz, la curiosidad por su atenta lectura.

En suma, y en mi opinión, el libro que paso a comentar es una investigación sobre el acierto del legislador orgánico al articular procesalmente los casos en los que con motivo de un acto del poder público o por su causa, even-

págs. 167 y sigs.; y de forma más específica, ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA: «Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 21 (1987), págs. 229 y sigs.; ANTONI ROIG BATALLA: «En torno al voto particular de la STC 18/1994, de 20 de enero. La autocuestión o control sucesivo de constitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 44 (1995), págs. 299 y sigs.; RAFAEL GIL CREMADES: «Orden constitucional y actividad de oficio del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (1998), págs. 75 y sigs.; JOAQUÍN PABLO URÍAS MARTÍNEZ: *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; JOAQUÍN J. MARCO MARCO: «La inconstitucionalidad en un proceso de amparo. El artículo 55.2 LO del Tribunal Constitucional», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 13 (1995), págs. 143 y sigs.

(3) Y no es cosa baladí decir que, con ocasión de un recurso de amparo y no de su estimación, por la simple razón de que, justamente, el problema que plantea Mieres y trata de resolver es lo que sucede cuando el fundamento del recurso de amparo formulado es la lesión de un derecho fundamental por una norma con rango de ley; esto es, cuando el recurso de amparo, en definitiva, lo es contra ley y no contra los actos de los poderes públicos.

tualmente lesivo de un derecho fundamental, se cuestiona ante el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de la norma con rango de Ley que da cobertura al acto infractor. Y su tesis central consiste en que la fórmula que emplea nuestra LOTC no es la más idónea, tanto por razones teóricas (las exigencias propias del sistema concentrado de jurisdicción constitucional y la más sutil cuestión de la relación procedimiento/función) como prácticas (la posible contradicción entre lo razonado en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de amparo y lo fallado en la autocuestión de inconstitucionalidad del artículo 55.2 CE que trae causa de ella y la inseguridad insuflada en la jurisdicción ordinaria, en particular, en la *a quo*) para resolver lo que podríamos denominar control concreto indirecto o mediato de constitucionalidad de la Ley con el único motivo impugnatorio de la hipotética lesión de un derecho fundamental cuando se plantea en el seno específico proceso dirigido a amparar ese mismo derecho fundamental.

Ya avanzo que mi opinión (y así sólo debe calificarse lo que expreso en esta recensión, pues no posee el estribo del estudio al detalle y la pausada reflexión que sostienen las tesis de Javier Mieres) no puede ser más dispar de la del autor del libro que se recensiona en estas líneas. Creo que no sólo no es necesario un incidente de constitucionalidad en el seno de un recurso de amparo, sino que, además, su existencia contravendría el fundamento mismo y la mecánica procesal y argumentativa propia del recurso de amparo, aun en los casos en los que ante las Salas del Tribunal Constitucional se deduzcan alegatos contra la constitucionalidad de la norma legal que supuestamente ha dado cobertura al acto del poder público impugnado directamente en dicha demanda de amparo.

II

Que una Ley puede menoscabar un derecho fundamental es de una obviedad sonrojante, y que semejante cuestión la pueden esgrimir los particulares, proponiendo a los órganos judiciales la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad o aduciendo semejante razón en el contexto de un recurso de amparo, que incluso puede haberse formulado tras el mismo proceso donde haya fracasado aquella primera pretensión de que se elevase al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, es igualmente obvio (aunque menos). Sin embargo, que el Tribunal Constitucional pueda pronunciarse sobre dicho alegato de forma expresa en su Sentencia de amparo, resulta menos obvio, o casi nada. Y aquí da inicio mi discrepancia con Mieres, pues tengo yo para mi que, al menos con el sistema de justicia constitucional del que se ha

dotado el ordenamiento jurídico español, no es tan claro que nada, al margen, desde luego del expreso límite que la LOTC impone al respecto, impida a la Sala realizar un control de constitucionalidad de la Ley con ocasión de un recurso de amparo, hasta el punto de poder llevar su examen a la parte dispositiva de su resolución.

El punto de partida de la reflexión sin duda podrá dejar perplejo, y es posible que esa perplejidad y el afán de superarla haya sido la razón de la monografía: si el motivo último y decisivo del menoscabo, en el caso concreto, del derecho fundamental del recurrente ha sido la Ley que da cobertura al acto del poder público inmediatamente recurrido en amparo, y si este recurso de amparo ha concluido con una Sentencia estimatoria, ¿cómo es posible que no pueda declarar, al tiempo que hace lo propio con la efectiva lesión del derecho fundamental, que es contraria a la Constitución la Ley, si es ésta precisamente la razón de que se estime el amparo solicitado? Perplejidad que se incrementa cuando resulta del todo posible, y así ha sido en ocasiones, que estimada por esa razón la existencia de una lesión del derecho fundamental, y elevada al Pleno la duda, éste falle declarando que no es contraria a la Constitución la controvertida Ley.

Esto puede ser así, no cabe la menor duda. El asunto es saber si ese desajuste en los pronunciamientos de la Sala y el Pleno del Tribunal Constitucional son una efectiva aberración jurídica que descalifica de sólo el modelo del artículo 55.2 LOTC, como creo que viene a sostener Javier Mieres; o si, por el contrario, y sin eludir los reales problemas prácticos y teóricos que semejante disparidad de pronunciamientos puede provocar, hay razones que avalan la corrección de ese modelo, al margen de que no sea el único, ni siquiera el más adecuado.

En el trasunto de la tesis y propuestas de Javier Mieres palpita una concepción marcadamente objetivista del recurso de amparo y de la función del Tribunal Constitucional como garante de la incolumidad de la Constitución. De este modo, todos los procesos sometidos al conocimiento del Tribunal sirven, o debiera decir, deben servir, a una sola función, ejercida mediata o inmediatamente: la protección de la Constitución frente a cualesquiera lesiones. Así pues, los distintos procesos no se articulan con el propósito de cumplir funciones diversas, sino de permitir al Tribunal cumplir una única función, articulando diversos cauces con sus específicos procedimientos que viene condicionados por el objeto y motivos de impugnación y no por el cumplimiento de funciones dispares. En consecuencia, la LOTC no haría sino abrir distintas posibilidades de apelar a una suerte de jurisdicción objetiva en interés de constitución. Por ello no extraña que Javier Mieres dé inicio a su monografía criticando lo que denomina tesis monovalente o principio de equiparación: a cada

función le corresponde un procedimiento. No extraña, pues, que considere una patología cauces como el artículo 55.2 LOTC que sería la consecuencia de sostener que la LOTC se ha inclinado por esa concepción monovalente (lo que, por otra parte, es posible que venga a contrariar precisamente lo previsto en el artículo 67.2 LOTC).

Asimismo, al argumento de que no hay necesaria correlación entre procesos y funciones, y que el proceso de amparo sirve en último término al mismo fin que el resto de procesos constitucionales, la salvaguardia objetiva de la Constitución, se le suma una ecuación que, en mi opinión, constituye el punto más discutible de la monografía: la diferencia que se establece entre control de constitucionalidad y juicio de constitucionalidad (págs. 40 y sigs.). Dice Javier Mieres que el incidente de constitucionalidad que él propone como alternativa a la autocuestión del artículo 55.2 LOTC (que la duda de constitucionalidad suscitada sobre la ley pueda resolverse con efectos generales en el mismo recurso de amparo), no implica necesariamente un control de constitucionalidad, sino un juicio de constitucionalidad. ¿Quiere decirse con ello que el incidente no se solventará siempre y en todo caso con una declaración de inconstitucionalidad de la Ley, sino con, valga el caso, una sentencia interpretativa de rechazo? Porque si es así, era de esperar una más ajustada y elaborada definición de ambos conceptos, porque, a mi juicio, de no ser así, es decir, de no querer decir con ello que no es condición indispensable para la estimación del amparo declarar inconstitucional la ley que da cobertura al acto conculcador del derecho fundamental, no hace falta tanta alforja. En la actualidad, con el modelo de la LOTC, la Sala ya puede razonar en los fundamentos jurídicos de la sentencia de amparo que, a pesar de lo alegado, la Ley no es necesariamente inconstitucional, ni hace falta declararla como tal para estimar el amparo solicitado.

Es de suponer que de lo que se trata es de permitir a la Sala la declaración formal de la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada como condición previa a la resolución, obviamente estimatoria, del recurso de amparo, con el propósito de evitar, por un lado, el inconveniente de que siga vigente y aplicable una ley declarada inconstitucional en un recurso de amparo que, no obstante, no puede llevar al fallo de su Sentencia estimatoria semejante declaración; y, por otro lado, la posibilidad real de que el Pleno contradiga el juicio efectuado por la Sala sobre ese extremo. Esto es, la diferencia entre el control de constitucionalidad y el juicio de constitucionalidad radica en si el fallo contiene o no un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma legal; esto es, si el enjuiciamiento de la ley hecho en el cuerpo de la Sentencia tiene o no reflejo en su parte dispositiva. Por supuesto que en los recursos de amparo no es necesario que el fallo contenga una declaración sobre la constitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto del poder público recurrido; incluso

puede estimarse el amparo, y quizá sea lo más apropiado, sin necesidad de declarar que, con todo, es constitucional. Pero, a mi juicio, no creo que sea ésta la cuestión, sino la que el propio Javier Mieres señala, que tras todo recurso de amparo hay una disputa sobre la interpretación de la legalidad.

No creo que todos los recursos de amparo escondan conflictos interpretativos entre la Constitución, el derecho fundamental invocado y la norma con rango de ley que da cobertura al acto que supuestamente las vulnera. Pero sí que creo que en algunas ocasiones, lo que late en una singular lesión de un derecho fundamental es una incorrecta interpretación de la norma legal, y, en otras, las menos, una ley simplemente contraria a la Constitución *on the face*. El primero de ambos supuestos no plantea problema alguno a estos efectos, porque basta con una interpretación conforme razonada en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Sala (y que sería obligada en el caso de que el recurrente suscite la duda de constitucionalidad en su amparo), de forma que su fallo, que bien puede ser estimatorio, vendría a contener un remedo de tácita declaración de constitucionalidad de la ley, es decir, vendría a ser una sentencia interpretativa de rechazo; aunque, en puridad, debiera limitarse a declarar en el cuerpo de la resolución que la norma con rango de ley no es contraria a la Constitución, al menos, en los términos planteados por el recurrente en su amparo (4). La controversia se vería así constreñida a si esas sentencias de Sala constituyen o no doctrina a los efectos del artículo 40.2 LOTC, en relación con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ (lo que, como bien se sabe, no es hoy una cuestión pacífica).

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la ley es manifiestamente inconstitucio-

(4) Javier Mieres ve reparos a esta doctrina de la interpretación conforme con la Constitución (págs. 162 y sigs.). Sin embargo, creo que deduce de esa doctrina un resultado que no siempre es el perseguido con esa interpretación. Ciertamente es que en las sentencias que rechazan cierta interpretación de la ley cabe la posibilidad de que se diga a continuación o con antelación, que también puede ser, qué interpretación resulta ser la correcta a juicio del Tribunal Constitucional; pero no es menos cierto, y quizá más correcto, que el juicio se detenga en la sola afirmación de que la interpretación examinada no es conforme con la Constitución, cupiendo otras, y dejando a la jurisdicción ordinaria la indagación de cuáles puedan ser, sin imponerles la o las ofrecidas por el Tribunal. Al margen de que no debe confundirse interpretación conforme con interpretación más favorable de los derechos fundamentales (a la que se refiere también el libro, págs. 118-119 y 163-164), que como tal es un canon sobre la razonabilidad de la motivación de la resolución del órgano judicial más que un criterio de interpretación de la ley que se aplicó al caso. No olvidemos que tanto la interpretación conforme como la interpretación más favorable se han visto intensamente tamizadas con la que podríamos denominar doctrina de la plural interpretación de los derechos fundamentales, según la cual, el Tribunal en amparo no posee el monopolio sobre la única interpretación posible de los derechos fundamentales, sin perjuicio de ser su intérprete supremo (SSTC 160/1997, FJ. 4.º; 160/1998, FJ. 5.º, y recientemente la 122/1999).

nal, y así lo estima la Sala, constituyendo esta razón, además, el fundamento de la estimación del recurso de amparo? Bien se ve que la duda no se cierne tanto sobre si las Salas del Tribunal Constitucional pueden hacer o no un juicio de constitucionalidad, en los términos que Javier Mieres define esta noción, al hilo del conocimiento de un recurso de amparo, porque es evidente que pueden y deben en ocasiones hacerlo, y así lo hacen en efecto (confróntense los casos en los que se denuncia la vulneración del art. 24.1 CE a consecuencia de una irregular o dudosa aplicación de la legalidad procesal en los que se estima el amparo). No, las dudas surgen allí donde debe responderse a la pregunta sobre si la Sala puede, y debe, declarar por sí la inconstitucionalidad de la norma legal como cuestión previa a la estimación del amparo, por ser ésta la solución más idónea en estos casos. Pero semejante incógnita nos reenvía al meollo del asunto y que a mi juicio Javier Mieres no le dedica el espacio y la reflexión necesaria: ¿sólo el Pleno tiene atribuida la función de pronunciarse expresa y formalmente sobre la constitucionalidad de las normas con rango de ley; aunque las Salas compartan con él la facultad de efectuar juicios de constitucionalidad? No es ni asunto baladí, ni sencillo dar respuesta a esta cuestión, aunque lo parezca, ni es éste el lugar para hacerlo, pero quizá debió serlo la monografía de Javier Mieres, pues es ésta la clave de todo el entramado. A mi entender, ese interrogante pone en cierta solfa la ecuación función/procedimiento que tantos reparos le suscita al autor del libro recensionado. En realidad, así lo creo, el sólo planteamiento de la pregunta pone de manifiesto que el pronunciamiento formal sobre la constitucionalidad de la Ley es una función que viene atribuida a un órgano, no tanto a un procedimiento, como pretende Mieres, sin que deje de advertirse la relevancia que posee el tipo de procedimiento elegido para desempeñar esa función, cuestión en absoluto ociosa. Pienso que, justamente, el modelo de jurisdicción constitucional concentrada lo que viene a atribuir al Pleno no es el monopolio del control de constitucionalidad, sino el monopolio sobre la declaración expresa y formal sobre la constitucionalidad de la Ley (en esto consiste en rigor el monopolio de rechazo, a mi juicio). Y que esa función se atribuya al Pleno y no a las Salas, no es fruto del capricho, como tampoco lo es que el procedimiento que pueda llevar a esa declaración se estructure de cierta forma. Y de considerarlo caprichoso, o desacertado, habría que explicar por qué.

No comparto, en este sentido, la idea de Javier Mieres según la cual la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma no depende del objeto del proceso, sino del procedimiento que se sigue para realizar el juicio de constitucionalidad; lo que le lleva a concluir que el control de constitucionalidad no se identifica con el proceso de constitucionalidad, esto es, aquellos procedimientos cuya pretensión y objeto específico es la declaración de inconstitucionalidad de una norma (tesis monovalente), sino con el procedimiento de

constitucionalidad, es decir, la forma procesal por medio de la que se efectúa el control de constitucionalidad. Premisa y conclusión que en la obra se liga a ciertas exigencias que derivarían de la cualidad de control concentrado de nuestro sistema de justicia constitucional. A mi juicio, sostener una tesis tan tajante, quizá hubiere exigido que se desentrañase con mayor precisión el *ligamen entre sistema concentrado y lo inadecuado de la tesis monovalente que sería el sustento de la separación entre recurso de amparo y declaración de inconstitucionalidad de una Ley.*

III

No cabe duda de que en los recursos de amparo en los que se esgrime entre otros motivos, o el propio Tribunal de oficio así lo considera, la inconstitucionalidad de la Ley que da cobertura al acto lesivo de un derecho fundamental, late un problema de aplicabilidad que en definitiva es lo que exige la articulación de un modo de apreciación y resolución de la paradoja de que el juez, en rigurosa sujeción a la ley, de cuya validez y aplicabilidad no dispone si es posconstitucional, acabe por lesionar él mismo o no reparar la lesión que otros han infligido a un derecho fundamental. Pero no se debe caer en un cierto psicologismo que puede oscurecer el asunto, ya que, lo de menos, a mi juicio, es que en casos como ese no le sea imputable subjetivamente al poder público en cuestión la lesión del derecho fundamental, por aquello de que no le quedaba otro remedio so pena de conculcar el principio de legalidad, sino a la Ley, y por eso sobre ella debe recaer la sanción por lesión de tal derecho fundamental (como si sobre el acto singular del poder público planeare un remedo de eximente por obediencia debida), porque ese poder público, sea cual sea la razón, ha vulnerado también el derecho fundamental, y eso es lo que importa a efectos del recurso de amparo. Cuando se da relevancia al motivo último de ese acto, la ley que lo hace ineluctable y le da cobertura, no lo es a los efectos de trocar el objeto del amparo, desplazándolo de un amparo contra actos del poder público a un amparo contra ley, como si se estuviese exonerando a ese poder de la *culpa* por conculcación de un derecho fundamental, sino para atajar la anomalía de que en el ordenamiento jurídico pudiese existir una normal legal eventualmente contraria a la Constitución, lo que se ha puesto de manifiesto al hilo de un recurso de amparo.

Por esa razón, de lo que se trata en el recurso de amparo es de precisar si, en efecto, aquel acto es lesivo de un derecho fundamental, al margen de cuál sea su causa remota. Otra cosa es que a instancia de parte o de oficio se aprecie que la causa remota de su lesividad está en la Ley que le da cobertura, de mane-

ra que el amparo actúa como un remedio subsidiario frente a eventuales infracciones constitucionales en las que incurren leyes que no han sido impugnadas en los procesos constitucionales específicos; y que de serlo, según apreciación de la Sala que conoce del amparo, debe remitirlo al Pleno quien tiene atribuida en exclusiva la función de rechazar las normas legales inconstitucionales. La estimación del amparo, desde esta perspectiva, se convierte, no en la consecuencia, sino en el presupuesto de la autocuestión de inconstitucionalidad, porque la lesión del derecho fundamental por el acto del poder público es la prueba de la eventual inconstitucionalidad de la Ley que, no sólo le da cobertura (condición necesaria pero no suficiente del examen de su constitucionalidad en estos casos), sino que hace de ese acto una consecuencia inexcusable de su propia vigencia (y aquí, acaso, se separa el mecanismo del art. 55.2 LOTC del diseñado en el art. 67 LOTC, en el que, justamente, la duda sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley es el presupuesto). De no estimarse el amparo, esto es, de no apreciarse la lesión del derecho fundamental, parece resultar que el acto impugnado no sería la única posibilidad de aplicación de la controvertida Ley, cupiendo, pues, otras conformes a la Constitución, por lo que se privaría de fundamento a la duda sobre la constitucionalidad de la norma. En suma, la estimación del amparo, en contra de lo sostenido por Javier Mieres, constituye, a mi juicio, el presupuesto insoslayable de la mentada duda, a la que dotaría de fundamento, no, por contra, su consecuencia, pues, cuando menos, el examen que efectúa el Tribunal Constitucional en el amparo no es en abstracto, sino en concreto (sin que nos deban despistar algunos modos de articular ese examen en algún pronunciamiento del Tribunal que pueda causar una impresión equivocada del correcto método en la sustanciación de estos extremos).

Así pues, no se trata de que la Sala se debata entre la aplicación o no de la Ley, pues la Sala examina el asunto indiferente para con esa aplicación, ya que para comprobar si hubo o no lesión del derecho fundamental no debe partirse de si la Ley era o no aplicable (como si de una cuestión de inconstitucionalidad se tratase), o si se debía aplicar como se aplicó, sino de si el específico acto inmediatamente impugnado en la demanda de amparo lesionó o no un derecho fundamental. La Sala no tiene por qué lidiar con la paradoja «Marbury» (aplicar la Ley, vulnerando la Constitución, o aplicar la Constitución, vulnerando la Ley); y al margen de que en nuestro sistema, así me lo parece, el Tribunal Constitucional es ajeno a esa paradoja, porque su canon de constitucionalidad no es el que debe emplear el órgano judicial ordinario. La Sala deberá comprobar si el acto conculca el derecho fundamental, y, de ser el caso, a resultas de esa circunstancia, examinará si la causa remota de esa lesión debe imputarse además a la Ley que da cobertura e impone el acto en cuestión, de manera que, si en ese juicio de constitucionalidad colige la inconstitucionalidad de esa Ley,

de la que puede ser prueba el acto lesivo del derecho fundamental, remitirá la cuestión al órgano que tiene atribuida la función de declarar esa inconstitucionalidad, el Pleno.

La consecuencia más evidente de este enfoque, distinto y opuesto al de Javier Mieres, es, justamente, que no es necesario el incidente de inconstitucionalidad en el seno del recurso de amparo; o, al menos, que desde un punto de vista teórico el incidente en cuestión no parece mejor solución o más consistente que la elegida por la LOTC, por la simple razón, así me lo parece, que la estimación de que hubo lesión del derecho fundamental no tiene por qué presuponer la declaración de inconstitucionalidad de la Ley que da cobertura a dicho acto infractor.

IV

Sin embargo, desde el punto de vista práctico y de articulación correcta entre Salas y Pleno, en absoluto vanal, coincido con Mieres en su preocupación por los posibles contrasentidos en los que puede incurrir el sistema tal y como se articula en el artículo 55.2 LOTC. El más evidente es, desde luego, la posibilidad de que el juicio sobre la Ley que le merezca a la Sala y al Pleno sea dispar. Sin embargo, éste me parece el menos grave, si se admite que esa disparidad no afecta a la estimación del amparo. Esto es, que el Pleno concluya que la norma legal que la Sala ha considerado inconstitucional, no lo es y desestime la autocuestión, no significa dejar sin fundamento la estimación del recurso de amparo, siempre, claro está, que se convenga en que esa estimación, como se ha señalado antes, no implica el *a priori* de la inconstitucionalidad de la Ley, sino que, en todo caso, es precisamente su presupuesto. Así, aunque la Ley acabe siendo declarada no contraria a la Constitución (cosa distinta a declarar que una Ley es conforme a la Constitución, lo que, a mi juicio, no le compete al Tribunal Constitucional), no por ello, el acto lesivo del derecho fundamental ha de dejar de serlo, ni creo que el pleno restablecimiento en el disfrute del derecho fundamental pase necesariamente por la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* de la Ley cuestionada.

Ahora bien, hay otro aspecto de ese posible desajuste entre juicios de constitucionalidad que sí puede ser más enjundioso, y que el libro comentado ha tenido el mérito de apuntar y examinar detenidamente: los perversos efectos que pueda tener en el sistema el que una Sala haya considerado contraria a la Constitución cierta norma legal mientras el Pleno se pronuncia sobre este particular, pues durante ese espacio de tiempo se puede estar aplicando una norma legal cuya validez ha puesto en solfa una Sala del Tribunal Constitucional. El esco-

llo no se salva acudiendo a lo dispuesto en el artículo 40.2 LOTC en relación con el artículo 5.1 LOPJ, diciendo que los tribunales de justicia estarían vinculados entre medias a lo dicho al respecto en los fundamentos jurídicos de la Sentencia de amparo de la Sala, porque, en realidad, no se ha declarado la inconstitucionalidad de esa Ley, y sin esa declaración formal no parece de recibo que los órganos judiciales dejen de aplicarla o suspendan la sustanciación de los procesos en los que esa Ley tuviere aplicación, so pena de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión de las partes en el mismo (art. 24.1 CE).

Y no es el único efecto perverso del artículo 55.2 LOTC, y del que da justa cuenta el libro que se comenta. La estimación del recurso de amparo, salvo que se trate de un fallo estrictamente declarativo, contiene en su parte dispositiva dos fórmulas típicas de restablecimiento del demandante en el disfrute de su derecho o derechos fundamentales lesionados: anular el acto, y/o, en su caso, retrotraer las actuaciones de las que dicho acto resulta ser su consecuencia. Si la Sentencia de amparo ha razonado la eventual inconstitucionalidad de la Ley que da cobertura al acto impugnado, difícil papel será el que le cumpla desempeñar al poder público, habitualmente un órgano judicial, que deba retrotraer las actuaciones y reiniciarlas para adoptar su comportamiento a los criterios establecidos por el juez constitucional. ¿Qué se espera que haga el juez ordinario con la Ley, aplicable al caso; es más, que hizo ineluctable el acto del que trajo causa el recurso de amparo cuyo fallo ahora le ordena retrotraer las actuaciones, y que ha sido tachada en los fundamentos de la Sentencia de inconstitucional? Este escollo tampoco puede evitarse si se concibe el mecanismo del artículo 55.2 LOTC en los términos que yo he defendido antes. Parece que la única solución es que ese juez acuda al artículo 35 LOTC y eleve una cuestión de inconstitucionalidad. Pero este remedio no sana este perverso efecto del mecanismo comentado. Iguales o parecidas tribulaciones sugiere el caso de que el acto lesivo sea imputable a cualquier otro poder público.

Comparto también con Javier Mieres la propuesta de que el uso del expediente del artículo 10.K LOTC se presenta como una solución factible y adecuada para evitar algunos de los efectos negativos y disfunciones que antes se han señalado, y que el libro recensionado examina con detalle y detenimiento. Si el Pleno avoca a su conocimiento aquellos asuntos en los que bien se invoca por las partes, o se suscita en el transcurso de la tramitación del recurso de amparo, la posible inconstitucionalidad de la norma legal que da cobertura al acto impugnado, se logrará solventar en unidad de acto el asunto sin incurrir en los perjuicios advertidos mediante el empleo del artículo 55.2 LOTC. Otro asunto es el relativo a las soluciones ofrecidas de *lege ferenda*.

En este extremo poco cabe decir, pues se trata de una cuestión de técnica

legislativa donde me confieso incapaz de dar siquiera una opinión sensata, ni es una recensión el lugar para terciar en la cuestión, sin perjuicio de reconocer lo atractivo y convincente de la solución ofrecida por Mieres en su monografía. No obstante, esa solución no parece ser tanto la de atribuir a las Salas la posibilidad de solventar la duda de constitucionalidad sobre la Ley en un incidente previo a la resolución del recurso de amparo. Ya que si se tratase de un incidente en sentido técnico procesal, éste debiera solventarse en rigor en una pieza separada, al igual que la de suspensión del artículo 56 LOTC, y que debería concluirse formalmente mediante la pertinente resolución (cabalmente, un Auto), lo que, salvo en las objeciones acerca de las dilataciones del proceso mayor o menor en un caso, a penas tiene diferencias, sustanciales, a mi juicio, con otra solución posible que es la suspensión del amparo mientras resuelve el Pleno sobre el particular (una especie de expediente de avocación del art. 10.K LOTC inverso, siendo la Sala la que eleva al Pleno, la cuestión previa a la resolución del amparo).

En la solución ofrecida por Javier Mieres, donde la participación de los recurrentes y las partes en el proceso, junto con los órganos legitimados para intervenir en los procesos de constitucionalidad, forma parte de una exigencia constitucional capital, implica también atribuir a las Salas la función de declarar la inconstitucionalidad de la Ley, trasponiendo el modelo del artículo 67 LOTC. Pero lo que ahora me importa destacar es que dicha solución es coherente con la idea de fondo, sostenida en la monografía, según la cual, el presupuesto de la estimación del recurso de amparo es la declaración de inconstitucionalidad de la Ley que da cobertura y hace insoslayable el acto impugnado en dicho amparo. Si esto es así, y con el modelo ofrecido por el opúsculo, habría que ver qué sucedería si se llegase a la conclusión de que la Ley no es inconstitucional, o si los motivos de su inconstitucionalidad fuesen distintos a los alegados y que originaron el incidente. Creo que en el trabajo de Javier Mieres palpita, y en ocasiones hasta resulta patente, una cierta querencia, pienso que coherente con su tesis, por el mecanismo procesal del artículo 67 LOTC, y que tengo la impresión de que es el que se tiene en mente cuando se habla del incidente de constitucionalidad en el marco de un recurso de amparo. Un mecanismo que permitiría atender a las exigencias de procedimiento que el control de constitucionalidad de la Ley exige, y, además, no tendría los efectos perversos que Mieres señala en otras soluciones alternativas.

En fin, como puede ver el lector, el libro de Javier Mieres no sólo es un trabajo y bien construido libro sobre derecho procesal constitucional, sino además un libro lleno de sugerentes reflexiones y propuestas que exceden el estricto campo del proceso y con cuya lectura espero que disfruten, al menos, tanto como quien suscribe este comentario.

RESEÑA BIBLIOGRAFICA

