

Universidad de Sevilla
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional



**Protección de derechos fundamentales y
control incidental de constitucionalidad:
Italia y España**

D^a Silvia Romboli

Sevilla, 2017

Universidad de Sevilla
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional



Doctorado en Derecho Constitucional
en cotutela con la Universidad de Pisa - Dipartimento di Giurisprudenza

**Protección de derechos fundamentales y
control incidental de constitucionalidad:
Italia y España**

Directores: **Prof. D. Francisco Javier Pérez Royo**
 Prof. D. Paolo Passaglia

Candidata: **D^a Silvia Romboli**

Sevilla, 2017

Agradecimientos

Con la presentación de este trabajo de investigación llega a su fin y a su cumplimiento una etapa fundamental de mi formación profesional, pero también un período extraordinariamente significativo para mi vida personal. La elección de cursar un doctorado en España, como sabe la mayoría de los que me han acompañado en estos años, se debe tanto a las que fueron razones sentimentales como al descubrimiento de una diferente aproximación al Derecho constitucional con ocasión de mi período Erasmus en el año 2008. Gracias a la exquisita orientación de la Profesora Blanca Rodríguez, a la que aprovecho para agradecerle también haber aceptado formar parte del Tribunal evaluador de la tesis, cambió mi visión del estudio de esta materia, que se convirtió en algo más práctico y dinámico, más atento al momento concreto y a la utilidad de la aplicación del Derecho. Y, en un momento en el que en realidad empezaba a dudar de la elección tomada años antes sobre mi profesión, volví a apasionarme por el estudio del Derecho y decidí dedicarme en particular al constitucional.

Quiero entonces que mis primeras palabras de agradecimientos se dirijan a quién ha permitido que siguiese ese camino, al Profesor Javier Pérez Royo, mi director de tesis, por su confianza en mis posibilidades y por su magisterio. Su apoyo desde el punto de vista académico ha sido fundamental para la elaboración de este trabajo. Pero quisiera, de modo particular, destacar la importancia de su sostén desde el punto de vista personal, y expresarle mi más sincero agradecimiento por haber estado presente en los momentos de dificultad, con afecto y alegría.

Gracias también, y muy especialmente, a mi otro director, el Profesor Paolo Passaglia. La lejanía “física” no ha, afortunadamente, obstaculizado un intenso diálogo e intercambio, y puedo hoy afirmar, gracias a su increíble disponibilidad, haber podido aprovechar sus enseñanzas como si hubiera estado trabajando con él “codo con codo”.

Quisiera también mostrar mi gratitud a todos los miembros del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, cada uno de los cuales ha enriquecido mi crecimiento personal y académico. Quiero dirigir un agradecimiento especial a Abraham Barrero y a Víctor Vázquez por su generosidad y por haber estado, sencillamente, cerca.

Por supuesto debo también expresar mi agradecimiento a los que me han acompañado en la última etapa de la redacción de la tesis. Muchas gracias a los compañeros del Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional, que, con cariño, han soportado mi humor (no siempre excelente) durante estos últimos meses, sin duda los más difíciles. Y en particular al Letrado Jefe del Servicio, el Profesor Luis Pomed, que en estos meses ha hecho posible que compaginara el trabajo en el Constitucional con mi investigación, proporcionándome siempre valiosos consejos. Aprovecho la ocasión para agradecerle al Profesor José María Morales su fundamental orientación durante la preparación de la entrevista para conseguir este puesto; su riguroso y excelente magisterio ha dado, a todas luces, sus frutos, y por esto le soy particularmente reconocida.

Sincero es también mi agradecimiento para los miembros del Tribunal que evaluarán la tesis. Gracias al Profesor Luis López Guerra, cuyo reconocido prestigio académico y conocimiento conseguirá sin duda mejorar el contenido de este trabajo. También agradezco a la Profesora Angioletta Sperti y al Profesor Saulle Panizza haber aceptado formar parte del Tribunal; sus aportaciones serán indispensables para que mi investigación madure académicamente. Además, gracias a su presencia, el trabajo podrá optar a la mención internacional.

A este respecto, quisiera mostrar mis agradecimientos más sinceros al Profesor Dominique Rousseau por su dirección y sus magníficas enseñanzas con ocasión de mis estancias de investigación en la Universidad Panthéon-Sorbonne de París. Un gesto de gratitud que dirijo también al Profesor Otto Pfersmann, al Profesor Emanuele Rossi y al Profesor Antonio Ruggeri por sus minuciosos y extraordinarios informes sobre mi tesis, cuyos comentarios positivos no son del todo merecidos.

Dedico estas últimas palabras a mi familia.

A mi familia de origen, en primer lugar. A mis padres, a los que dedico este trabajo, aunque para nada podrá ser suficiente para recompensarlos de tantos esfuerzos. Gracias de corazón, gracias por el apoyo durante estos años, pero aún más por todos los demás.

Gracias a mi madre, por todas las veces que me ha visto caer en un bache y me ha propuesto ir a pasar un tiempo conmigo, para ayudarme a levantarme. Por intentar convencerme hablándome de su irresistible cocina. Gracias, especialmente, por saber ver las cosas antes que cualquier otro y por intentar avisarme.

Gracias a mi padre, a su sabiduría. Gracias por ser mi gran maestro, en el Derecho y en el día a día. Gracias por todo el tiempo que me ha dedicado, quitándose horas de sueño para revisar mis trabajos. A su infinita paciencia y a su forma divertida de quitarle importancia a los problemas.

Gracias a mi hermano, que no contesta nunca al teléfono. Gracias por contestarme a mí, siempre. Y por quedarse conmigo todo el tiempo que necesite.

Un agradecimiento especial a mis abuelas, que sobre todo en el período en el que uno se forma de verdad, la infancia, nos han enseñado tanto.

Y finalmente, gracias a la familia que cada uno elige por sí mismo. Gracias a mi “hermana” Elisa, a Eleonora y a Sara por tantas horas juntas. A ellas, también, gracias por su paciencia y sobre todo por su alegría y su luz. Por las mismas razones, y por sus risas contagiosas, agradezco a Adolfo. Muchas gracias a Ana y a Rafa, por ser mi apoyo dentro y fuera de las paredes de la Facultad de Derecho, y por hacer que olvidara que se trataba de ir a trabajar.

Gracias a Koldo por compartir conmigo esta etapa de la vida, por sus esfuerzos, y por todo lo que me ha enseñado. Porque, aunque no haya tenido tiempo de reconocérselo, mucho ha cambiado gracias a él.

ÍNDICE:

Agradecimientos I

Abreviaturas XV

INTRODUCCIÓN..... 1

CAPÍTULO PRIMERO

Los orígenes del control incidental de constitucionalidad de las leyes: debates constituyentes e incertidumbres sobre su naturaleza

..... 15

**I. Las elecciones de la Asamblea Constituyente italiana entre dimensión subjetiva y
objetiva..... 17**

1. La vía incidental como solución de compromiso entre exigencias distintas
(aunque conectadas): ¿tutelar los derechos o depurar el ordenamiento? 17

2. La falta de previsión en el texto constitucional de las modalidades de acceso a
la Corte constitucional: la vía incidental como “única” vía de acceso al Juez
constitucional y su naturaleza23

3. Una demostración de la dimensión “subjetiva” u “objetiva del control
incidental de constitucionalidad: la posición de la doctrina y de la jurisprudencia
constitucional sobre la importancia de respetar las reglas del proceso
constitucional28

4. Las fuentes de la justicia constitucional. La regulación del enjuiciamiento de
las leyes activado en vía incidental 31

II. Los albores de la cuestión de inconstitucionalidad española 35

1. Las necesidades de la España posfranquista y la predisposición de un
complejo (y completo) sistema de justicia constitucional: la elección de
múltiples vías de acceso a la jurisdicción constitucional..... 35

2. Una aproximación al debate sobre la naturaleza de la cuestión de
inconstitucionalidad: los motivos de su carácter híbrido (o “impropio”) 40

3. La doctrina española sobre el cumplimiento de las normas del proceso
constitucional. La disciplina de la cuestión de inconstitucionalidad en la
Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 49

CAPÍTULO SEGUNDO

El juez y la fase inicial del juicio incidental

.....	57
I. La determinación del sujeto legitimado para la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad	60
1. La evolución de la noción de “juez” legitimado para plantear una cuestión de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional italiana y española ...	60
2. La intensificación del nivel de tutela de los derechos fundamentales gracias a las interpretaciones de la noción de “juez” propias del control incidental: una aproximación casuística	68
a) Reflexiones paralelas en los dos Países: el Tribunal de Cuentas, los Tribunales constitucionales mismos, los árbitros	68
b) Algunas peculiaridades de los dos ordenamientos jurídicos	74
II. Las condiciones de acceso a la vía incidental: límite o reforzamiento para la tutela de los derechos constitucionales	77
1. Los requisitos previstos en la normativa y la trascendencia de la interpretación de los Tribunales constitucionales	77
a) La prejudicialidad	78
i. Un punto a favor del reforzamiento. La inclinación hacia una lectura amplia del requisito en la jurisprudencia constitucional italiana: el control de constitucionalidad en vía incidental de la ley electoral	78
ii. El debate sobre la presencia del requisito de la prejudicialidad en la doctrina y jurisprudencia española	83
b) La incidentalidad y la definición del juicio <i>a quo</i> como actividad “jurisdiccional”	85
c) El significado del requisito de la relevancia: la relación de instrumentalidad entre las dos fases del juicio incidental de constitucionalidad y la “bifurcación” de la noción	86
2. Tres puntos a destacar relacionados con los requisitos de acceso	90

a) El control de los requisitos de la cuestión incidental de constitucionalidad: el papel del juez ordinario y de las cortes constitucionales	90
b) Algo más sobre el concepto de instrumentalidad: autonomía o dependencia de las dos fases del juicio incidental	94
c) Cuándo una interpretación estricta de la relevancia puede reducir la realización de un derecho y su remedio	100

III. El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en la legislación y en la jurisprudencia constitucional 101

1. Consideraciones introductorias	101
2. El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad como posible límite a la tutela de los derechos constitucionales: dos supuestos difíciles de abordar a través de la cuestión de inconstitucionalidad	105
i. Las denominadas “situaciones patológicas” o “de hecho”	105
ii. ¿Falta de objeto? La omisión del legislador y los remedios elaborados por los jueces ordinarios y por los Tribunales constitucionales	107

IV. Sigue: Las reacciones de los Tribunales constitucionales a la dificultad de garantizar un adecuado nivel de tutela de los derechos ante determinadas tipologías de leyes y actos con fuerza de ley 116

1. Los decretos-leyes	117
2. Las leyes singulares	129
3. Las leyes de interpretación auténtica entre la Corte constitucional y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos	134
4. Menciones a otros “escalones” del sistema de fuentes del Derecho: las leyes orgánicas y leyes constitucionales	139
Sigue: reglamentos y fuentes secundarias, Normas Forales Fiscales, normas que provienen del ordenamiento supranacional	142

V. El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad 150

1. El auto de planteamiento en Italia	150
Sigue. Dos hipótesis que pueden generar la vulneración de los derechos: El lapso demasiado largo entre la suspensión del juicio <i>a quo</i> y el envío de las actuaciones a la Corte constitucional, y el uso “engañoso” de la cuestión de	

constitucionalidad, lejos de las finalidades propias del instrumento	152
2. El auto de planteamiento en España	154
Sigue. Las hipótesis en las que pueden derivarse efectos negativos para la tutela de los derechos: la elección del juez <i>a quo</i> de no plantear una cuestión y la posibilidad, en estos casos, de tutelar los derechos fundamentales de las partes a través del amparo constitucional	156

VI. Una visión de conjunto y algunas consideraciones adicionales: el papel del juez en la tutela de los derechos a través del control incidental de constitucionalidad

1. La ampliación del rol “decisional” del juez en Italia	164
i. la obligación de la interpretación conforme	164
ii. Sigue: la utilización de las denominadas “sentencias aditivas de principios” por la Corte constitucional	169
2. La falta de obligación de la interpretación conforme en España	172

CAPÍTULO TERCERO

Las partes ante el juez ordinario y ante los Tribunales constitucionales

.....	179
-------	-----

I. La fase *a quo* del juicio incidental: las facultades de actuación de las partes ante el juez ordinario

1. Peculiaridades: El trámite de audiencia previa a las partes en España como único momento de “comunicación”, hasta el 2007, entre las partes del juicio <i>a quo</i> y el Tribunal Constitucional	185
---	-----

II. La identificación de la noción de “parte” legitimada para participar en la fase *ad quem* en la jurisprudencia constitucional

1. Peculiaridad destacable: Las problemáticas conexas con la notificación del auto de planteamiento en Italia	189
2. El estudio “de campo” en la identificación de la noción de parte: algunos supuestos de sujetos excluidos del juicio <i>ad quem</i> ..	193
a) Las partes que se incorporan en el proceso <i>a quo</i> después de su suspensión	193

b) Las partes que ostentan un “interés legítimo” a personarse, pero no participaron (pudiendo hacerlo) en el proceso <i>a quo</i>	194
c) Las partes en los juicios “similares” al juicio suspendido esperando la decisión de la Corte: los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” de los tribunales ordinarios	196
d) Sigue: las acumulaciones y los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” del Tribunal Constitucional español	197
e) La sucesión en el estatus de parte del juicio <i>a quo</i>	198
f) El Ministerio Publico, el abogado de la parte y los órganos del Estado	199
g) Los “auto interlocutorio” y su utilidad para las aclaraciones sobre la noción de “parte”	202

3. La condena del TEDH a España (caso Ruiz Mateos) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007 que abre las puertas del proceso ante el Tribunal Constitucional a las partes del proceso <i>a quo</i>	204
--	-----

III. La fase *ad quem* y la participación de las partes ante el Juez constitucional para la defensa de los derechos constitucionales implicados. Algunos supuestos controvertidos

1. La obligatoriedad de los plazos en la personación de las partes	211
2. El principio de gratuidad y la paradoja, en Italia, de la necesaria defensa técnica por parte de un abogado “ <i>cassazionista</i> ”	213
3. Las facultades de actuación de las partes y su posible reducción derivada del mayor recurso a la deliberación “a puertas cerradas” (<i>Camera di Consiglio</i>) con respecto a la audiencia pública y de la acumulación de asuntos	215

IV. La presencia en el juicio constitucional de sujetos distintos a las partes del juicio *a quo*: el reconocimiento de la legitimación en favor de “terceras partes” titulares de un “interés cualificado”

V. Algunas consideraciones sobre el papel de las partes en el proceso constitucional de control incidental

CAPÍTULO CUARTO

Los Tribunales constitucionales y el significado de sus sentencias para la tutela de los derechos fundamentales

..... 229

I. Los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad: nulidad y expulsión de la norma del ordenamiento jurídico bajo el prisma de su regulación 231

- 1. La normativa 231
- 2. Algunas dudas “iniciales” sobre la regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, resueltas por la Corte constitucional italiana 234

Sigue: ...y de la praxis 237

- 1. La eficacia en el tiempo: la posibilidad de aplazar el *diez a quo* 237

Sigue. Un caso peculiar de eficacia: la declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral en Italia 245

- 2. El alcance del fallo: la inconstitucionalidad sin nulidad, la inconstitucionalidad “comprobada pero no declarada” 247

II. Peculiaridad de la experiencia española: Los efectos de la inconstitucionalidad de una ley declarada por sentencia sobre los recursos de amparo en curso que traen origen de actos de aplicación de la ley anulada 250

- a) La STC 159/1997, de 2 de octubre, como pronunciamiento de referencia . 251

- b) Pronunciamientos posteriores en la materia 259

III. Cuando los Tribunales constitucionales no se limitan a declarar la inconstitucionalidad: la actividad creativa 262

- 1. Las sentencias interpretativas desestimatorias 262

- a) la experiencia italiana 262

Sigue. La consecuencia de la utilización de las “sentencias interpretativas desestimatorias”: las denominadas “guerras” entre la Corte constitucional y la Corte de Casación 265

- i. La primera “guerra entre las dos Cortes” 265
- ii. La segunda “guerra entre las dos Cortes” 267

iii. La obligación para el juez ordinario de buscar la interpretación conforme a la Constitución y sus consecuencias en las “sentencias interpretativas desestimatorias”	271
b) la experiencia española	273
2. Las sentencias manipulativas	275
Sigue. Los límites a la intervención “manipulativa” en algunas materias concretas	279
a) la materia penal incriminatoria y los límites que derivan del principio de equilibrio presupuestario	279
b) las leyes constitucionalmente necesarias	282
IV. Consideraciones conclusivas en mérito al cometido de los Tribunales constitucionales	283
1. Las influencias de la actividad de los Tribunales constitucionales en las relaciones con los demás poderes del Estado	283
2. Un balance sobre los resultados de la actividad de los Tribunales constitucionales en la tutela de los derechos	287
3. La actividad creativa de la Corte y sus límites: los denominados “nuevos derechos”	291
Sigue: Los límites a la actividad creativa de la Corte, la actividad de ponderación y la distinción entre “derechos constitucionales” y “derechos legales”	292
CAPITULO QUINTO	
<i>La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” europea y convencional y la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-límites”</i>	
.....	295
I. Premisa. La tutela multinivel de los derechos y el “dialogo” entre Cortes a través del instrumento prejudicial	297
II. El mecanismo de la prejudicial en la cuestión ante el Tribunal de Justicia y la naturaleza del procedimiento previsto en el protocolo n. 16 para solicitar opiniones consultivas del Tribunal Europeo relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo	307

III. Una comparación entre las características de la prejudicial constitucional, europea y convencional 317

- a) los sujetos legitimados 317
- b) el carácter obligatorio o facultativo 322
- c) el objeto 328
- d) el contradictorio y el rol de las partes en el juicio *a quo* y ante los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo 330
- e) la decisión y su eficacia 333

Sigue: Unas breves consideraciones finales 336

Sigue: Una particularidad que deriva del sistema de justicia constitucional español: el recurso de amparo contra la negativa del órgano jurisdiccional de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia 339

- a) Encuadramiento de la problemática 339
- b) La protección del Tribunal Constitucional en caso de negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Juez de Luxemburgo por parte de la jurisdicción ordinaria 341

IV. La “doble prejudicialidad” constitucional y europea: las hipótesis posibles y los criterios para elegir un orden de preferencia 354

1. Italia: dos casos de doble prejudicialidad 356

2. España: los supuestos de doble prejudicialidad. La concurrencia (anterior, posterior o simultánea) de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo en España 361

- i. Un caso de concurrencia: el planteamiento anterior de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo a la cuestión incidental ante el Tribunal Constitucional 362
- ii. El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de la cuestión prejudicial y los supuestos de planteamiento simultáneo (la doble prejudicialidad en sentido estricto) 367

V. La doble prejudicialidad” constitucional y convencional 369

Sigue: La Carta de los derechos de la Unión Europea y la hipótesis de adhesión de la UE al Convenio: la posibilidad de una “triple prejudicialidad” 371

VI. La defensa de los principios supremos de la Constitución frente al Derecho de la Unión Europea: los contra-límites, de amenaza a la posibilidad de una real utilización 374

1. La experiencia española: el Tribunal Constitucional y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia: el caso *Melloni* 378

La Sentencia 26/2014 del Tribunal Constitucional: la conclusión del caso *Melloni* 397

2. La experiencia italiana: la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de la prejudicial europea por la *Corte costituzionale*. El caso *Taricco* a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia 407

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

..... 427

Primer capítulo 429

Segundo capítulo432

Tercer capítulo 446

Cuarto capítulo 456

Quinto capítulo 470

BIBLIOGRAFÍA 487

ABREVIATURAS

ATC Auto del Tribunal Constitucional

CDFUE Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE Constitución Española

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CI Cuestión de inconstitucionalidad

FJ Fundamento Jurídico

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOTIC Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJUE Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TC Tribunal Constitucional

TCUE Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TS Tribunal Supremo

TUE Tratado de la Unión Europea

UE Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Introduzione

INTRODUCCIÓN

Introduzione

La finalità della tesi è quella di indagare circa il livello di tutela dei diritti fondamentali realizzato attraverso il giudizio sulle leggi attivato con la via incidentale, vale a dire da un giudice nell'ambito di un giudizio secondo il principio della pregiudizialità.

La ricerca sarà svolta con riguardo a due diverse esperienze, quella italiana della Corte costituzionale e quella spagnola del *Tribunal constitucional*, in ragione di elementi di analogia e di differenziazione, che possono rendere la comparazione per più versi significativa.

Una tesi pertanto in materia di giustizia costituzionale, rispetto alla quale due saranno i temi su cui accentrare l'attenzione: quello della tutela dei diritti fondamentali, da un lato e quello di un tipo di procedimento costituzionale, quello appunto in via incidentale, dall'altro.

Con specifico riferimento ai diritti fondamentali, l'approvazione di Costituzioni rigide, in quanto collocate ad un livello superiore rispetto alla legge, determina un assoluto capovolgimento nei rapporti tra quest'ultima ed i diritti. Nell'ordinamento precedente, caratterizzato da Carte costituzionali flessibili e dalla assoluta primazia della legge, i diritti dipendevano dalla legge nella loro esistenza e per la individuazione dei limiti alla titolarità ed all'esercizio dei medesimi, mentre in una costituzione rigida, al contrario, sono i diritti costituzionali a rappresentare un limite alla legge e allorchè quest'ultima si ponga in conflitto con gli stessi, deve essere dichiarata incostituzionale ed eliminata dall'ordinamento.

Un sistema di giustizia costituzionale risulta, come noto, strumentale per una garanzia giurisdizionale della Costituzione e tendente di conseguenza a proteggere la sua superiorità rispetto a tutti gli altri atti normativi ed *in primis* alla legge ed agli atti aventi forza di legge.

Nella dichiarazione di Antigua (1992), sul presupposto che la garanzia e la protezione effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione si presentano come un elemento indispensabile per l'affermazione di un ordine democratico e stabile, si afferma che "l'esistenza di una giustizia costituzionale è divenuta un elemento

essenziale della garanzia della libertà e degli altri diritti fondamentali. Essa postula in primo luogo l'esistenza di procedure specifiche ed efficaci tali da assicurare la protezione immediata di tali diritti nei confronti delle norme legislative (grazie ai diversi ricorsi offerti per farli valere) sia nei confronti degli atti incostituzionali dei poteri pubblici o dei soggetti privati".

Le ragioni per le quali abbiamo ritenuto di scegliere il giudizio in via incidentale, quale strumento tra gli altri di garanzia dei diritti fondamentali, risiedono principalmente nel ruolo assolutamente particolare e di estremo significato che questo viene ad assumere in Europa nel momento in cui, dopo la seconda guerra mondiale, si decide di introdurre un sistema di giustizia costituzionale, in un significato nuovo e di grande interesse anche per la tutela dei diritti fondamentali e quindi di individuare un preciso modello di giustizia costituzionale.

I modelli allora esistenti e maggiormente conosciuti, come noto, erano quello "diffuso" nordamericano e quello "accentrato" austriaco e la scelta di adottare l'uno o l'altro modello o sistema implica, come rilevato in dottrina, una opzione ideologica fondamentale, rivelatrice del modo di intendere la democrazia.

Nel tentativo di dare un equilibrio tra il principio di superiorità della Costituzione e la forza della legge, un sistema accentrato nel suo carattere puro implica quello che è stato definito da Gustavo ZAGREBELKY il "privilegio del legislatore", il quale si fonda su due aspetti: prevedere un giudice "speciale" per il controllo delle leggi, al pari di quanto nella seconda metà dell'Ottocento era avvenuto per il giudice speciale dell'"amministrazione", nonché riconoscere che la legge è valida ed obbligatoria per tutti finché non è dichiarata incostituzionale.

In tal modo non si elimina il rischio di leggi incostituzionali, ma si evita di minare il ruolo e l'efficacia della legge nei riguardi dell'opinione pubblica, garantendo la certezza del diritto (RUBIO LLORENTE). Una scelta, come è stato affermato, di perdere in accessibilità, ma di guadagnare in sicurezza (AHUMADA RUIZ).

A differenza di quanto accade per i paesi che hanno scelto di adottare il sistema diffuso nordamericano, nel caso del sistema accentrato si pone all'evidenza il problema di individuare le vie di accesso al Giudice costituzionale e quindi i soggetti legittimati a ricorrere e le condizioni in ragione delle quali l'accesso si rende possibile o, in alcuni casi, doveroso.

La conseguenza è che - a fronte di uno dei due classici modelli "puri" (quello diffuso) che, almeno a prima vista, dovrebbe poter subire poche e limitate variabili da

parte dei paesi che intendano adottarlo – il modello accentrato è invece destinato a ricevere applicazioni assai diverse l’una dall’altra in conseguenza appunto della scelta in ordine alla via di accesso e della estrema importanza delle stesse per poi qualificare il giudizio costituzionale e per individuare le principali finalità che lo stesso tende a realizzare.

Il controllo accentrato determina la situazione particolare nella quale viene a trovarsi il giudice chiamato ad applicare una legge che ritiene incostituzionale o sulla quale quanto meno nutre dubbi di conformità alla Costituzione.

Da un lato esiste infatti il principio di superiorità della Costituzione e dall’altro quello di soggezione del giudice alla legge, un dilemma risolto, come noto, nella esperienza nordamericana nella possibilità di disapplicare la legge, accogliendo quanto affermato da Hamilton nel *Federalista* e poi recepito nella famosa decisione del 1803 *Marbury versus Madison*.

In Europa l’analogo problema viene risolto invece attraverso l’introduzione della via incidentale, la soggezione del giudice alla legge, diviene una soggezione “a condizione che la legge sia conforme alla Costituzione”, dal momento che, come affermato nella storica pronuncia del 23 agosto 1985 del Conseil constitutionnel “*la loi votée n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*”.

Nel caso di un dubbio sulla costituzionalità della legge viene riconosciuto al giudice la possibilità di astenersi dal giudicare, chiedendo l’intervento chiarificatore del Giudice costituzionale.

Questo il significato del giudizio in via incidentale per il “dilemma” che si pone al giudice e soprattutto per la tutela dei diritti fondamentali fatti valere nel giudizio che si svolge davanti al medesimo.

La scelta operata a favore del riconoscimento di una via incidentale per l’accesso al Giudice costituzionale viene a svolgere un ruolo di fondamentale importanza nella qualificazione del modello di giustizia costituzionale adottato, tale che conduce la dottrina a parlare di un terzo, diverso modello che viene ad inserirsi in una posizione intermedia tra quello accentrato kelseniano e quello diffuso nordamericano.

E’ infatti in considerazione della presenza del controllo incidentale delle leggi che viene ricostruito il modello di giustizia costituzionale definito “intermedio” (CAPPELLETTI) o più frequentemente “misto”.

Si parla in proposito, sempre in considerazione della via incidentale, di un “modello europeo” contrapposto a quello nordamericano, anche se per alcuni si

tratterebbe di un adeguamento del modello austriaco, mentre per altri di un adeguamento del modello nordamericano.

L'esperienza derivata dall'effettivo funzionamento della giustizia costituzionale in Europa determina, sempre sulla base di come si è realizzato il controllo delle leggi attraverso la via incidentale, un ulteriore ripensamento in ordine alle tradizionali classificazioni dei modelli e dei sistemi di giustizia costituzionale.

Particolarmente significativi, ai fini del tema che andremo a trattare in questa tesi, le tesi avanzate da due autorevoli costituzionalisti recentemente scomparsi, RUBIO LLORENTE e PIZZORUSSO.

Il primo ha invitato infatti a sostituire la tradizionale contrapposizione tra sistemi accentrati e diffusi, per far riferimento a tratti più concreti, proponendo una classificazione fondata sulla effettiva tutela dei diritti fondamentali e quindi sulla verifica di quali modelli realizzano meglio questo valore. L'illustre costituzionalista spagnolo procede, su questa base, a distinguere tra i "sistemi oggettivi", fondati sulla finalità di eliminare dall'ordinamento leggi incostituzionali e di meglio preservare l'autorità della legge, depurandola da eventuali vizi, rispetto ai "sistemi soggettivi", che tendono invece a garantire la effettività dei diritti fondamentali. RUBIO LLORENTE ritiene quindi che il primo modello sia caratterizzato, quanto alle vie di accesso, da un ricorso astratto, in via principale, mentre il secondo dal ricorso in via incidentale e dagli altri strumenti, quali il ricorso individuale diretto, posti a protezione dei diritti di libertà.

PIZZORUSSO, invece, parte dal presupposto che il reale funzionamento della giustizia costituzionale in Europa ha espresso due elementi di grande importanza: il ruolo non solo e non tanto negativo dei Giudici costituzionali, bensì anche normativo e soprattutto la realizzazione di un sistema misto, a seguito della previsione di un giudizio in via incidentale. In considerazione di ciò propone, a sua volta, di sostituire la tradizionale contrapposizione accentrato/diffuso con la distinzione tra "sistemi astratti" e "sistemi concreti". I sistemi astratti sono quelli tendenti a garantire oggettivamente l'ordinamento ed il rispetto delle diverse sfere di competenza, con una tutela solo indiretta dei diritti, mentre con i secondi la tutela assicurata si rivolge principalmente alle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini ed appaiono perciò principalmente diretti a realizzare la protezione dei diritti fondamentali di libertà previsti dalla Costituzione. Anche in questo caso, passando a considerare le vie di accesso, PIZZORUSSO inserisce il giudizio in via incidentale quale elemento che caratterizza i "sistemi concreti".

La via di accesso incidentale rappresenta di conseguenza un elemento di “diffusione” per quei sistemi che hanno accolto il modello accentrato, dal momento che consente l’accesso al Giudice costituzionale a tutti i giudici, recependo un elemento tratto dal modello nordamericano e determinando la figura del controllo accentrato ad iniziativa diffusa e costituisce per alcuni (Augusto CERRI) il modo generale, a disposizione cioè di ogni consociato, di accedere alla Corte per questioni costituzionalità delle leggi e di atti ad essa equiparati.

Certamente l’elemento di diffusione attiene al momento della iniziativa e - se è vero che ciò ha ridotto le distanze tra i due modelli, dando un consistente apporto a quella che è stata definita la traiettoria di avvicinamento tra gli stessi (ARAGÓN REYES) – appare altrettanto indubbio che, allo stato attuale, la fondamentale differenza consiste nel fatto che la pronuncia di incostituzionalità rimane comunque riservata al Giudice costituzionale, mentre il potere decisionale del giudice comune si ferma alla possibilità di escludere la sussistenza del vizio.

Tale conclusione non può ancora potersi dire scalfita – a livello di giudizio di costituzionalità della legge e prescindendo da quello di conformità al diritto dell’Unione europea – dalla pur importante giurisprudenza relativa alla valorizzazione del potere interpretativo del giudice e della c.d. interpretazione conforme.

La scelta a favore di una via incidentale risponde alla esigenza di dare una garanzia ai diritti fondamentali e di valorizzare quel momento soggettivo che è naturalmente presente nei processi che si svolgono davanti al giudice comune.

Limitare l’accesso al ricorso di soggetti politici avrebbe significato lasciare che l’impugnazione di una legge seguisse criteri e valutazioni di ordine politico, mentre la via incidentale rappresenta non un ricorso, bensì un “incidente” che viene a porsi all’interno di un concreto giudizio che si svolge davanti ad un giudice e, sulla base della condizione della rilevanza, la decisione sulla costituzionalità della legge è destinata a svolgere *in primis* effetti proprio su quel giudizio che è rimasto sospeso in attesa di una decisione del Giudice costituzionale.

Il giudizio comune, nel quale si fa questione di diritti soggettivi, non rappresenta, come appare ormai acquisito, una mera “*occasio*” del giudizio costituzionale, ma è tale da colorare quest’ultimo di effetti e di regole specifiche.

Come infatti sottolinea Gustavo ZAGREBELSKY, il momento della giurisdizione è quello in cui vengono in contatto il diritto dal punto di vista politico (*lex*) e il diritto dal punto di vista dei singoli (*iura*) ed il giudizio comune è il luogo di

incontro di fronte ad un soggetto imparziale ed equidistante tra l'uno e l'altro. La questione di costituzionalità nasconde quindi un contrasto latente tra aspetti di diritto soggettivo (le parti ed i loro diritti) e una organizzazione di tipo oggettivo tesa alla eliminazione della legge incostituzionale. La tensione tra i due momenti si riverbera necessariamente sulla configurazione del controllo di costituzionalità, come funzione di intermediazione tra il diritto in senso oggettivo e i diritti in senso soggettivo.

Una domanda quindi che potremmo porci, e che è stata diversamente risolta in dottrina, concerne il grado di tutela che può essere riconosciuto ai diritti fondamentali da parte di un Giudice costituzionale che in fondo giudica sulle norme e non sui diritti ed in un sistema dove non può dirsi configurabile un diritto alla costituzionalità delle leggi che può, come tale, essere fatto valere davanti ad un giudice.

Un illustre costituzionalista italiano (PALADIN) nel 1988 ha sostenuto che l'aver limitato l'accesso alla Corte costituzionale alla via incidentale avrebbe fatto sì che questa si sia presentata sempre più come giudice della ragionevolezza delle scelte legislative e non come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale, piuttosto marginali, concludendone che solo l'introduzione di un ricorso diretto avrebbe consentito di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà e di porre la Corte in una posizione di sovraordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.

I successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale portano a non poter condividere una simile conclusione, ma il fatto che con altrettanta certezza l'operazione di transizione da un modello accentrato ad uno diffuso non può ritenersi ad oggi ancora realizzata, fa concludere che la via incidentale debba tuttora essere qualificata come una "cerniera situata al limite dei due modelli" (RUBIO LLORENTE).

Per questo la scelta di dedicare il lavoro di ricerca di questa tesi alla verifica del grado di tutela offerto da questo strumento di accesso al Giudice costituzione che mantiene elementi riconducibili ad una dimensione certamente "oggettiva", ma che sembra essere stato scelto come modo di avvicinamento al sistema nordamericano e per garantire i diritti fondamentali e quindi in una dimensione "soggettiva".

Una via di accesso quindi che, nella sua esperienza concreta, potrà valorizzare gli elementi presenti di "oggettività" nell'interesse dell'ordinamento e con uno sguardo solo indiretto alle situazioni sostanziali presenti nel giudizio *a quo* oppure al contrario

potrà valorizzare gli elementi di “soggettività” e concretezza e pertanto i diritti fondamentali fatti valere davanti al giudice comune.

Una risposta potrà derivare all’evidenza solamente da una verifica di come concretamente il giudizio in via incidentale si è finora realizzato e per questo il metodo che sarà seguito nella tesi sarà quello di svolgere, sulla base di una ricostruzione delle posizioni assunte in proposito dalla dottrina, una indagine sul campo, attraverso cioè la lettura della giurisprudenza costituzionale con specifica attenzione ai momenti che potranno risultare più importanti e significativi per le finalità che abbiamo appena ricordato.

Come detto l’indagine sarà svolta con riferimento a due specifiche esperienze, quella italiana e quella spagnola in comparazione le quali, secondo quanto scritto in precedenza, rientrano entrambe in quello che alcuni chiamano il “modello europeo”.

Come esattamente posto in rilievo da RUBIO LLORENTE il riferimento ad un “unico” modello europeo risulta essere “velletario ed evanescente”, stante le molte differenze esistenti tra le esperienze che vengono ricondotte a quel modello, le quali si rivelano in certi casi di entità maggiore rispetto a quelle esistenti tra il modello europeo e quello nordamericano.

Il motivo della scelta dell’Italia e della Spagna come modelli da comparare, nasce proprio dal rilievo di RUBIO LLORENTE e dal fatto che partiamo da una situazione normativa per più aspetti analoga. Se guardiamo infatti alle disposizioni costituzionali ed alla normativa di attuazione, il giudizio in via incidentale nei due sistemi di giustizia costituzionale appare in larga parte simile.

Andando però a guardare al fenomeno in maniera più particolareggiata, non possiamo non notare come vi siano differenze tutt’altro che secondarie che potrebbero incidere nella realizzazione della singola esperienza e nei risultati da questa raggiunti. Differenze, da un lato, di natura sistematica all’interno del sistema di giustizia costituzionale, dall’altro, di carattere temporale, nonché di carattere istituzionale.

Sotto il primo aspetto il sistema spagnolo offre infatti una pluralità di vie attraverso le quali è possibile portare una legge o un atto avente forza di legge all’esame del *Tribunal constitucional*, mentre nel caso italiano le vie di accesso sono formalmente due – quella incidentale e quella principale attivabile solo dallo stato e dalle regioni – e, nei primi venticinque anni di attività, sostanzialmente una, stante la mancata attuazione delle regioni ordinarie.

A ciò si aggiunga che in Spagna è previsto, a tutela dei diritti fondamentale, il ricorso diretto individuale, rappresentato dall'amparo costituzionale, istituto non presente nell'esperienza italiana, anche se in più di un'occasione si è discusso circa la possibilità di una sua previsione.

Sotto l'aspetto temporale, in Italia la previsione costituzionale (1948) riceve la sua attuazione nel 1953 e la Corte costituzionale inizierà concretamente a funzionare nel 1956, mentre il *Tribunal constitucional* lo farà dopo circa venticinque anni (1980).

In considerazione di ciò il Tribunale Costituzionale spagnolo ha potuto tenere di conto della pregressa attività della Corte costituzionale, soprattutto con riguardo ai problemi che sorgono nell'attuazione del giudizio in via incidentale, molti dei quali erano stati già affrontati e risolti dal Giudice costituzionale italiano.

Sotto l'aspetto istituzionale appare di tutta evidenza il ruolo fondamentale che nella pregiudizialità costituzionale viene a svolgere il giudice comune (il celebre "portiere" di CALAMANDREI), la sua maggiore o minore sensibilità ai nuovi valori costituzionale ed il grado di collaborazione che viene ad instaurarsi tra questi ed il Giudice costituzionale.

Una realtà istituzionale, quella della magistratura, che certamente si atteggia in maniera differente nei due paesi e ciò in considerazione di molteplici ragioni storiche, politiche e connesse al grado di autonomia e di indipendenza da questa effettivamente raggiunta nei rapporti con gli altri poteri dello Stato e con quello esecutivo in particolare.

Sempre sotto l'aspetto istituzionale appare evidente come una notevole influenza deriverà dall'inserimento del Giudice costituzionale nella forma di governo, vale a dire dai rapporti che verranno concretamente ad instaurarsi tra questo e gli altri soggetti istituzionali, con particolare riguardo al legislatore, al governo ed alla autorità giudiziaria (PÉREZ ROYO).

Tali elementi ci hanno indotto a considerare utile un'analisi svolta sulla giurisprudenza costituzionale allo scopo di comparare i risultati cui giungono, nel garantire i diritti fondamentali, i due Giudici costituzionali attraverso il medesimo strumento del giudizio in via incidentale sulle leggi.

A tal fine riteniamo preferibile, in quanto più efficace, procedere ad una comparazione sui singoli aspetti presi in considerazione, anziché contrapporre, in capitoli separati, l'esperienza italiana e quella spagnola.

Per iniziare è nostra intenzione procedere ad una ricostruzione storica delle scelte operate dal Costituente prima e dal legislatore di attuazione successivamente, in ordine al sistema di giustizia costituzionale più idoneo a garantire la superiorità della Costituzione sulla legge e quindi la garanzia dei diritti fondamentali in essa previsti.

Particolare attenzione vorremmo porre, nella ricostruzione, a quelle scelte che più esprimono la “dimensione oggettiva” della giustizia costituzionale e di quelle che, al contrario, possono sembrare colorare la stessa in una “dimensione soggettiva”.

In considerazione della loro importanza, per le ragioni prima segnalate, vorremmo ricostruire le ragioni che hanno portato alla individuazione delle specifiche vie di accesso al Giudice costituzionale e dei soggetti legittimati a ricorrere.

Il proposito è altresì procedere ad una verifica dell’importanza che il Giudice costituzionale ha attribuito alle regole del processo costituzionale ed al reale rispetto delle medesime, nella convinzione che ciò sia un chiaro sintomo della natura giurisdizionale e non politica del giudizio costituzionale e quindi dell’attenzione alla tutela delle posizioni soggettive coinvolte.

La nostra indagine sul campo della giurisprudenza costituzionale intende, come detto, verificare il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dalla via incidentale ed allo scopo abbiamo creduto opportuno raggruppare i diversi momenti maggiormente qualificanti attorno a tre figure principali del processo costituzionale.

A tal fine avremmo pensato al giudice comune, alle parti dei giudizi nell’ambito del quale la questione di costituzionalità viene sollevata ed infine alla Corte costituzionale. Ad ognuno di questi aspetti penseremmo di dedicare un apposito capitolo della tesi.

Attorno alla figura del giudice vorremmo portare la nostra attenzione a tutti quei problemi che sorgono nella fase del giudizio costituzionale normalmente indicata come “la fase davanti al giudice *a quo*”, partendo proprio dalla nozione accolta di “giudice” e di “giudizio”, al fine di verificare se viene adottato quella tradizionale derivante dalle norme dell’ordinamento giudiziario oppure se sia stata creata da parte della giurisprudenza costituzionale una figura autonoma, valida solo per il giudizio costituzionale.

Intendiamo poi analizzare il tipo di interpretazione seguito in ordine alle condizioni richieste per la valida instaurazione del giudizio costituzionale e dedicare specifica attenzione al requisito della rilevanza, la quale segna, come noto, il momento

di contatto tra il procedimento comune, e gli interessi ivi fatti valere, ed il giudizio costituzionale.

Vorremo infine verificare, tra gli atti aventi forza di legge, quali di essi (ad esempio il decreto legge, le leggi di interpretazione autentica o le leggi-provvedimento) abbiamo determinato, per le loro peculiari caratteristiche, problemi per la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Intorno alla figura della parte privata intendiamo invece ricostruire i problemi attinenti al contraddittorio che viene effettivamente realizzato sulla questione di costituzionalità della legge, sia nella fase che si svolge davanti al giudice *a quo*, sia in quella davanti al Giudice costituzionale.

Particolare considerazione verrà rivolta alla seconda delle due fasi, in quanto l'attenzione al contraddittorio ed al rispetto delle regole che tendono a garantire la presenza dei soggetti espressamente legittimati dalla legge, sarà all'evidenza sintomo della considerazione in cui il Giudice costituzionale tiene i diritti coinvolti nel giudizio principale.

Vorremmo poi verificare i poteri riconosciuti e quelli effettivamente esercitati dalle parti dei giudizi *a quibus* e pertanto il ruolo da esse svolto, se essenzialmente a tutela dei propri diritti oppure nell'interesse generale, in una posizione cioè di "amici curiae".

La posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla possibile presenza nel giudizio costituzionale di soggetti "terzi", differenti cioè dalle parti espressamente legittimate, sarà anch'essa oggetto di una specifica indagine, per ricostruire le ragioni in base alle quali il Giudice costituzionale ha ritenuto di doverli ammettere oppure invece ha negato la loro presenza.

La terza figura, come detto, sarà quella del Giudice costituzionale ed i problemi che intendiamo affrontare saranno pertanto quelli relativi alla parte finale del processo costituzionale ed alla tipologia delle decisioni adottate.

Particolare attenzione intendiamo dedicare, per la efficacia da questa prodotta nell'ordinamento, alla pronuncia di illegittimità costituzionale, dal momento che gli effetti demolitori da essa prodotti possono determinare una situazione in certi casi di maggiore sofferenza rispetto a quella cui si intende porre rimedio. Vorremo in altri termini esaminare in quali casi ed in che limiti il Giudice costituzionale ha voluto privilegiare il dialogo con il legislatore, trascurando gli interessi presenti nel giudizio *a*

quo (come nel caso delle dichiarazioni di incostituzionalità che tuttavia non producono anche la nullità dell'atto, o che differiscono tale effetto nel tempo).

Nella tipologia delle pronunce avremmo deciso di analizzare quei tipi di pronuncia (ad esempio le sentenze interpretative di rigetto o le sentenze manipolative) attraverso le quali il Giudice costituzionale intende, nelle condizioni del momento, raggiungere il maggior risultato possibile per la tutela dei diritti, allo scopo di verificare se tali effetti siano in realtà effettivamente raggiunti.

Negli ultimi anni è risultato evidente come la tutela dei diritti fondamentali non possa essere considerata una specifica competenza degli stati, ma come sia da ritenere ormai il risultato di una attività che si realizza a diversi livelli (la c.d. tutela multilivello dei diritti), nazionali e sovranazionali.

In considerazione di ciò dedicheremo un capitolo finale specificamente ad una comparazione tra la pregiudizialità costituzionale e lo stesso meccanismo di sospensione del giudizio in attesa della soluzione di un problema rilevante per la conclusione del processo in corso, seguito per il rinvio interpretativo davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea e previsto dal Protocollo n. 16 allegato alla Cedu per la richiesta di pareri alla Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine alla interpretazione dei diritti e delle libertà previsti dalla Cedu.

A tal fine è nostra intenzione procedere ad un esame del funzionamento delle pregiudizialità eurounitaria e comunitaria, attraverso i criteri e le tematiche già utilizzate per la pregiudizialità costituzionale, vale a dire la nozione di giudice o di soggetto legittimato, le condizioni per l'esercizio, l'oggetto del rinvio, il contraddittorio davanti al giudice *a quo* ed alla Corte, la decisione e l'efficacia della stessa.

Vorremmo quindi concentrarci su alcune conseguenze derivanti dall'espandersi della tutela multilivello e del metodo del "dialogo" tra i giudici al fine della maggiore tutela dei diritti fondamentali ed in particolare ai riflessi che tutto ciò ha prodotto sul modo di operare del giudice nazionale nella sua attività di garante attraverso lo strumento del giudizio incidentale sulle leggi.

In tal senso, ci occuperemo del fenomeno denominato della "doppia pregiudizialità", che viene a realizzarsi nel caso in cui il giudice si trovi a poter contemporaneamente rimettere la questione di costituzionalità al Giudice costituzionale ed effettuare un rinvio interpretativo alla Corte di giustizia oppure a richiedere un parere alla Corte europea.

Interessante sarà la verifica di quale sia stato in proposito l'atteggiamento tenuto nelle due esperienze prese in considerazione e delle ragioni in base alle quali si sia ritenuto di considerare prioritaria l'una o l'altra richiesta.

Un secondo aspetto che vorremmo analizzare è invece quello relativo al possibile utilizzo degli strumenti di garanzia allo scopo di denunciare la violazione di un diritto fondamentale da parte di un atto normativo dell'Unione europea, chiedendo la dichiarazione di incostituzionalità della legge per la parte in cui ha introdotto nel nostro ordinamento la disposizione censurata.

Il tema risulta strettamente connesso alla possibilità, da parte del Giudice costituzionale, di far valere i c.d. controlimiti, rispetto alla quale di recente si sono presentati in Spagna ed in Italia due casi (rispettivamente Melloni e Taricco) che riteniamo sia molto utile esaminare nei contenuti e confrontare nelle soluzioni.

CAPÍTULO PRIMERO

***Los orígenes del control incidental de constitucionalidad de las leyes:
debates constituyentes e incertidumbres sobre su naturaleza***

CAPÍTULO PRIMERO

Los orígenes del control incidental de constitucionalidad de las leyes: debates constituyentes e incertidumbres sobre su naturaleza

I. Las elecciones de la Asamblea Constituyente italiana entre dimensión subjetiva y objetiva

1. La vía incidental como solución de compromiso entre exigencias distintas (aunque conectadas): ¿tutelar los derechos o depurar el ordenamiento?

La creación de un sistema de justicia constitucional en Italia, al igual que en otros países europeos, tiene su justificación en la decisión de atribuir al texto constitucional un valor y una eficacia superiores a la ley (la denominada rigidez de la Constitución). Como es notorio, el objetivo fue preservar, frente a las decisiones políticas de las mayorías parlamentarias, ciertos principios, valores y, por lo que concierne específicamente al tema de nuestra tesis, aquellos derechos que se considerasen inviolables o fundamentales. Todo esto como consecuencia de la experiencia de los anteriores regímenes nazis y fascistas, que habían cancelado la ilusión de la ley “justa” como expresión de la soberanía popular. Tras la dramática experiencia vivida, en efecto, se tomó conciencia de cómo una vulneración de los derechos humanos podía derivar de una ley perfectamente legítima desde el punto de vista formal, por haber respetado escrupulosamente, por ejemplo, los procedimientos y las mayorías requeridos¹.

¹ En realidad, el control de constitucionalidad de las leyes en Italia no es una novedad absoluta del segundo posguerra. En 1799, el proyecto de la Constitución de la República napoletana había creado un órgano encargado del susodicho control: el denominado “*Corpo degli Efori*”. Posteriormente, en los años inmediatamente anteriores a la aprobación de la Constitución de 1948, fueron directamente los órganos de las jurisdicciones ordinarias quienes llevaron a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, tanto por vicios formales como sustanciales. Por lo que concierne la primera experiencia ahora mencionada puede verse LO CALZO, A., *Protostistemi di giustizia costituzionale: il Corpo degli Efori nella Costituzione della Repubblica napoletana del 1799*, en *Historia constitucional*, n. 14, 2013. Sobre la segunda experiencia y en general para una reconstrucción de la evolución de la idea del control de constitucionalidad de las leyes en Italia, véanse, entre otros: SILVESTRI, G., *Alle origini del modello italiano di giurisdizione costituzionale*, en *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale in Italia, Francia e Spagna*, Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dell’Università Federico II di Napoli, n. 5, 2012, en www.federalismi.it; BIGNAMI, M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997;

La decisión de “asegurar” los derechos fundamentales, para garantizar que las experiencias deplorables anteriores no volviesen a repetirse, no necesitaba simplemente de la contemplación de los mismos en una Carta solemne y rígida, sino también (y sobre todo) de la previsión de un procedimiento con el que contrarrestar su eventual violación. Estos parámetros de intervención normativa estuvieron muy presentes en Italia cuando, después de la caída del régimen fascista, llegó el momento de aprobar la nueva Constitución, si bien, sin embargo, no había consenso sobre cómo organizar la justicia constitucional, qué modelo seguir, qué procedimientos adoptar, a qué juez confiar esta importante tarea, etc.² Los sistemas que se conocían y estudiaban en aquel entonces eran, de un lado, el modelo norteamericano difuso, y, de otro, el diseño abstracto desarrollado en Austria a partir de la doctrina de Hans Kelsen.

Anteriormente a los trabajos de la Asamblea constituyente, el Ministerio para la Constituyente (*Ministero per la Costituente*) encargó que se llevara a cabo un estudio preparatorio en el seno de una Comisión instituida en 1945, la denominada Comisión para los estudios sobre la reorganización del Estado (*Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*), presidida por Ugo Forti; dicho estudio tenía, entre otros asuntos, que ocuparse del tema de la oportunidad de la introducción de un sistema de justicia constitucional y de sus características³.

En esta primera fase del debate, como posteriormente en la discusión en la Asamblea Constituyente, se pusieron de manifiesto una pluralidad de orientaciones sobre como habría podido estructurarse el control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, es posible reconocer dos concepciones distintas de la justicia constitucional que pueden resumir todas las demás y que, como veremos más adelante, estarán siempre presentes en los estudios y en las elaboraciones de esta rama específica del Derecho en

BATTAGLINI, M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957.

² Para una reconstrucción de la génesis del sistema de justicia constitucional italiano pueden verse, entre otros: VOLPE, G., *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006; BONINI, F., *Storia della Corte costituzionale*, Carocci-La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996; D'ORAZIO, G., *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981.

³ Para mayor claridad, puntualizamos desde ahora que el debate pre-constitucional relativo a la futura estructura de la justicia constitucional italiana empezó en la Comisión Forti, pasó a la segunda subcomisión de la Asamblea Constituyente y a la llamada “Comisión de los 75” para que se elaborara un primer texto sobre el que la Asamblea Constituyente votó una primera vez, aprobando cada uno de los artículos separadamente; luego el texto así aprobado pasó al denominado “Comité de redacción” que tenía encargado preparar la versión definitiva (simplemente “depurando” el escrito de eventuales errores), para luego llegar para una última discusión y votación en el seno del Pleno de la Asamblea Constituyente.

Italia, dado que una y otra quedan relacionadas de manera muy estrecha, a menudo indisociable, en la experiencia italiana⁴.

Según la primera de las dos teorías, en efecto, resultaba oportuno trazar un sistema dirigido principalmente, aunque no de forma exclusiva, a garantizar los derechos de los ciudadanos protegidos en la Constitución. En consecuencia, debía prevalecer la atención al caso concreto, considerando que la eficacia del pronunciamiento del Juez constitucional tendría que limitarse al mismo.

La segunda opción se centraba, en cambio, en la exigencia objetiva de eliminación de las leyes inconstitucionales, depurando así el ordenamiento, de forma independiente, por tanto, de la necesidad de tutelar un derecho subjetivo.

Para ilustrar lo que se dice: podría darse el caso de leyes inconstitucionales que no vulnerasen derechos, por ejemplo una ley que modificase las competencias de los órganos constitucionales, y que fuera indispensable eliminar.

En la oposición de esas dos miradas, que podríamos denominar “dimensión” (o “alma”) subjetiva y “dimensión” objetiva de la justicia constitucional⁵, y que MEZZANOTTE califica de “antropocéntrica” la primera y de “estadocéntrica” la segunda⁶, resultó elegida esta última. Una primera muestra de cuanto acabamos de decir podemos encontrarla en la decisión final sobre la atribución de la tarea de controlar las leyes. Tres fueron las opciones propuestas por ilustres juristas, a saber, que se encargara al juez ordinario, como en los modelos difusos (GUELI), solo a las secciones unificadas de la Corte de Casación (AZZARITI), o finalmente, a un juez “especial” instituido con la finalidad específica de controlar, él solo y de forma concentrada, la constitucionalidad de las leyes (SELVAGGI)⁷.

Parece evidente que la primera solución habría podido presentarse como la más conforme con el “alma subjetiva” y con la tutela concreta de los derechos

⁴ Para una reconstrucción detallada de los trabajos en la Comisión y en la Asamblea Constituyente, puede verse una obra muy reciente: MONACO, G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Giuffè, Milano, 2016, pp. 86 y ss.

⁵ La utilización de la denominación “alma subjetiva” y “alma objetiva” es actualmente muy generalizada. Vease entre otros GERBASI, G., *La Corte Costituzionale italiana*, en GAMBINO, S. (Coord.), *Diritti Fondamentali e Giustizia Costituzionale. Esperienze europee e Nord-americana*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 126; y del mismo autor, *Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione Europea al sistema convenzionale*, en Civitas Europa – Revue juridique sur l'évolution de la Nation et de l'État en Europe, n. 30 dedicado a “Le mutations du régime politique italien”, Editeur Irene/Université de Lorraine, 2013/I, p. 69. En ambas obras el Autor utiliza la expresión de ROMBOLI, R., considerado el “creador” la misma.

⁶ MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, ES, Napoli, 2014, p. 26.

⁷ BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 64.

constitucionalmente garantizados. Sin embargo, aunque la mayoría de las orientaciones presentes en sede de trabajos preparatorios de la Constitución sostuvieran precisamente esta finalidad, esa opción no prosperó.

Varias fueron las razones principales de tal elección, conduciendo todas ellas en su conjunto a la decisión de optar por el sistema concentrado, como sucediera también en la mayor parte del resto de los países europeos.

Influyó en esta preferencia la ausencia en Italia de la regla de la vinculación de los jueces al precedente judicial y la diferente tradición sobre el valor de la ley como expresión del poder político directamente representativo del cuerpo electoral, lo que sugirió no otorgar el control de la ley a una instancia perteneciente al poder judicial, sino, antes al contrario, atribuirlo a un órgano que, aunque utilizase un procedimiento de carácter jurisdiccional, fuera ajeno a aquel poder y se distinguiese por una sensibilidad política mayor, sin duda necesaria para desenvolver la delicada tarea de fiscalizar las elecciones del legislador que hasta aquel momento habían permanecido exentas de cualquier posible control. Asimismo, tuvo peso e importancia en la elección del modelo la percepción en los constituyentes de que la Constitución que se iba a aprobar era una constitución-programa, es decir, un texto cuyos contenidos tendrían que desarrollarse (tanto en lo concerniente a los derechos fundamentales, como en lo referido a la organización del Estado). Esa suma de elementos generó el temor a una excesiva exposición política potencial del poder judicial, que habría podido ser percibido como un contrapeso al Parlamento⁸.

Una razón adicional, que contribuyó también a la decisión de negar al juez ordinario la tarea de controlar de manera difusa la constitucionalidad de las leyes, radicó en el temor del denominado por muchos autores “gobierno de los jueces”⁹ y en la desconfianza existente hacia una magistratura que se había formado durante el régimen fascista y que, por este motivo, podía resultar, siquiera potencialmente, poco sensible a los nuevos principios constitucionales, como en cierto modo puso de manifiesto la experiencia del control difuso vigente en Italia en el periodo comprendido entre 1948 y 1955¹⁰.

⁸ ROMBOLI R., *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, en PANIZZA, S., PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., (Coord.), *L'ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Uniplus, 2002, pp. 252 y ss.

⁹ BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 54 y 66.

¹⁰ La naturaleza “filosófica” o programática de algunas disposiciones de la Constitución y la poca sensibilidad de los jueces a la hora de interpretar aquellos nuevos principios fueron las razones que

Así como con el sistema concentrado, que marcó un punto a favor de la “dimensión objetiva” del juicio de constitucionalidad de las leyes, así también volvería a manifestarse el dilema en el que tuvieron que definirse y elegirse las vías de acceso a la justicia constitucional, es decir, los sujetos a los que reconocer la legitimación para elevar ante la Corte Constitucional la duda de constitucionalidad sobre una ley o un acto con fuerza de ley.

Tampoco sobre este asunto parecía encontrarse un consenso, pues resultaba evidente que, para dotar de una finalidad o perfil “objetivo” al instrumento o cauce procedimental, los sujetos legitimados debían ser quienes pudieran representar un interés general o, cuando menos, de naturaleza colectiva, mientras que, en caso contrario, de perseguirse en exclusiva una finalidad “subjetiva”, correspondía atribuir la legitimación al poseedor de un interés individual para recurrir.

Las propuestas avanzadas en Italia con ocasión de los trabajos preparatorios de la Constitución fueron varias, respondiendo y diferenciándose en razón de esos propósitos y concepciones dispares. Así, se sugirieron como actores posibles, señaladamente, la parte en un juicio ordinario o también los ciudadanos – 500 ciudadanos, para ser precisos - (prescindiendo entonces, en este segundo caso, de la presencia de un interés específico, es decir, una suerte de acción popular), los órganos

fundaron la propuesta del diputado EINAUDI a favor de la introducción de un control de constitucionalidad difuso.

Esta desconfianza hacia los jueces del segundo posguerra se vio confirmada en la actitud de estos, y sobre todo de la Casación, durante el breve laxo de tiempo al que hemos hecho referencia en el que se llevó a cabo el control difuso de constitucionalidad. El segundo apartado de la Disposición Transitoria VII de la Constitución establece que “Hasta que no entre en funcionamiento la Corte constitucional, la decisión sobre las controversias mencionadas en el art. 134 [que establece las competencias asignadas a la Corte constitucional] tiene lugar en las formas y dentro de los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución” (“*Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell’art. 134 [il quale contiene le competenze assegnate alla Corte costituzionale] ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all’entrata in vigore della Costituzione*”).

Con base en ello, hasta 1956, cuando la Corte constitucional empezó a funcionar, el control de las leyes desempeñado de forma difusa reveló como los órganos del Poder Judicial, y en particular modo la Corte de Casación, mantuvo una actitud absolutamente conservadora e inspirada mucho más en el principio de legalidad que en el de constitucionalidad. Además la interpretación mayoritaria se dirigía principalmente en la dirección de considerar que la parte “programática” de la Constitución no fuera directamente aplicable, antes al contrario que necesitase un desarrollo legislativo posterior para ser aplicada.

La Corte Constitucional en su primera decisión (Corte cost. 14 de junio de 1956, en Foro it., 1956 I, p. 833), afirmó su propia competencia para decidir en relación con las leyes aprobadas con anterioridad a la Constitución (principio de constitucionalidad) y rechazó finalmente aquella distinción entre normas preceptivas y normas programáticas, al estimar que todas las disposiciones constitucionales resultan igualmente vinculantes para los jueces.

Véanse, entre otros, COSTANZO, P., *Aspetti tecnici dell’esperienza storica di controllo di costituzionalità “diffusa” nell’ordinamento italiano*, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, pp. 250 y ss.; SPADARO, A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 229 y ss.; BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951, p. 95.

públicos, los partidos políticos en general o solo las minorías parlamentarias o incluso un único miembro del Parlamento, las entidades territoriales.

De su lado, con respecto al juicio incidental, se propuso que, en la hipótesis de que un juez hubiese considerado infundada una cuestión, la parte en el proceso hubiese podido plantear directamente la misma cuestión ante la Corte constitucional¹¹.

Las diferentes propuestas, como han afirmado algunos autores, parecían perseguir la intervención directa de los ciudadanos en la realización del modelo constitucional, superando por ese cauce la crisis de participación que degeneró el modelo de Estado representativo clásico¹².

Al igual que es innegable la voluntad de prever un sistema idóneo para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos protegidos por la Constitución, existía asimismo, de otra parte, especialmente entre los constituyentes más cercanos a los ideales del liberalismo, el temor de potenciar una suerte de “escusa legítima”¹³ para la inobservancia de la ley, a saber, un instrumento legal de rebelión o rebeldía de los ciudadanos frente a la ley y a la fuerza jurídica de la misma, sobre todo en el caso de contemplarse la hipótesis de ampliación de los legitimados para instar los procedimientos.

Convendrá también destacar, adicionalmente, otra clase de inquietudes: los constituyentes se preguntaban, en efecto, por las consecuencias que la posible declaración de inconstitucionalidad de una ley podía producir respecto del principio de seguridad jurídica (conocido en Italia como de “*certezza del diritto*”). Y esto porque, con la introducción de un sistema de control de inconstitucionalidad, se creaba una situación de constante inseguridad debido al riesgo de que una ley pudiese ser declarada, en cualquier momento, inconstitucional.

Una de las subcomisiones de la Asamblea Constituyente, dadas estas últimas preocupaciones, optó por la previsión de un plazo dentro del cual se habría podido ejercer la impugnación de la ley. Se estableció, en ese sentido, que el control de la ley en vía incidental habría podido emprenderse por la parte del proceso *a quo* o por el Ministerio Público “*dentro de dos años de la entrada en vigor de la ley*”, mientras que

¹¹ Algo parecido a lo previsto en la Constitución de la Segunda República española de 1931, como veremos en las páginas siguientes.

¹² En este sentido, v. MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 5 y ss., también en la nueva edición de la Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, y también, sobre las diferentes propuestas, MONACO, G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 87 y ss.

¹³ BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, 2016, p. 68.

el recurso en vía directa por parte de “*cualquier sujeto legitimado*” pudiese presentarse “*en el plazo de un año*”.

La previsión de un plazo, justificada por las razones antes mencionadas, habría provocado dificultades evidentes en la tutela de los derechos fundamentales. Está claro que, efectivamente, estos mismos reciben sin dudas una protección más eficaz a través de una cuestión que puede proponerse en cualquier momento.

La finalidad de tutelar el interés general y la asignación del impulso de esta tarea a un sujeto público pueden justificar la presencia de un plazo para la impugnación de una ley; no obstante, la misma lógica no sería válida en el juicio incidental. La eventualidad de proponer una cuestión de inconstitucionalidad durante un juicio ordinario puede presentarse muchos años después desde la entrada en vigor de la ley, de modo que no puede pretenderse que el ciudadano quede limitado en el empleo de este instrumento dentro de un determinado plazo. La eventual inconstitucionalidad se manifestará, en efecto, en el curso de un proceso allí y cuándo el proceso tenga lugar. A todo lo anterior se suma que, a menudo, las dudas que conciernen a la constitucionalidad de una ley no se manifiestan en el momento de la aprobación de la misma, sino con ocasión de su aplicación concreta.

El Comité de redacción de la Constitución italiana – que en muchas ocasiones introdujo, como en este caso, modificaciones importantes al texto aprobado por las Subcomisiones de la Asamblea Constituyente – eliminó la previsión de un plazo para impugnar una ley, tanto en vía incidental como en vía directa, “*para no menoscabar el dispositivo de control y la defensa de los derechos vulnerados*”¹⁴.

2. La falta de previsión en el texto constitucional de las modalidades de acceso a la Corte constitucional: la vía incidental como “única” vía de acceso al Juez constitucional y su naturaleza

El examen de los trabajos preparatorios ante la Asamblea Constituyente relativos a la Corte constitucional no tuvo el debido calado, dado que aquella primera, por

¹⁴ “*Per non fare venire meno il presidio del controllo e la difesa dei diritti violati*”, Relazione dell'on. Ruini all'Assemblea costituente, en BATTAGLINI, M., MININNI, M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 89.

entonces, estaba trabajando en régimen de prorroga: sus actividades tenían que terminar y se tenía que aprobar sin más demora la nueva Constitución¹⁵.

Seguramente ante esas condiciones de urgencia temporal, la falta de un consenso claro e inequívoco con respecto a las modalidades de acceso al juicio constitucional llevó a una elección que puede parecer paradójica y resultar probablemente singular en el panorama de las Constituciones contemporáneas a la italiana, al igual que si se atiende a un contraste con las aprobadas con posterioridad. En efecto, a través de la denominada “enmienda Arata” (por el nombre de quien la propuso) se optó por posponer a un momento sucesivo a la entrada en vigor de la Constitución la elección de los sujetos legitimados para proponer o elevar el juicio de constitucionalidad de las leyes, previéndose a tal fin la aprobación de una ley constitucional elaborada por la misma Asamblea Constituyente.

Puede advertirse en la lógica descrita una paradoja, como señalara Zagrebelsky: *“los métodos de instauración del juicio sobre las leyes no son unas variables independientes, sino que contribuyen de forma decisiva a la configuración de la esencia del juicio mismo”*¹⁶. De ahí la singularidad de la Constitución italiana de 1948, que introduce una innovación relevante con respecto al régimen anterior (un sistema de justicia constitucional) pero que priva a su propio texto de una regulación de esta misma materia absolutamente significativa. Dicho en otras palabras: determinadas decisiones trascendentes sobre las características de la justicia constitucional italiana, tomadas en los arts. 134-137 de la Constitución (por ejemplo, el sistema concentrado, la eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad, las competencias de la Corte constitucional), se aprobaron bajo el “velo de la ignorancia”, al adoptarse sin la determinación de quienes serían los sujetos legitimados para proponer un juicio de constitucionalidad a la Corte constitucional.

¹⁵ Por esta razón, la Corte constitucional fue llamada la “Cenicienta” de la Constitución, toda vez que, “llegada última al objeto de la discusión, se supeditó a un examen rápido y superficial, bajo la intranquilidad que generaba el cumplimiento de los plazos fijados para la terminación de los trabajos y pudo recibir una elaboración que tuvo que parecer menos satisfactoria cuanto más la materia se presentaba como nueva y desconocida a nuestra tradición” (*“Giunta ultima al traguardo della discussione essa venne sottoposta ad esame affrettato e superficiale, sotto l’assillo della scadenza dei termini fissati per i lavori e potè ricevere un’elaborazione che doveva risultare tanto meno soddisfacente quanto più la materia si presentava nuova ed estranea alla nostra tradizione”*) (MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*), en *Iustitia*, 1949, p. 69).

¹⁶ *“I metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi non sono una variabile indipendente, ma contribuiscono decisamente a configurare l’essenza del giudizio stesso”*, ZAGREBELKY, G., MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 170.

En efecto, cuando la Asamblea constituyente terminó los trabajos preliminares, la propuesta que alcanzó más consenso preveía tres formas distintas de iniciación del proceso constitucional: a) la vía incidental, durante un juicio ordinario; b) la vía directa, con la que defender el interés general, promovida por determinados sujetos especificados en la ley constitucional; c) el recurso directo del ciudadano que hubiera sufrido la lesión de uno de sus derechos como consecuencia de una ley posiblemente contraria a la Constitución. Sin embargo, en el momento en que, una vez entrada en vigor la Constitución, se aprueba la Ley constitucional que establece las vías de acceso al juicio sobre las leyes¹⁷, la tercera opción (recurso directo) fue eliminada arguyéndose (de forma errada) que estaba ya incluida en cierto modo en la vía incidental. De su lado, la utilización de la segunda hipótesis (la vía directa) se recondujo al ámbito exclusivo de los conflictos de competencias entre el Estado y las regiones, puesto que, en efecto, procede solo en el caso en el que el Estado impugne una ley regional, o viceversa, esto es, cuando una región haga lo propio con una ley estatal (cuestiones, en suma, de delimitación de las competencias legislativas de las dos administraciones)¹⁸.

La solución final llevó por lo tanto, no sabemos en realidad si de forma plenamente consciente, al establecimiento de una única vía de acceso al Juez constitucional: la vía incidental. La restante (la vía principal o recurso directo), según quedó más atrás apuntado, pudo utilizarse únicamente con posterioridad a la realización del ordenamiento de las regiones con estatuto ordinario, es decir a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo XX, y queda limitada, como se ha descrito, a las relaciones de competencia entre Estado y regiones.

Cuanto acabamos de describir desvela una de las características más peculiares del sistema de justicia constitucional italiano. En Italia (y es esta una circunstancia que no se presenta en los demás países con una tradición constitucional parecida) la vía incidental no representa una de las vías de acceso a la Corte constitucional, sino que constituye en la práctica la única vía de acceso a la misma (salvo en las materias competenciales referidas) y el único instrumento con el que este órgano tiene la posibilidad de ir construyendo su rol en el ordenamiento jurídico respecto de los demás poderes del Estado. Esa circunstancia explica y justifica el elevadísimo interés que la

¹⁷ Ley constitucional de 9 de febrero de 1948, n. 1.

¹⁸ ROMBOLI, R, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 1 y ss.

doctrina italiana ha puesto en el juicio en vía incidental, particularmente en las primeras décadas de actividad de la Corte constitucional.

De la elección de un sistema concentrado, pero con iniciativa difusa (y con carácter casi exclusivo) se desprende que, entre la comparación con otros sistemas de justicia constitucional concentrados, el italiano sea posiblemente el “más difuso”¹⁹ de entre los que pueden ser sometidos a contraste, referido el concepto también a la importancia y el relieve que se ha reconocido a la autoridad judicial en el control de las leyes.

Resulta no obstante paradójico: si en verdad, como dijimos, se eligió en buena medida el sistema concentrado en razón de una desconfianza hacia los miembros del Poder Judicial, el modelo delineado por la Asamblea constituyente en la Constitución, y en la subsiguiente Ley constitucional, ha terminado por poner en manos de los jueces ordinarios la realización efectiva de la finalidad a la que responde el juicio de constitucionalidad de las leyes, realizándose así una suerte de radical “cambio de dirección”²⁰.

El reconocimiento a esos jueces del rol de “*portero*” de la Corte constitucional, siendo el juez quien decide si “*abrir o no la puerta*” del control de constitucionalidad – según la notoria definición de CALAMANDREI²¹ – y podríamos añadir de único portero por mucho tiempo (hasta la realización del sistema regional), supone apostar por la sensibilidad de los jueces ordinarios hacia los valores constitucionales. En ausencia de dicha sensibilidad, no se instarían cuestiones de constitucionalidad y de esta forma, derivadamente, carecería la Corte constitucional de posibilidades para desempeñar su función de control.

En definitiva, reducir las vías de acceso a la sola vía incidental determina una “*subjetivación*” del sistema italiano de justicia constitucional, véase: como consecuencia de la modalidad de acceso a la Corte constitucional y de los sujetos legitimados para plantear una cuestión de constitucionalidad, la vía incidental constituye el instrumento para la tutela de los derechos fundamentales del individuo, dado su origen en un juicio concreto que tiene como finalidad la protección de un derecho subjetivo. Otras son las

¹⁹ ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, ponencia presentada en el ámbito del Seminario Italo-Hispano-Brasileno *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcelona 17-18 octubre 2013, en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0459_romboli.pdf.

²⁰ La expresión original en italiano, mucho más ilustrativa, es de BIAGI: “*inversione di rotta*”, en BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, cit., p. 70.

²¹ CALAMANDREI, P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 9.

vías para la tutela de un interés objetivo, por ejemplo la acción popular, el recurso por parte de las minorías parlamentarias, del Jefe de Estado o de otros sujetos institucionales, que sin embargo, como hemos apuntado, no fueron contempladas en el texto definitivo de la Constitución italiana.

El reconocimiento del juicio incidental como instrumento que tutela los derechos fundamentales no puede sin embargo soslayar las marcadas diferencias concurrentes entre éste y el recurso individual directo (frente a la ley o a otros actos públicos), dado que la vía incidental necesita siempre de la intermediación de un juez que eleve la cuestión y que, además, su objeto tiene que ser una ley general y abstracta, aunque en ocasión de su aplicación en una controversia concreta²².

Cabe subrayar en relación con ello, como muchos autores han afirmado, que el juicio en vía incidental muestra un carácter “híbrido”²³, a saber: de un lado, está dirigido a la tutela de un derecho constitucional e individual; de otro, manifiesta su faceta objetiva por tener como finalidad el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes²⁴. A tenor de ese doble plano o perfil, el juicio incidental ofrece a la Corte constitucional la posibilidad de dar valor, según sean las circunstancias, ya a la dimensión subjetiva – en

²² Por esto, especialmente en los primeros años de funcionamiento de la Corte, la doctrina prestó especial atención al problema de la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional.

En síntesis sumarásimas, podemos distinguir a este respecto tres posturas doctrinales. La primera considera que la hipotética lesión de un derecho fundamental representa una mera ocasión para el comienzo del juicio constitucional que, una vez surgido, goza de una condición de absoluta autonomía con respecto al proceso del que se ha originado. Este juicio tendría el interés público de la eliminación de la ley inconstitucional como interés único y absolutamente preeminente.

Una segunda opinión sostiene que el proceso constitucional no es otra cosa que una fase del juicio *a quo*; fase necesaria en coherencia con la previsión de la competencia exclusiva de la Corte constitucional en materia de control de las leyes. El interés predominante sería entonces la protección de los derechos de los individuos, reconocidos en la Constitución.

En un lugar intermedio la doctrina ha colocado una tercera opinión, a la que nos sumamos, que reconoce en el proceso incidental la existencia de dos intereses distintos: de un lado, el individual, referido a la tutela de derechos específicos; de otro, el general, referido a la eliminación de las leyes inconstitucionales. Estas últimas consideraciones justificarían las previsiones e institutos jurídicos heterogéneos y la naturaleza “híbrida” del juicio constitucional incidental.

²³ En este sentido, CALAMANDREI habló del control incidental como de un “quid *intermedio entre los dos sistemas típicos*” de justicia constitucional (CALAMANDREI, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, en CAPPELLETTI, M. (Coord.), *Opere giuridiche*, III, Morano Editore, Napoli, 1968, p. 349), mientras MONACO, basándose en las reflexiones de CAPPELLETTI reconoció que el mismo se acercaba en determinados aspectos al modelo americano y en otro al austriaco de Kelsen (MONACO, G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale* cit., pp. 103-104). En esta línea, FERNÁNDEZ SEGADO pudo afirmar que asistimos a un acercamiento de los dos modelos a los que acabamos de aludir (FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, n. 11, 2005, pp. 19-75).

²⁴ Pueden encontrarse más consideraciones en relación con la naturaleza del control incidental de constitucionalidad en la reciente obra de MONACO, G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale* cit., pp. 98 y ss.

particular, promoviendo la colaboración con la autoridad judicial – ya a la dimensión objetiva, fomentando el diálogo con el Parlamento y con el poder político.

Aunque volvamos sobre este tema más adelante, cabe a esta altura destacar que en Italia se han sucedido dos fases. En la primera, la Corte orientó más su mirada a la necesidad “objetiva” de depurar el ordenamiento de las leyes fascistas, todavía vigentes y, evidentemente, en concurrencia conflictiva con la Constitución. En esta fase, el Poder Judicial seguía estando organizado de forma jerárquica y sus miembros se mostraban poco sensibles a los nuevos valores constitucionales. En la segunda etapa, el juicio incidental se ha convertido en un instrumento cada vez más concreto, sobre todo tras la eliminación de los juicios pendientes (1987-1989); crece desde ese momento la relevancia de las circunstancias del juicio ordinario y las peculiaridades de cada supuesto enjuiciado, incitando al juez – cuya mentalidad con respecto a los principios recogidos en la Carta constitucional ya había cambiado profundamente, gracias también a la utilización del juicio incidental y al diálogo con la Corte constitucional – a que resuelva él mismo las dudas de constitucionalidad utilizando la denominada “interpretación conforme”.

3. Una demostración de la dimensión “subjetiva” u “objetiva” del control incidental de constitucionalidad: la posición de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional sobre la importancia de respetar las reglas del proceso constitucional

Si la Corte constitucional, y por ende la regulación del sistema de justicia constitucional en Italia, se ha definido la “*Cenicienta*” de la Constitución²⁵, el derecho procesal constitucional ha sido denominado “*el grande ausente de la fase constituyente*”²⁶, por la escasa atención que se le dedicó durante los trabajos preparatorios de la Norma Fundamental.

La vocación de la jurisprudencia constitucional hacia la “dimensión subjetiva” o la “dimensión objetiva” trae asimismo a colación la relación entre las reglas procesales y la Corte constitucional.

²⁵ V. Cap. Primero, I.2, p. 22, nota 15.

²⁶ “*Il processo costituzionale rimane [...] il grande assente della fase costituente*”, BIGNAMI, M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)* cit., p. 92.

Existe una profunda diferencia por lo que concierne a la naturaleza y al papel de las reglas propias del proceso constitucional (y el valor de su observancia por parte del Juez constitucional) en un sistema de control difuso o en uno concentrado. En el primer caso, el control de constitucionalidad se configura como una etapa ulterior del proceso ordinario y, por esta razón, las normas procesales serán homogéneas a las normas procesales generales, tanto en el contenido como en su acatamiento. En el control de naturaleza concentrada, sin embargo, se constata la necesidad de establecer reglas procesales específicas, que tendrán unas características y un papel distintos según se elija establecer un control de tipo político (como por ejemplo el francés *a priori*, antes de la reforma constitucional de 2008) o uno de tipología jurisdiccional.

Conforme a las clasificaciones típicas de la justicia constitucional, la función de las normas procesales y el respeto de las mismas (entendiendo con esta expresión la necesidad de que los márgenes de discrecionalidad de los Tribunales constitucionales en el momento de interpretar dichas reglas – los requisitos de admisión, los plazos, los efectos de las decisiones, etc. - se reduzcan) tendrán una importancia diferente en un modelo kelseniano de control abstracto con carácter objetivo, que no dirija ninguna atención a la tutela de las situaciones individuales, que, por contra, en aquellos sistemas en los que la justicia constitucional está también volcada a procurar la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos (como en el caso del juicio incidental del que nos estamos ocupando)²⁷.

En conclusión, la importancia que comporta la existencia y, sobre todo, el rigor en el cumplimiento de las reglas procesales tiende a crecer de manera proporcional a la incidencia del sistema en la tutela en las situaciones subjetivas y los derechos fundamentales, así como de acuerdo con la importancia o exclusividad conferidas a estas mismas reglas²⁸. Por esta razón, tanto en la teoría como en la aplicación práctica, podemos afirmar con fundamento que una observancia más estricta de las reglas procesales por parte del Juez constitucional representa un síntoma de la atención que el

²⁷ Sobre este particular puede verse, entre otros, ROMBOLI, R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, en *Scritti in onore di Franco Modugno*, ES, Napoli, 2011.

²⁸ Sobre este tema se ha afirmado que proceso y derecho procesal existen solo cuando el proceso está dirigido a la tutela de los derechos individuales, es decir, cuando, debiéndose decidir sobre circunstancias que se refieren a otro sujeto, el derecho procesal es absolutamente inderogable por el sujeto público; sin embargo, cuando el procedimiento nace en el interés del sujeto que lo activa y con la finalidad de garantizar el correcto ejercicio de sus funciones, hay que referirse a un “derecho procedimental” (“*diritto procedurale*”), que puede considerarse derogable con más facilidad y que resulta “disponible” para el sujeto (ZAGREBELSKY, G., *Diritto processuale costituzionale?*, en AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 108 y ss.).

mismo dirige a la tutela de los derechos en juego en el juicio principal. O expresada la idea aún en otros términos, la caracterización en sentido “objetivo” del juicio en vía incidental lógicamente induciría al Juez constitucional a considerar las reglas del proceso constitucional sin tanto formalismo o rigor, dado que el interés predominante es el interés objetivo de la eliminación de las leyes inconstitucionales²⁹. Sin embargo, de ser preeminente la finalidad subjetiva del juicio incidental, es razonable esperar un grado de exigencia mayor en la satisfacción de las reglas del proceso, al ser el propósito de este instrumento la tutela de los derechos fundamentales.

Con la intención de verificar esta teoría con respecto a la situación italiana, resulta interesante comprobar que los autores que han afirmado que el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes en vía incidental tiene que mirar exclusivamente por el interés objetivo, hayan también afirmado la derogabilidad de las reglas procesales³⁰.

Formulan una opinión contraria los autores que caracterizan el juicio incidental por su finalidad de tutela de los derechos fundamentales. Afirman que la Corte constitucional tiene la obligación de respetar las normas procesales y que precisamente en dicha obediencia (es decir en el carácter jurisdiccional de la forma de actuar de la Corte) se fundamenta la legitimación del Tribunal constitucional y su diferenciación de los órganos políticos del Estado³¹.

Otros autores han argumentado que la necesidad de aplicar un cierto rigor en la interpretación de las reglas procesales derivaría de la necesidad de garantizar la naturaleza “jurisdiccional” de la actividad desarrollada por la Corte constitucional, pues estas reglas se aprobaron justamente para garantizar el correcto funcionamiento (en aquel sentido) de dicho órgano³². Prisma que enlaza con la idea de previsibilidad para los destinatarios de la decisión constitucional, esto es, con la posibilidad de anticipar cuál será el comportamiento de la Corte (obviamente, ante unos mismos presupuestos); en suma, con la identificación de unos estándares de conducta de los Jueces

²⁹ Como veremos al analizar el ordenamiento español. V. Cap. Primero, II.3.

³⁰ Son de esta opinión BOGNETTI, G., *La Corte costituzionale fra procedura e politica*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 221 y ss., y MEZZANOTTE, C., *Processo costituzionale e forma di governo*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali: Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 63 y ss.

³¹ Entre otros, ONIDA V., *Relazione di sintesi*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento* cit., p. 305, y también ZAGREBELSKY, G., *Diritto processuale costituzionale?*, en AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali* cit., pp. 105 y ss.

³² Órgano que, sin embargo, en opinión de la más destacada doctrina, aunque actúe según reglas y procedimientos jurisdiccionales, sigue siendo calificable de “*paralegislativo o superlegislativo*”, CALAMANDREI, P. *La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile* cit., p. 387.

constitucionales que permita (claramente no con total exactitud) un cierto nivel de certeza a los jueces ordinarios y a los individuos en relación con la utilización de unos medios procesales que poseen, además, una gran importancia desde el punto de vista sustancial³³.

Sin embargo, si observamos la trayectoria de la Corte constitucional en estos más de sesenta años de actividad, podemos afirmar que la misma ha siempre garantizado un grado mínimo de acatamiento de los principios y reglas del proceso constitucional. Como ha escrito PIZZORUSSO con respecto “*a la actitud informal, en el tema de respeto de los principios procesales, que la Corte ha tenido en algunas ocasiones [...], lo que importa no es tanto la cantidad o la calidad de las inobservancias, sino el hecho de que estas no se consideren como la expresión de una suerte de libertad de la ley procesal (circunstancia que sería en efecto muy peligrosa para la Corte y para el País), sino que se ven (aunque no siempre de manera convincente) tenazmente desmentidas*”³⁴.

4. Las fuentes de la justicia constitucional. La regulación del enjuiciamiento de las leyes activado en vía incidental

La disciplina del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes está en sus elementos esenciales, como hemos mencionado, regulada en la ley constitucional n. 1 de 1948, que establece que una cuestión de inconstitucionalidad puede (y debe) ser elevada a la Corte constitucional por un juez ordinario con ocasión de un juicio, y que esto puede producirse de oficio o a instancia de una de las partes del proceso principal.

³³ ROMBOLI, R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia* cit.

³⁴ “*Agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto [...], quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite*”, PIZZORUSSO, A., *Prefazione*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 7.

El mismo Autor (*Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, en BESSONE, M. (Coord.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 140) ha afirmado además que una regulación del Derecho constitucional que reduzca la discrecionalidad de la Corte constitucional constituye el más sólido atributo jurisdiccional de sus funciones, en el que reside el mejor presidio posible de su independencia y de su eficiencia.

El juez verifica que la cuestión no tenga una “manifiesta falta de fundamento” (o “notoria falta de consistencia”, “*non manifesta infondatezza*”)³⁵.

La regulación ha sido posteriormente ampliada e integrada con la sucesiva ley ordinaria de 11 de marzo de 1953, n. 87 y con aquella sección de las Normas de Integración (en adelante, N.I., o *Norme integrative*) que se refiere a los juicios ante la Corte constitucional, aprobadas por la propia Corte constitucional en 1956³⁶.

Entrando en el detalle, se establece que la cuestión puede ser propuesta también por el Ministerio Público, y, sobre todo, se especifica con más precisión la naturaleza incidental y (también y por ello) prejudicial de la excepción de constitucionalidad. Se establece, en efecto, como condición de admisibilidad que de la norma cuestionada (y, por ende, de su validez) debe depender la solución del caso; se determina y fija así la noción, de importancia fundamental, de “relevancia”, que desde este momento se suma a la noción de “manifiesta falta de fundamento”³⁷.

El juez *a quo* tiene la posibilidad de decidir sobre el fondo de la cuestión propuesta por las partes o por el Ministerio Público si no la considera “manifiestamente infundada”. Si así no fuera, y el juez no encontrara la debida consistencia en la duda de constitucionalidad, tiene que emitir un auto específico (la “*ordinanza*”) con el que rechaza el planteamiento de la cuestión, que debe estar “motivado adecuadamente”³⁸. En cualquier otra circunstancia, el órgano judicial tiene que someter la cuestión a la Corte, después de verificar y motivar los requisitos de “relevancia” y de “no falta de fundamento”³⁹. Este momento procesal se lleva a cabo con un auto específico (auto de planteamiento, *ordinanza di rinvio o di rimessione* en italiano), en el que se identifica la norma o las normas de la ley cuestionadas y los principios constitucionales que se consideran violados. Junto con el auto de planteamiento, el juez remitirá a la Secretaría

³⁵Art. 1 l. 1/1948: “*La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*”.

³⁶“Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”, Delibera 16 marzo 1956 della Corte costituzionale, *G.U.* n. 71 del 24 marzo 1956, ed. spec.

³⁷Art. 23.2 l. 87/1953: “*L’autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso*”.

³⁸Art. 24 l. 87/1953: “*L’ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata*”. Añade además el segundo coma que “*l’eccezione può essere riproposta all’inizio di ogni grado ulteriore del processo*”.

³⁹Sobre la imposibilidad de que el juez consiga motivar, y en orden a la posibilidad de superar las dudas de constitucionalidad basándose en una lectura constitucionalmente conforme de la ley de cuya inconstitucionalidad se sospecha, véase Cap. Segundo, VI.2.

de la Corte constitucional todos los actos del proceso principal planteado ante él, debiendo paralizar todo acto procesal desde aquel mismo momento, hasta que la Corte constitucional decida sobre la cuestión y devuelva los autos⁴⁰.

El auto de planteamiento adquiere una importancia considerable, dado que fija de forma definitiva el objeto del juicio de la Corte constitucional, excluyéndose la hipótesis de una ampliación del mismo tanto por parte de los sujetos del proceso principal como del constitucional, al igual que por decisión de la propia Corte constitucional. Por ello, el auto está sujeto a una forma de publicidad triple. Primeramente es obligada la notificación a los sujetos que tienen la legitimación para ser partes en el proceso constitucional, con el propósito de que puedan ejercer esta facultad. En segundo lugar, a través de la comunicación a los presidentes de las cámaras (en el caso de que la cuestión tenga como objeto una ley estatal) o del Consejo regional (si se impugna una ley regional)⁴¹; la finalidad de esa comunicación es poner en conocimiento de los órganos con competencia legislativa del proceso iniciado sobre una de sus leyes, a fin de que éstos procedan a activar, en su caso, las herramientas adecuadas para prevenir una eventual declaración de inconstitucionalidad (señaladamente, el procedimiento legislativo). Finalmente, corresponde la publicación en el Boletín Oficial del Estado (la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*), es decir, en el mismo medio en el que se publica la ley⁴². El sentido es aquí dar cuenta a todos los ciudadanos del procedimiento, con el objeto de informarles de que la ley se encuentra *sub iudice* y podría ser declarada inconstitucional (hasta aquel momento eventual, como es notorio, la ley es válida y eficaz y tiene por estas razones que respetarse), pero, adicionalmente, también persigue la publicación informar de ese hecho a todos los

⁴⁰ Es a día de hoy incuestionable que el auto de planteamiento no puede ser revocado en razón de ninguna circunstancia sobrevenida por el juez ordinario, que tiene entonces que esperar la decisión del Juez constitucional para seguir con el proceso principal (véase sobre este tema ROMBOLI, R., *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, en *Foro it.*, III, 1990, p. 145).

⁴¹ Art. 23.4 l. 87/1953: “*L'autorità giurisdizionale ordina che a cura della Cancelleria l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattito, alle parti in causa ed al Pubblico Ministero quando il suo intervento sia obbligatorio, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri od al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione. L'ordinanza viene comunicata dal cancelliere anche ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato*”.

⁴² Art. 25.1 l. 87/1953: “*Il Presidente della Corte costituzionale, appena è pervenuta alla Corte l'ordinanza con la quale l'autorità giurisdizionale promuove il giudizio di legittimità costituzionale, ne dispone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, quando occorra, nel Bollettino Ufficiale delle Regioni interessate*”.

jueces que podrían tener que aplicar la misma ley, para que reflexionen sobre la posibilidad de elevar, ellos también, una cuestión de inconstitucionalidad.

En el juicio ante la Corte constitucional, activado en vía incidental, pueden constituirse como partes los sujetos que lo sean en el juicio *a quo* en el momento en el que se eleva la cuestión, además del Presidente del Consejo de Ministros (ley estatal) o el presidente de la Junta regional (ley regional). La constitución como parte es para todos facultativa y, en su caso, dará lugar a la denominada fase contradictoria del proceso constitucional incidental.

La presencia de partes privadas ante la Corte constitucional obliga a ésta a resolver el proceso en audiencia pública, a menos que considere la cuestión manifiestamente infundada o abiertamente inadmisibile, o cuando la publicidad pueda perjudicar la seguridad nacional, el orden publico o la moral e incluso cuando se estén produciendo manifestaciones por parte del publico que puedan perturbar la serenidad de los Magistrados⁴³.

La decisión de la Corte podrá ser tanto de tipología procesal (inadmisibilidad, devolución de los actos al juez *a quo*), como de fondo (infundada y desestimada o estimatoria de la inconstitucionalidad), aunque han adquirido también extraordinario interés, señaladamente por lo que concierne el tema que es objeto de esta tesis, las decisiones desestimatorias de tipo interpretativo, de las que trataremos más adelante⁴⁴.

La regulación presenta elementos que a todas luces parecen perseguir una vocación subjetiva de tutela de los derechos fundamentales: piénsese, por ejemplo, en la naturaleza obligatoriamente prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad o en el principio de congruencia (“*ne eat iudex ultra petita partium*”; conocido en Italia como el “*principio del chiesto-pronunciato*”), por el que la Corte viene obligada a decidir de conformidad con el contenido fijado en el auto del juez remitente.

Concurren, sin embargo, otros factores que podrían considerarse de naturaleza o tendencia objetiva, por ejemplo: la eficacia *erga omnes* de las decisiones de

⁴³ Art. 15 l. 87/1953: “*Le udienze della Corte costituzionale sono pubbliche, ma il Presidente può disporre che si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza dello Stato o all’ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengono, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità*”.

Art. 26.2 l. 87/1953: “*Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio*”.

⁴⁴ V. Cap.Cuarto, III.1.

inconstitucionalidad; lo dispuesto en el art. 18 N.I. (con el siguiente tenor: “*la suspensión, la interrupción y la extinción del proceso principal no producen efectos en el juicio ante la Corte constitucional*”⁴⁵), o, en fin, la inaplicabilidad a los juicios constitucionales de las reglas sobre la abstención y la recusación de los jueces.

Ese plural abanico de perfiles nos obliga a un estudio de campo que ofrezca información y datos sobre la forma en la que el juicio incidental se ha realizado, concretamente en relación con la tutela de los derechos fundamentales. Se llevará a cabo, en los dos sistemas u ordenamientos jurídicos que se analizan en este trabajo (italiano y español), tomando como referencia los tres sujetos principales que operan en el juicio incidental de constitucionalidad de las leyes: el juez ordinario, las partes y la Corte (o el Tribunal) constitucional.

II. Los albores de la cuestión de inconstitucionalidad española

1. Las necesidades de la España posfranquista y la predisposición de un complejo (y completo) sistema de justicia constitucional: la elección de múltiples vías de acceso a la jurisdicción constitucional

Las Leyes Fundamentales del Franquismo preveían que, tras la muerte del General Franco, se restaurase la monarquía borbónica. Aquél probablemente no esperaba, sin embargo, que el Rey Juan Carlos decidiese iniciar un proceso de democratización del País apoyado por las fuerzas de la oposición. El Congreso de los Diputados, que se constituyó después de las primeras elecciones parlamentarias, formó en 1977 una Comisión para los asuntos Constitucionales y para las libertades públicas, en cuyo seno se creó una subcomisión que tenía como propósito redactar el Anteproyecto de la futura Constitución Española⁴⁶.

⁴⁵ Art. 18 N.I.: “*La sospensione, l’interruzione e l’estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale*”. Veremos más adelante las diferencias con España en este ámbito, v. Cap. Segundo, II.2 b).

⁴⁶ Véanse sobre el tema para un estudio más detallado, entre otros: BLANCO VALDÉS, R., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003; BLANCO VALDÉS, R., SANJURJO RIVO, V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, en GAMBINO, S. (Coord.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003; SÁNCHEZ NAVARRO, Á. J., *La transición española en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1998; DE ESTEBAN, J., *El proceso constituyente español, 1977-1978*, en TEZANOS, J. F., CORTARELO, R., DE BLAS, A. (Coords.), *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1989; MARAVAL, J. M., SANTAMARIA, J., *Transición política y consolidación de la*

Uno de los temas principales a debatir fue, sin duda, como ya ocurriera en la experiencia italiana pos-fascista, el establecimiento de un sistema de garantías de la constitucionalidad del nuevo sistema institucional y, en lo que interesa a este estudio, el modelo de control de la constitucionalidad de las leyes. Era manifiesta, en suma, la necesidad de proporcionar un aparato de tutelas idóneo para las exigencias del nuevo Estado constitucional y democrático de derecho, introduciendo a tal fin, por su relevancia central, un sistema de justicia constitucional.

Las influencias que provenían sobre todo de las experiencias italiana y alemana (además de la austriaca y de las doctrinas de Hans Kelsen), junto con el precedente histórico de la República de 1931, representado por el Tribunal de Garantías Constitucionales⁴⁷, y la desconfianza (de la misma forma que señalamos para la Italia pos-fascista) hacia un poder judicial en gran medida fiel todavía a los principios franquistas, condujo a la consagración en la Norma Fundamental de un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, expresión de un sistema concentrado de justicia constitucional.

En España, a diferencia de Italia, la aprobación tanto de la parte de la Constitución que regula la jurisdicción constitucional⁴⁸ como la de la Ley Orgánica del

democracia en España, en TEZANOS, J. F., CORTARELO, R., DE BLAS, A. (Coords.), *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1989; MORODO, R., *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁴⁷ Sostienen la influencia de la experiencia de la Constitución de 1931, entre otros: FERRERES COMELLA, V., *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 23; RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *La jurisdicción constitucional*, en PREDIERI, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Coords.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, p. 798. Sin embargo, no todo el mundo académico ha sostenido la teoría de que en los orígenes del Tribunal Constitucional español (respecto del cual se ha hablado, refiriéndose a los años de creación y consolidación del órgano, de “buena estrella”, v. CRUZ VILLALÓN, P., *El estado del Tribunal Constitucional*, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México (pp. 713-730), p. 714) haya que reconocerse un rol positivo al Tribunal de Garantías. No comparte esta opinión, por ejemplo, BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche* cit., p. 153, quien afirma que con ocasión de los debates constituyentes fueron escasas las menciones a aquella experiencia, y casi siempre para evidenciar sus carencias. La finalidad habría sido entonces, según la doctrina más destacada, evitar de caer en los mismos errores de aquella época (TOMÁS Y VALIENTE, F., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 30 y ss.).

Sobre la experiencia de la Segunda República española en tema de justicia constitucional pueden verse: ÁLVAREZ GARCÍA, H., *La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española*, en *Revista de Derecho Político*, n. 80, 2011, pp. 189-200; BASSOLS COMA, M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010; LÓPEZ ULLA, J.M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999; OLIVER ARAUJO, J., *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Constitución y Derecho Público: Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 309-392.

⁴⁸ Título Noveno de la Constitución, arts. 159-165 CE.

Tribunal Constitucional⁴⁹, indispensable desarrollo y normativa decisiva para la implementación de las normas constitucionales en esta materia, no fue acompañada de grandes debates ni de abiertas oposiciones⁵⁰.

Otra diferencia con Italia es la regulación de varias y distintas vías de acceso al Tribunal Constitucional, que configuran por esta razón (como veremos a lo largo de este estudio) un sistema relativamente diferente al italiano, por lo menos en su desarrollo concreto en el tiempo.

Junto con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (art. 161 letra a CE y art. 163 CE)⁵¹, el art. 161 CE reconoce la posibilidad de plantear, de un lado, recursos de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE, y, de otro, conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y de estas entre sí. El Tribunal Constitucional español es además competente, según la Constitución, para controlar, de forma preventiva, la conformidad con la Constitución de los Tratados Internacionales⁵².

Por lo demás, una cláusula de cierre deja abierta la posibilidad de que la Constitución y las leyes orgánicas posteriores puedan ampliar las mencionadas competencias⁵³.

⁴⁹ Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante), texto que ha sido reformado en los años sucesivos en varias ocasiones. El texto consolidado y las versiones anteriores pueden consultarse en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23709>.

⁵⁰ TORRES DEL MORAL, A., *El Tribunal constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de lege ferenda*, en FERRER MAC-GREGOR, E., ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II: Tribunales constitucionales y democracia, Marcial Pons, México, 2008, p. 597. Véase también RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1 y ss. Como nos recuerda RUBIO LLORENTE, solo el partido comunista se mostró “reticente” a la aprobación del Título IX de la CE.

⁵¹ Para un estudio detallado de los procesos de declaración de inconstitucionalidad, véanse JIMÉNEZ CAMPO, J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALON, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMPES, P., *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 13-74; y más recientemente PÉREZ TREMPES, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 55-96.

⁵² El art. 95 CE establece que “1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”. El ordenamiento jurídico español, en caso de contraste entre una normativa contenida en un Tratado internacional y la Constitución, permite elegir entonces entre renunciar a la ratificación del Tratado en cuestión o llevar a cabo una reforma constitucional antes de dicha ratificación, que garantice la eliminación del contraste entre las normativas y la superioridad de la Norma Fundamental.

⁵³ El art. 2.1 de la LOTC establece, en efecto: “El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina: a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley; b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución; c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de

Como intentaremos demostrar más adelante, la existencia en el ordenamiento jurídico español de múltiples procedimientos de acceso al TC influenciará en el desarrollo concreto y la utilización del control de la ley en vía incidental, sobre todo en relación con el recorrido y empleo de este proceso para en la tutela de los derechos.

Volviendo al estudio de la etapa de los trabajos preparatorios de la Constitución española y ciñéndonos al tema que nos interesa en este trabajo, destacaremos que, en sede constituyente, la elaboración del artículo que recoge la cuestión de inconstitucionalidad suscitó algunos debates. Es digno de mención que algunas de las cuestiones más polémicas, por ejemplo la que culminó con el rechazo de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, fuesen resueltas por la Comisión Mixta, sin la aprobación de las dos Cámaras, y tal vez, por tanto, con una cierta falta de legitimación de la decisión adoptada⁵⁴.

Sea como fuere, uno de los debates más importantes radicaba en desentrañar quiénes serían los legitimados para plantear una duda de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, es decir, discernir si la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad alcanzaba a todos los órganos pertenecientes al Poder Judicial o se limitaba, en cambio, al Tribunal Supremo. Ciertamente el debate fue influenciado por la experiencia previa del Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya regulación

éstas entre sí; d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; d) bis. De los conflictos en defensa de la autonomía local. e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales; e) bis. Del control previo de inconstitucionalidad en el supuesto previsto en el artículo 79 de la presente Ley; f) De las impugnaciones previstas en el número dos del artículo ciento sesenta y uno de la Constitución; g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley; h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas”.

Por lo que concierne a la letra e) bis, hay que precisar que al Tribunal le fue atribuido el control previo de inconstitucionalidad contra proyectos de Estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas (por la Ley Orgánica 2/1979), luego derogado (por la Ley Orgánica 4/1985), y, en la actualidad, nuevamente atribuido aunque respecto de los proyectos de Estatuto de Autonomía y propuestas de reforma de los mismos (por la Ley Orgánica 12/2015). La Disposición adicional quinta, introducida por el artículo primero de la LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, ha previsto además que “*Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 31/1979, de 18 de diciembre)*” y además, asunto que nos ocupará más adelante en este trabajo (v. Cap. Segundo, IV.4.sigüe), “*El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal*”.

⁵⁴ Sobre la génesis del art. 163 CE puede verse LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 27 y ss., que explica minuciosamente también el iter constituyente en el tema del control de la constitucionalidad de la jurisprudencia (pp. 42 y ss.).

contenida en la Constitución de 1931 y, sobre todo, en la Ley organizando el Tribunal de Garantías Constitucionales, de 7 de junio de 1933, asignaba un rol destacado al Tribunal Supremo⁵⁵. En efecto, sin el dictamen favorable de este órgano, la cuestión de inconstitucionalidad (en forma de recurso) planteada por un Juez o Tribunal no habría podido llegar al examen del Tribunal de Garantías, a menos que, posteriormente, hubiera sido la misma parte interesada del proceso ordinario quien volviera a plantear la duda de constitucionalidad, esta vez directamente ante el Tribunal de Garantías⁵⁶.

Finalmente, en la Constitución de 1978 se optó por la expresión “*Cuando un órgano judicial considere [...]*”, permitiendo que todos los jueces y tribunales de cualquier grado pudiesen plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Sobre los límites e interpretaciones de esta parte del art. 163 CE y sobre su desarrollo por la LOTC volveremos más adelante⁵⁷. Es suficiente en este momento dejar constancia de la importancia que tiene, a nuestro parecer, disponer que sean todos los Jueces y Tribunales pertenecientes al Poder Judicial los habilitados para formular directamente ante el Tribunal Constitucional sus dudas de constitucionalidad, para la defensa de los derechos fundamentales y de los intereses individuales, sin otorgar en exclusiva esa posibilidad a las los Tribunales superiores.

Otros temas a debate en el momento constituyente, además del ya mencionado más atrás, relativo al control de la constitucionalidad de la jurisprudencia, gravitaron alrededor de la determinación de los requisitos de admisión de las cuestiones (aplicabilidad y relevancia de la norma impugnada, y notoria falta de fundamento de la cuestión planteada)⁵⁸. Entre otros, un importante objeto de debate quedó referido a si se atribuía en exclusiva al órgano judicial *a quo* la valoración “de oficio” de la posible inconstitucionalidad de la norma aplicable al juicio, a los efectos del planteamiento sucesivo de la cuestión, o si debían incluirse también las partes del proceso⁵⁹. Aunque, como veremos a continuación, los textos definitivos que disciplinan este proceso

⁵⁵ Véanse a este respecto el estudio llevado a cabo en CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 115 y ss., y en URÍAS, J., *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 74 y ss.

⁵⁶ Muchas otras son las diferencias entre el control incidental de constitucionalidad de la II República y el de la Constitución de 1978. Pueden verse a este respecto los artículos 30 y 31 de la Ley organizando el Tribunal de Garantías Constitucionales, de 7 de junio de 1933, que puede consultarse en http://www.congreso.es/docu/constituciones/1931/TribConst1_cd.pdf.

⁵⁷ V. Cap. Segundo, I.1 y 2.

⁵⁸ Todos estos requisitos se analizarán con más detenimiento en las próximas páginas. V. Cap. Segundo, II.1 y 2.

⁵⁹ BAGNI, S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Clueb, Bologna, 2007, p. 90.

constitucional, y sobre todo la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, afirmen que es el juez *a quo* quien tiene el monopolio de decisión sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad⁶⁰, se estimó oportuno especificar en la LOTC que la consideración de la posible inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso y relevante para la resolución del mismo pudiese provenir tanto de oficio como a instancia de parte⁶¹. Esta elección resulta relevante en relación con el estudio desarrollado en este trabajo, ya que, a nuestro juicio, que las partes puedan pronunciarse sobre la oportunidad de elevar una duda de inconstitucionalidad al TC puede favorecer (por lo menos “en potencia”) una mayor tutela de sus derechos.

2. Una aproximación al debate sobre la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad: los motivos de su carácter híbrido (o “impropio”)

Como en Italia, también en España la doctrina se ha interrogado sobre la naturaleza del instrumento objeto de este trabajo de investigación. Sin embargo, la existencia de otras modalidades de acceso al Tribunal Constitucional (particularmente, el recurso de inconstitucionalidad y el recurso de amparo) conduce a preguntarse si la cuestión de inconstitucionalidad es simplemente un instrumento de depuración del ordenamiento jurídico o, por el contrario, está destinada también a la tutela de los derechos fundamentales, en particular de los individuos concernidos en el proceso *a quo*⁶².

⁶⁰ Sin adentrarnos ahora en el estudio de la jurisprudencia del TC sobre el particular, es suficiente mencionar el apartado segundo del art. 35 de la LOTC, que solo otorga al juez ordinario la facultad de plantear una CI: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o 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 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá 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*”.

⁶¹ Art. 35.1 LOTC: “*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*”.

⁶² Las reflexiones que siguen derivan en gran medida del análisis de la jurisprudencia constitucional y de los escritos, entre otros, de BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, GREGORIO, MEDINA REY, L. F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008; CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación de un sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; JIMÉNEZ CAMPO,

En una de sus sentencias más antiguas, el Tribunal Constitucional declaró que la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento que cumple con la finalidad de conciliar la doble obligación del juez ordinario, a saber: estar sometido, de un lado, a la ley y, desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978, también al contenido de esta, como norma suprema del nuevo ordenamiento jurídico. No se trataría de un instrumento de impugnación directa y abstracta de la ley, ni se permitiría la instauración de un control difuso de la constitucionalidad de las normas según el modelo norteamericano⁶³.

Ahora bien, como quiera que en el ordenamiento jurídico español, que optó por un sistema concentrado de justicia constitucional⁶⁴, los jueces ordinarios no tienen la posibilidad de declarar la disconformidad a la Constitución Española de una ley legítimamente emanada por los órganos de representación popular, ni tampoco la facultad de inaplicarla directamente, se concluye que el único sujeto institucional capaz de declarar la inconstitucionalidad de una norma, con el efecto de expulsar la misma del

J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMP, P., *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000; MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; PÉREZ TREMP, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016; PÉREZ TREMP, P., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 127-148; PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985; RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; URÍAS, J., *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003, es uno de los pocos autores que intenta alejarse del paralelismo cuestión-recurso de inconstitucionalidad y de la caracterización de la CI (sobre todo en su fase *ad quem*) como juicio abstracto de constitucionalidad (pp. 249 y ss.); su teoría será analizada con más detenimiento en la parte de este trabajo que estudia las características del auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, v. Cap. Segundo, V.2.

⁶³ STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1: “*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*”.

Sucesivamente los mismos conceptos fueron expresados en numerosas sentencias; cabe citar, por ejemplo, las SSTC 37/2012, de 19 de marzo, y 94/2012, de 7 de mayo, FJ 3.

⁶⁴ La creación de un sistema de control de constitucionalidad confiado a un órgano *ad hoc* tiene uno de sus fundamentos en el “*doble*” objetivo de “*subordinar al legislador a la Constitución sin que, al mismo tiempo, ello suponga su subordinación orgánica al poder judicial*”, CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 457-458.

ordenamiento, es el Tribunal Constitucional, llamado a pronunciarse (entre otras modalidades que sin embargo no son objeto de estudio en este trabajo) a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

De hecho, según declarase aquel ya en su STC 127/1987⁶⁵, el Constituyente concibió la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de depuración del ordenamiento jurídico, es decir, un cauce apto para poder expulsar del mismo aquellas normas de ley contrarias al contenido de la Constitución.

Ahora bien, aunque en la misma sentencia el Tribunal Constitucional afirmó que el respeto de los requisitos procesales propios de este mecanismo asegura que no se convierta en un proceso destinado al control abstracto de la constitucionalidad de las leyes (control este que tiene que llevarse a cabo a través del recurso de inconstitucionalidad), la doctrina ha puesto de relieve la estrecha relación que vincula estos dos tipos de procesos constitucionales. La gran mayoría de los autores considera la cuestión de inconstitucionalidad como un instrumento concreto de control de constitucionalidad de las normas, pero solo respecto del momento en el que surge la duda de constitucionalidad, esto es, con ocasión de un proceso. Se trataría, en suma, de un control concreto, pues trae su origen de un proceso ordinario en el que hay que resolver una controversia específica, que, en cambio, en el momento de su desarrollo procesal ante el Constitucional, de su lado, se convierte en un control abstracto de la norma enjuiciada por el juez *a quo*, con las mismas características y con los mismos resultados del control abstracto que se deduce a través del recurso de

⁶⁵ STC 127/1987 FJ1: “La Constitución en el art. 163 y la LOTC en el art. 35.2 configuran las cuestiones de inconstitucionalidad como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de Ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada.

Ello supone que la inconstitucionalidad presunta tiene una influencia decisiva en la solución del litigio, lo que comporta que el órgano jurisdiccional razone la incidencia que la constitucionalidad de la norma tiene sobre aquélla.

Pretenden, con ello, los textos legales insertos en los arts. 163 de la Constitución Española y 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, evitar que las cuestiones de inconstitucionalidad se conviertan en un mecanismo abstracto de control de la constitucionalidad de las normas, que queda reservado al recurso de inconstitucionalidad”. La opinión del Constitucional sobre el papel de la cuestión en la depuración del ordenamiento jurídico no se ha modificado en el tiempo, así como la necesidad que sin embargo se trate de un instrumento que mantenga su carácter concreto y no se convierta en un instrumento puramente abstracto. En el FJ 1 de la muy reciente STC 57/2017, de 11 de mayo, se lee por ejemplo que los requisitos propios de este instrumento son necesarios para “impedir que la cuestión de inconstitucionalidad pueda quedar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad, lo que sucedería si se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que se suscita (por todas, STC 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2), de manera que el control de constitucionalidad se convierta en un control abstracto”.

inconstitucionalidad. CRUZ VILLALÓN definió el juicio incidental de constitucionalidad de las leyes como un control concreto “*impropio*”⁶⁶.

Se ha hablado al respecto de “*identidad teleológica*” (entre otros LOPEZ ULLA y MEDINA GUERRERO)⁶⁷ entre recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad, ya que, una vez admitida la cuestión, el Tribunal Constitucional lleva a cabo un control ajeno a cualquier consideración subjetiva o inherente al caso concreto, haciendo abstracción del mismo y encaminando su actividad, únicamente, a la tutela de los intereses generales y objetivos y no a la preservación de bienes e intereses subjetivos.

A pesar de que PÉREZ TREMPs⁶⁸ hubiese deducido ya en uno de sus primeros trabajos (probablemente influenciado por sus estudios profundos sobre el *giudizio incidentale* en Italia) el carácter “híbrido” de la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando que “*la concepción de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento objetivo de defensa de la norma fundamental debe completarse con la función que cumple como garantía de intereses subjetivos, que son la ratio ultima de su planteamiento en muchos casos y que sirven de motor de esta defensa objetiva*”, la jurisprudencia constitucional siguió sosteniendo que las circunstancias del caso concreto objeto del juicio *a quo* no deben influir en el control de constitucionalidad de la norma llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, que tiene como exclusivo cometido verificar la conformidad de la disposición enjuiciada con el contenido de la Norma Suprema⁶⁹.

⁶⁶ El autor propone esta expresión para evidenciar las diferencias entre la cuestión de inconstitucionalidad española y el “control concreto” alemán, avisando además que al hablar de “control abstracto” refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad en España sería correcto añadir la especificación “*en sentido estricto*”, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 43.

⁶⁷ Estos autores citan las propias palabras del Tribunal Constitucional, que en la STC 17/1981 afirmó: “*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*” (FJ1). LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español* cit.; MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad* cit., p. 49 (edición 2010).

⁶⁸ PÉREZ TREMPs, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 128 y ss.

⁶⁹ STC 238/1992 FJ1 b): “*Conviene aquí recordar que en este proceso constitucional se enjuicia, estrictamente, la conformidad a la Constitución de uno o varios enunciados legales, sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del*

Podría quererse inferir de lo anterior que, en consecuencia, no niega la naturaleza abstracta de este proceso constitucional el hecho de que los órganos del Poder Judicial, al plantear cuestiones de inconstitucionalidad, invoquen principalmente la posible vulneración de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales y libertades públicas, pues el proceso analizado no tendría otro propósito que la protección de la Norma Fundamental. Sin embargo, intentaremos demostrar el acierto de PÉREZ TREMPS en su temprana intuición, enunciada cuando todavía el TC no había resuelto un número importante de cuestiones de inconstitucionalidad, véase: que tiene que reconocerse a esta tipología de proceso constitucional una importancia destacada en la defensa de los derechos e intereses de los individuos, en paralelo a su decisiva función de depuración del ordenamiento de las normas contrarias a la CE. O que como decía GARCÍA PELAYO: “*defender los derechos o pretensiones subjetivas garantizadas por la Constitución significa concretar la defensa del orden constitucional objetivo, y defender a éste significa defender los derechos y pretensiones que ampara: lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es específica articulación en un caso de notas abstractas*”⁷⁰.

El relieve de la cuestión de inconstitucionalidad en la tutela de los derechos no es solo una hipótesis o una afirmación teórica. Los datos elaborados por el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional y aquellos presentados en su tiempo en los estudios de JIMÉNEZ CAMPO, luego de LOPEZ ULLA⁷¹ y ahora en este mismo trabajo, demuestran como este instrumento se ha utilizado principalmente invocando la vulneración de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos

supuesto planteado en el proceso del que aquélla deriva, sobre las que nada podemos decir y que en nada, tampoco, han de condicionar nuestro enjuiciamiento”.

La identidad teleológica entre los dos procesos parece avalada también por la posibilidad de resolver en la misma sentencia de manera acumulada recursos y cuestiones (como por ejemplo en las SSTC 225/1993 y 341/1993).

⁷⁰ GARCÍA PELAYO, M., *El status del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, p. 33.

El TC afirmó algo parecido a nuestras consideraciones sobre naturaleza abstracta/concreta de la CI, si bien invirtiendo los términos, cuando se ocupó de la naturaleza del recurso de amparo en su sentencia 1/1981: “*La finalidad del recurso de amparo es la protección en sede constitucional de los derechos y libertades [...], cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designo, proclamado en el art. 53.2, aparecen también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular*”. LÓPEZ ULLA se pregunta por qué no sería posible entonces afirmar lo mismo respecto de la CI, simplemente invirtiendo el orden de las expresiones y aplicando las mismas reflexiones al caso de la cuestión de inconstitucionalidad, LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., 2000, p. 332.

⁷¹ LÓPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español* cit., pp. 332-333.

fundamentales. Si analizamos las sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad en los últimos años, por ejemplo, veremos como en los autos de planteamiento se haya aducido la vulneración, entre otros: del derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE (por ejemplo en razón de la edad, como en las SSTC 41/2015, de 2 de marzo y 110/2015, de 28 de mayo; o en razón del principio de igualdad ante la ley tributaria, invocando la posible vulneración, además del art. 14, también del art. 31 CE⁷², como en la STC 60/2015, de 18 de marzo); del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, como en la STC 10/2015, de 2 de febrero; del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, como la reciente STC 41/2017, de 24 de abril; del derecho de propiedad del art. 33 CE como en las SSTC 43/2015, de 2 de marzo y 56/2017, de 16 de marzo.

Resulta evidente, por lo tanto, que al lado de la preservación de intereses institucionales y objetivos no puede tampoco negarse que, al originarse este tipo de proceso en vía incidental en el seno de un proceso en el que resultaría de aplicación la norma cuestionada al caso concreto, la resolución de la duda de constitucionalidad afectará por lo común, siquiera en multitud de casos, a las problemáticas inherentes a los derechos e intereses que el juicio *a quo* se dirige a resolver. También en España, en fin, puede hablarse del carácter “híbrido” del control incidental de constitucionalidad de las leyes, desvelándose la subsistencia en el mismo proceso constitucional de las denominadas “dimensión objetiva” y “dimensión subjetiva”.

Por lo expuesto, y apoyándonos ahora en reflexiones de URIAS, resulta interesante evidenciar que este proceso es apto, “en potencia”, para la tutela de todos los derechos fundamentales garantizados en la Constitución española, sin las limitaciones propias del recurso de amparo constitucional. Nos referimos, por ejemplo, a que a través del recurso de amparo puedan recurrirse solo las supuestas vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en determinados artículos de la CE⁷³, aunque el Tribunal Constitucional haya llegado, paulatinamente, a modificar esta circunstancia.

⁷² En relación con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad invocando una eventual violación del art. 31 CE, no pueden no citarse también la muy reciente sentencia 26/2017, de 16 de febrero, y las que hasta la fecha han reiterado la doctrina ahí contenida: las SSTC 37/2017, de 1 de marzo, y la 59/2017, de 11 de mayo.

⁷³ URIAS, J., *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 142.

Art. 53.2 CE: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante

En efecto debe destacarse, no obstante y a colación de las afirmaciones del autor ahora citado, un expediente técnico que ha tomado cuerpo en la jurisprudencia constitucional y que conduce a la consideración en los procesos de amparo (y a su tutela mediata o derivada) de derechos y principios que de partida no serían susceptibles de este procedimiento constitucional según el art. 53.2 CE. La idea consiste, en resumen, en que cuando el objeto del litigio del que trae fuente el recurso de amparo esté relacionado con derechos o deberes de los ciudadanos del Capítulo II del Título I (piénsese, por ejemplo, en el derecho al trabajo del art. 35.1 CE) o con los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III de ese Título (por ejemplo, la protección de la salud del art. 43 o las prescripciones de tutela a la familia e infancia del art. 39 CE), aunque todos ellos, directa o autónomamente, no puedan canalizarse al Tribunal a través de una demanda de amparo, entrarán en el juicio propio y en la revisión que corresponde a ese proceso constitucional a través de una relación o nexo con el deber de *motivación* del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Es decir, aquellos derechos o principios operan un reforzamiento del deber de motivación que integra el art. 24.1 CE, de suerte que, si en la resolución judicial o administrativa impugnadas no fueron ponderados su contenido esencial (en el caso de los derechos del Capítulo II) o la orientación que marcan (lo principios del Capítulo III), la consecuencia será la declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación o de resolución fundada en derecho (art. 24.1 CE), por desatención de aquellos otros derechos o principios.

Seguramente el mejor ejemplo de esa lógica proyectada a los derechos del Capítulo II sea la STC 192/2003, de 27 de octubre, que vincula el art. 24.1 CE con el art. 35.1 CE⁷⁴. Otros ejemplos en la misma dirección pueden verse en las SSTC 99, 100,

el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30^o.

⁷⁴ Afirma el Tribunal en el FJ 3 de la Sentencia citada que: “[E]l canon aplicable al examen constitucional de las resoluciones judiciales desde la perspectiva del art. 24.1 CE se encuentra sujeto a un mayor rigor cuando queda afectado otro derecho reconocido por la Constitución, tal y como ocurre en el presente caso, habida cuenta de que la declaración de procedencia del despido podría afectar a la libertad de trabajo comprendida en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, concretada en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación en los términos de nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8. En suma, en situaciones como la expuesta, el canon propio del art. 24.1 CE no se ciñe únicamente a la comprobación negativa de que la decisión judicial no es infundada, manifiestamente irrazonable o arbitraria ni incurre en error patente, sino que añade a ese control el positivo sobre la ponderación y adecuación de la motivación de tal decisión judicial, que necesariamente ha de exteriorizarse a los derechos concernidos”, (en el supuesto de hecho, al derecho al trabajo del art. 35.1 CE). Tanto que, *ad casum*, concluye: “Esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la

117 y 137 (todas ellas) de 2001. En cuanto a los principios del Capítulo III inició el criterio descrito la STC 95/2000, de 10 de abril, en un supuesto de protección de la salud, asociando los arts. 24.1 y 43.1 CE⁷⁵.

Lejos de detenerse en esa conexión con el art. 24.1 CE, el Constitucional ha articulado un mismo nexo de aquellos derechos del Capítulo II y principios del Capítulo III con otros derechos fundamentales, como por ejemplo los arts. 14 o 18 CE, reforzando así las garantías y coberturas de éstos últimos con base en los contenidos y orientaciones ofrecidos por aquellos. La STC 208/2013, de 16 de diciembre, por ejemplo, entrelaza con el art. 18 CE (honor, la intimidad y la propia imagen) el art. 49 CE (integración de disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos)⁷⁶. En la misma línea, ahora en cuanto al art. 14 CE y la concurrencia de los principios de los arts. 39 y 41 CE, debe mencionarse la STC 154/2006⁷⁷. También lo ha hecho, con reiteración, entre el art. 15 CE –integridad física- y el derecho a la salud del art. 43 CE⁷⁸.

prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios [...], lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” (FJ 7).

⁷⁵ Puede leerse en el FJ 5 de la STC 95/2000: “La razonabilidad de las decisiones judiciales [esto es, 24.1 CE] es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad [en función de aquel art. 43], acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada”, con la consiguiente vulneración del art. 24.1 CE (en relación con el principio rector de que se trate; allí el del art. 43 CE).

⁷⁶ El Tribunal Constitucional declaró en el FJ 5 de esta sentencia que: “[E]s un elemento relevante en este caso la condición de discapacitado físico y psíquico de la persona afectada por la realización y posterior emisión de la entrevista, que presenta una discapacidad apreciable a simple vista, incluso por un profano en la materia. Ello nos lleva a recordar no sólo el dato ya reseñado de que los derechos afectados contribuyen a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que aquí se ha visto especialmente afectada, sino, además, a la necesidad de conectar los derechos fundamentales concernidos con los principios rectores consagrados en la Constitución [...] Pues bien, en atención a las circunstancias concurrentes en este caso, los derechos consagrados en el art. 18.1 que han sido invocados en la demanda han de ser puestos en conexión con el art. 49 CE, que contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad, al establecer que “[l]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos’. Y dicho mandato debe conducir a impedir que se lleven a cabo actuaciones como la aquí descrita sobre personas afectadas de cualquier tipo de discapacidad [...]”.

⁷⁷ Dice el FJ 8 de la Sentencia: “Según adelantábamos más atrás, ambos preceptos [arts. 39 y 41 CE] se contienen en el título I del texto constitucional, lo que permite establecer una directa relación entre ellos y el derecho fundamental invocado (art. 14 CE), deduciéndose en su consideración conjunta un derecho de los hijos a beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social fijadas por las normas correspondientes sin discriminación por razón de su filiación”.

⁷⁸ Puede verse sobre ello, SANTIAGO REDONDO, K., “Artículo 43 CE”, en *Comentarios a la Constitución Española*, CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Directores), Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1072-1079, donde se ponen de manifiesto asimismo,

En definitiva, lo antes dicho sobre los límites objetivos o materiales del proceso de amparo, en razón de los derechos que pueden ser en él sustanciados, debe ser matizado con base en estos expedientes técnicos de ampliación de la tutela que emplea, siquiera en ocasiones, el Tribunal Constitucional.

Volviendo a centrarnos en la naturaleza y en las características de la cuestión de inconstitucionalidad, es oportuno recordar, asimismo, que la faceta subjetiva de este proceso constitucional, que hemos visto coexistir con su función objetiva (característica en común con el recurso de inconstitucionalidad), deriva del deber del juez de buscar la interpretación de las leyes más conforme con el contenido de la CE (art. 5.1 LOPJ), dado que los jueces *“se convierten en los encargados de proyectar los valores constitucionales sobre la totalidad del ordenamiento. Se les encarga de defender en lo posible los derechos fundamentales – y el resto de la Constitución- dentro de la ley”*. Interpretada así la función o la “dimensión” subjetiva de la cuestión de inconstitucionalidad, este instrumento tendría como efecto, además de la indudable finalidad de depuración del ordenamiento y de control del Poder Legislativo, también la *“maximización de la tutela de los intereses constitucionalmente legítimos de los particulares ante las leyes”*⁷⁹.

Reconocer la estrecha conexión entre las dos “dimensiones” de la cuestión de inconstitucionalidad permitiría confirmar este proceso constitucional en su rol central y trascendente en la construcción y en el fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de Derecho.

En suma, en nuestra opinión no se equivocaba la más antigua doctrina constitucional al destacar el valor de la función de la CI con respecto al recurso abstracto de inconstitucionalidad de las leyes: *“solo 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”*⁸⁰.

además de esos vínculos con el art. 15 CE, las conexiones del art. 43 con el art. 24.1 CE en la jurisprudencia del Tribunal.

⁷⁹ URÍAS, J., *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 142.

⁸⁰ STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.

También prestigiosos autores se interrogaron sobre la posibilidad de suprimir el recurso de inconstitucionalidad, confiando de esta forma solo a la CI la tarea de depurar el ordenamiento de las

3. La doctrina española sobre el cumplimiento de las normas del proceso constitucional. La disciplina de la cuestión de inconstitucionalidad en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

También la doctrina española ha dedicado una atención específica al estudio del Derecho procesal constitucional, cuyas características y reglas de funcionamiento difieren en cierta medida de aquellas típicas del Derecho procesal común en razón de las múltiples peculiaridades propias del Derecho y de la jurisdicción constitucionales⁸¹.

Sin embargo, a diferencia de las posiciones postuladas por los estudiosos italianos, la jurisprudencia constitucional y los autores españoles concuerdan en la conveniencia de no operar con extremos rigorismos formales a la hora de resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. La naturaleza preeminentemente abstracta de este proceso constitucional debería desembocar, en consecuencia, en una interpretación flexible de los requisitos procesales impuestos por la Constitución española y por la LOTC⁸².

disposiciones de ley inconstitucionales. RUBIO LLORENTE afirmó en efecto, refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad: “*Me parece que la introducción de éste recurso es quizás, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar si el recurso directo estrictamente objetivo, sea de minorías, sea de Órganos Territoriales, se suprimiese*”, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMP, P., *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 40. PÉREZ ROYO concuerda con esta postura, añadiendo en la misma ocasión que “*el recurso de inconstitucionalidad es, en términos generales, algo negativo para la justicia constitucional*”, *ibídem*, p. 45. Solo podemos estar entonces de acuerdo con la reflexión de LÓPEZ ULLA, que afirmó que “*el RI es un instrumento que se está utilizando más en función de los intereses de las fuerzas políticas legitimadas para interponerlo, que en defensa de la Constitución; y que son los jueces, a través de la vía de control que abre el art. 163 de la Constitución, los verdaderos protagonistas, junto al TC, de la defensa de la Constitución*”, LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., p. 320.

⁸¹ LOPEZ ULLA, por ejemplo, dedica toda la sección primera del Capítulo II de su libro dedicado a la CI al estudio de las peculiaridades del proceso constitucional en vía incidental: *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., pp. 57-65.

⁸² En los AATC 664/1985, de 3 de octubre, y 946/1985, de 19 de diciembre, se leer en efecto (en ambos en su FJ 1): “*Esta diversidad de razones explica el carácter de control concreto de la constitucionalidad de las leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento, y justifica tanto los requisitos que la Constitución (art. 163) y la LOTC imponen a la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, como su indispensable y rigurosa verificación, aún exenta de formalismos inadecuados a su finalidad, que el Tribunal Constitucional debe realizar del adecuado cumplimiento de tales requisitos, extremando las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada, como sucedería, si se utilizara para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes, para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita*”.

Los ejemplos del “espíritu antiformalista” del Constitucional -utilizando la expresión de LOPEZ ULLA⁸³- en el tema de control del respeto de las normas procedimentales son múltiples. Dedicaremos a su estudio algunas partes de este trabajo, particularmente al examinar los requisitos procesales que nos han parecido más destacados en las cuestiones de inconstitucionalidad en relación con su aptitud para la tutela de los derechos e intereses particulares.

Por lo que concierne la disciplina del control incidental de constitucionalidad en España, la Constitución de 1978 dedica el art. 163 a la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad⁸⁴. Los mismos requisitos exigidos por la Norma Fundamental se desarrollan posteriormente en el Capítulo III (*De la cuestión de inconstitucionalidad*

También en el FJ 2 de la STC 94/1986, de 8 de julio, el Constitucional afirma la necesidad para admitir una CI de la indispensable verificación del cumplimiento de los requisitos procesales, pero “*exenta de formalismos*”; y en el FJ 3 de la STC 155/1987, de 14 de octubre, (luego reiterada en el FJ 1 de la STC 301/1993, de 21 de octubre) que “*el interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad – la preservación de la sujeción de las disposiciones de Ley a la Constitución- impone no detener su curso en atención a rigorismos formales [...]*”.

En doctrina véase MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 51-53.

⁸³ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., p. 288.

⁸⁴ Art. 163 CE: *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.*

Uno de los problemas doctrinales más discutidos residió en la interpretación del último inciso de este artículo, que afirma, como se ha visto, que los efectos del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no serán en ningún caso suspensivos. La mayoría de los autores ha terminado por concluir, para garantizar el respeto de la naturaleza incidental y concreta de este tipo de proceso, que los efectos suspensivos no se referían al juicio *a quo*, sino a la eficacia de la norma objeto de enjuiciamiento, que sigue así vigente y aplicable en el ordenamiento jurídico aunque esté pendiente del control por parte del TC. Véanse las aportaciones de PÉREZ TREMPES, P., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 14 y ss., 25 y ss., 36 y ss.; CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 205 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., AROZAMENA SIERRA, A., JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUEZZA, L., RUBIO LLORENTE, F., TOMÁS Y VALIENTE, F., *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 96 y ss.; RODRIGUEZ OLIVER, J. M., *Sobre los efectos no suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad y la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre*, en *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2/1980.

El problema interpretativo fue posteriormente resuelto con la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, que ha añadido el apartado tercero al art. 35 LOTC: “*El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión*”.

promovida por Jueces o Tribunales) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁸⁵, reformada en los años siguientes en numerosas ocasiones⁸⁶.

También el art. 5 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial reproduce en su apartado segundo el art. 163 CE, justo después de haber recordado la sujeción y vinculación de los Jueces y Tribunales a la Constitución y a la interpretación que de la misma proporcione el Constitucional en su jurisprudencia. Finalmente, el apartado tercero introduce una precisión muy importante: los órganos judiciales deberán plantear

⁸⁵ Además de unas normas de aplicación común a los procesos constitucionales destinados al control de constitucionalidad de las leyes (como por ejemplo los arts. 38-40 LOTC, que regulan los efectos de las sentencias en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad), la LOTC dedica tres artículos a la CI.

Artículo 35 LOTC: *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 al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediere, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o 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 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá 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. 3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.*

Artículo 36 LOTC: *El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere.*

Artículo 37 LOTC: *1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuera notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada. 2. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. 3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días.*

⁸⁶ La versión original de la LOTC ha sido reformada por las Leyes Orgánicas de modificación (o de reforma) de la LOTC números 81/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; 6/2007, de 24 de mayo; 1/2010, de 19 de febrero; 8/2010, de 4 de noviembre; 12/2015, de 22 de septiembre y 15/2015, de 16 de octubre. Veremos que la reforma más significativa en lo que atañe al tema de esta tesis doctoral es la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007 que introdujo la posibilidad para las partes del proceso *a quo* de personarse ante el Tribunal Constitucional durante la fase *ad quem*, circunstancia que supuso un importante avance en la tutela de los derechos de los individuos a través del control de las leyes en vía incidental. V. Cap. Tercero, II.3.

una duda de constitucionalidad solo después de haber intentado resolver la duda de constitucionalidad a través de la interpretación conforme a la Constitución, mecanismo que evitaría así que se crearan lagunas legislativas en el ordenamiento jurídico y que favorece una participación activa y capital del juez ordinario en el control de constitucionalidad de las leyes⁸⁷.

En este momento aún introductorio sobre la cuestión de inconstitucionalidad en España, y de modo por ello esquemático, convendrá adelantar algunas características importantes contenidas en la LOTC, sobre las cuales nos detendremos más adelante.

Como ya hemos afirmado al referirnos al juicio incidental en Italia, también la cuestión de inconstitucionalidad española se desarrolla de un modo secuencial: una primera fase ante el juez ordinario (juicio *a quo*), y otra ante el Tribunal Constitucional, denominada fase *ad quem*.

Enunciemos las características principales. En primer lugar, el art. 35 LOTC establece que la cuestión de inconstitucionalidad puede suscitarse de oficio o a instancia de parte, aunque el monopolio de la decisión sobre el planteamiento de la misma queda en manos del juez ordinario. No existe, en efecto, un derecho a que la parte procesal que lo solicita logre necesariamente que su pretensión sea elevada ante el Constitucional⁸⁸.

El mismo artículo introduce algunos de las más trascendentes reglas procesales de la cuestión, como por ejemplo los requisitos de aplicabilidad y relevancia en el proceso *a quo* de la norma que se cuestiona; el momento procesal en el que puede plantearse una CI y la descripción del contenido de la resolución con la que se eleva la misma. Además, subraya la misma previsión normativa una fase fundamental en el juicio incidental español, que lo diferencia del homónimo proceso italiano: el trámite de audiencia previa a las partes. El Tribunal Constitucional ha declarado en reiterada doctrina la relevancia de este trámite de la fase *a quo* de la cuestión, que ha jugado, sin

⁸⁷ Artículo 5 LOPJ: *1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. 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, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.*

Dedicaremos una atención específica más adelante al tema de la interpretación conforme y del crecimiento del rol del juez ordinario en el control de las normas. V. Cap. Segundo, VI.

⁸⁸ V. Cap. Segundo, V.2.

duda, un papel esencial en la tutela de los derechos e intereses de las partes involucradas en el proceso ordinario, sobre todo antes de la reforma de la LO n. 6/2007⁸⁹ (pero también hoy en día).

Los efectos del auto de planteamiento son los mismos que en la experiencia italiana: la suspensión del juicio *a quo* a la espera de la decisión del Constitucional. Sin embargo veremos que en España la doctrina y la jurisprudencia constitucional concuerdan en la estrecha dependencia que une el juicio *a quo* y la fase *ad quem*, hasta el punto que las circunstancias que afecten al primero tendrán consecuencias directas en el segundo, llegando incluso a la extinción del proceso constitucional en el caso de que desaparezca el juicio principal⁹⁰.

El art. 36 LOTC solo añade una regla procesal adicional que debe cumplir el órgano de la jurisdicción ordinaria que decida plantear una CI: elevar la misma al Tribunal Constitucional junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones, si las hubiese, previstas en el artículo 35 de la LOTC (el antes mencionado trámite de audiencia).

El último artículo del Capítulo III de la LOTC regula la fase ante el Constitucional. El Alto Tribunal tiene la posibilidad de rechazar la cuestión, sin entrar en el fondo de la misma, a través de un auto motivado, siempre que detectara la falta de cumplimiento de los requisitos procesales o apreciara que la cuestión resulta notoriamente infundada. Esta última condición tiene prácticamente idénticas connotaciones y finalidades que la “*manifestata infondatezza*” en el sistema de justicia constitucional italiano⁹¹.

Si la cuestión es inadmitida a trámite, se concluye el proceso constitucional con la publicación del Auto motivado en el BOE.

Caso de admisión de la cuestión, es necesario también publicar el Auto que contenga la decisión en el Boletín Oficial del Estado. En este caso, sin embargo, la fase *ad quem* prosigue: en primer lugar, proporcionando un plazo de 15 días para que las partes del proceso *a quo* puedan personarse ante el TC y realizar sus alegaciones⁹². En

⁸⁹ V. Cap. Tercero, II.3.

⁹⁰ V. Cap. Segundo, II.2 b).

⁹¹ V. Cap. Primero, I.4, p. 30.

⁹² Esta posibilidad fue introducida con la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC. V. Cap. Tercero, II.3.

segundo lugar, dando publicidad a la admisión de la cuestión por las mismas razones ya argumentadas al analizar el caso italiano. En efecto, a tal fin, se da traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia. En caso de que la duda de constitucionalidad tenga por objeto una Ley u otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativos y ejecutivo de esta misma. Todos los sujetos ahora mencionados podrán personarse en el plazo común improrrogable de quince días para, de ese modo, poder proceder a evacuar el trámite de alegaciones sobre la cuestión planteada.

En definitiva, en la primera hipótesis (inadmisión) el Tribunal Constitucional decide a través de un Auto motivado que tendrá que publicarse en el BOE. No obstante, ha afirmado la jurisprudencia consolidada del Tribunal que entre sus facultades se encuentra la de desestimar la cuestión por las mismas razones apreciables en la fase de admisibilidad (falta de los requisitos procesales o cuestión notoriamente infundada) pero a través de sentencia⁹³.

De otra parte, si el Constitucional decide entrar en el fondo del asunto, las decisiones que concluyen el proceso constitucional podrán ser desestimatorias -si los Jueces constitucionales consideraran la norma impugnada conforme a la CE- o, en caso contrario, estimatorias –en este supuesto la norma de ley declarada inconstitucional será nula y expulsada del ordenamiento⁹⁴-.

Aunque se trate de una primera y sumaria aproximación al análisis de los requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad, resulta ya evidente la convivencia de requisitos propios de las dos dimensiones o “almas” de la cuestión de inconstitucionalidad: un instrumento de naturaleza concreta y orientado a la protección

⁹³ Véase por ejemplo el FJ2 de la STC 1/2016 en el que se afirma que “*En el examen de esta cuestión de inconstitucionalidad es necesario valorar con carácter previo la concurrencia de los requisitos exigidos para su válido planteamiento, pues, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, “no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica del art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”*. Iguales consideraciones pueden leerse, siempre citando sentencias recientes, en las SSTC 146/2012, FJ 2; 79/2015, FJ 2.

⁹⁴ Analizaremos más adelante algunos aspectos interesantes sobre el tema de los efectos de las sentencias de los dos Tribunales constitucionales en relación a la tutela de los derechos e intereses de las partes. V. Cap. Cuarto.

de intereses subjetivos (la que hemos denominado “dimensión subjetiva”) y un instrumento objetivo de depuración del ordenamiento y de protección de la Constitución y de intereses generales (objetiva). Entre los primeros, de un lado, la estrecha vinculación entre el juicio *a quo* y el *ad quem*, testimonio de la prevalencia de la faceta concreta de la cuestión de inconstitucionalidad, de su alma (por lo menos parcialmente) subjetiva; y, de otra parte, la introducción en 2007 de la posibilidad de personación de las partes del proceso *a quo* en la fase ante el TC, con la clarísima finalidad de permitir una mayor y directa tutela de sus derechos e intereses.

Entre los segundos, aunque la LOTC regule de forma muy detallada los requisitos procesales, acaso destaque particularmente la práctica jurisdiccional del Tribunal Constitucional que revela una notable flexibilidad a la hora de verificar la satisfacción de los mismos, síntoma de una importancia superior otorgada al “alma” objetiva del juicio incidental.

CAPÍTULO SEGUNDO

El juez y la fase inicial del juicio incidental

CAPÍTULO SEGUNDO

El juez y la fase inicial del juicio incidental

La tutela de los derechos fundamentales a través del instrumento de control de constitucionalidad de las leyes que representa la vía incidental, se actualiza en la primera fase de la secuencia procedimental ante el juez ordinario, sujeto que asume en esa etapa un rol protagonista, de *dominus* casi absoluto.

En el examen de esa referida primera fase, intentaremos evidenciar los momentos que, en nuestra opinión, alcanzan relevancia particular y resultan demostrativos para conocer en qué medida se refuerza o, por el contrario, se reduce el grado de tutela logrado con el juicio incidental. A tal fin procederemos a su análisis en los más de sesenta años de jurisprudencia de la Corte constitucional italiana y en los casi cuarenta años de actividad del Tribunal Constitucional español.

Empezaremos por las nociones de “juez” y de “juicio” admitidas por las dos Cortes, elementos decisivos para la apreciación del acceso incidental a la justicia constitucional y, a su través, para la realización del derecho de defensa del ciudadano garantizado a nivel constitucional. Estudiaremos a renglón seguido las condiciones establecidas por la ley para que el juez pueda elevar la cuestión de inconstitucionalidad, en concreto de las condiciones de “prejudicialidad”, “incidentalidad” y “relevancia”, nociones que, de contar con una lectura o interpretación expansiva, favorecerían el acceso al Juez constitucional y dotarían de una mayor tutela a los derechos. Posteriormente se abordarán algunos aspectos específicos de cada país en relación con el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, empezando con una reflexión sobre la situación que se crea en caso de omisión o inactividad del legislador y en torno a la posibilidad, en esa hipótesis, de una tutela de los derechos canalizada no ya a través de la vía incidental sino por medio de la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario (técnica utilizada sobre todo en Italia), o por medio de las declaraciones de inconstitucionalidad sin nulidad (como en el ordenamiento español). Con la misma finalidad y siempre en relación con el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, nos detendremos, en ese punto, en las determinaciones normativas que pueden provocar una limitación en la tutela de los derechos.

En relación al instrumento del auto de planteamiento, a continuación, veremos que en Italia la incidencia en la protección de los derechos se verá, en su caso, limitada en función de la posibilidad (o de la falta de ella) de la parte de poder influir en el contenido de este mismo, y a la hipótesis de que la Secretaría del juez *a quo* retrase por su propia culpa, a veces durante muchos años, el traslado de la cuestión a la Corte constitucional. En el caso de España nos centraremos en el debate sobre la posibilidad para el juez ordinario de no motivar siquiera el rechazo a la petición de la parte de elevar una duda de constitucionalidad ante el Constitucional, y su evolución más reciente y más orientada a la garantía de los derechos de las partes.

Al final del capítulo intentaremos desarrollar algunas, aunque parciales, consideraciones conclusivas, desvelando el rol desempeñado en estos años por el juez ordinario en lo que atañe a la tutela de los derechos fundamentales a través del instrumento de la vía incidental; es decir, poniendo de manifiesto si ha prevalecido el papel del juez como “sujeto pasivo”, es decir que desarrolla principalmente una función de filtro respecto de las peticiones de planteamiento de las partes del juicio *a quo*, o como “sujeto activo”, que promueve él mismo las cuestiones de inconstitucionalidad. Asimismo, se subrayará de manera particular la intensidad que haya tenido la actividad interpretativa del juez para la resolución de las cuestiones de constitucionalidad a través del uso de la denominada “interpretación conforme”.

I. La determinación del sujeto legitimado para la interposición de cuestiones de inconstitucionalidad

1. La evolución de la noción de “juez” legitimado para plantear una cuestión de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional italiana y española

En Italia, las intenciones del legislador (en concreto del promulgador de la ley n. 87 de 1953) respondían al propósito de estructurar un proceso constitucional que tendiese, principalmente, a la tutela de los intereses y de los derechos presentes en el proceso principal. Es por esta razón que se pensó establecer, y luego se concretó efectivamente, confiar la legitimación para plantear las cuestiones de inconstitucionalidad a un juez actuante en el ámbito de un juicio con partes contrapuestas y en el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Sin embargo la preeminencia ya reseñada, en la primera fase de la justicia constitucional italiana, del elemento objetivo, es decir, de la finalidad de eliminar muchas de las leyes aprobadas en el periodo fascista todavía vigentes y caracterizadas por su concurrencia conflictiva o de oposición abierta con la Constitución, relegó finalmente a un segundo plano la protección de los derechos presentes en el proceso ordinario. La consecuencia directa fue el reconocimiento, en la interpretación proporcionada por la Corte constitucional, de una noción amplia de “juez” y de “juicio”, con la vocación de que se planteasen el mayor número posible de cuestiones ante ella misma.

En este sentido, se han diferenciado en doctrina dos periodos: el primero, referido a los primeros quince años de actividad de la Corte (1956-1971), en la que la preponderancia del momento objetivo determina de hecho una noción amplia de “juez”; y un segundo periodo, sucesivo, adjetivado en cambio por una noción más estricta en razón de, principalmente, la eliminación de las leyes fascistas ya llevada a cabo, el conocimiento y difusión entre los jueces ordinarios del juicio incidental y el crecimiento del carácter concreto del juicio constitucional⁹⁵.

Durante el primer periodo, si la autoridad judicial requerida para aplicar una ley en el caso concreto dudaba de su legitimidad, tenía que enviar la cuestión a la Corte independientemente de la naturaleza jurisdiccional o no del procedimiento en curso. Lo decisivo era que el juez considerase la duda de constitucionalidad como “no manifiestamente infundada”, dado que, en otro caso, se provocaría la consecuencia inaceptable de obligarle a aplicar una ley sobre la que albergaba dudas de constitucionalidad⁹⁶. La decisión que ha sido evidenciada como la mejor para resumir la posición de la Corte constitucional en este periodo es la sentencia n. 88 de 1966, donde sostuvo una noción de “autoridad judicial” que comprendía todos los órganos a los que se les asignasen (aunque fuera de manera excepcional) funciones como autoridad

⁹⁵ ROMBOLI, R., *Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice "a quo"*, en *Giur. cost.*, I, 1986, pp. 756 y ss.

⁹⁶ Entre otras, Corte cost. n. 129 de 1957; n. 121 de 1966; n. 72 de 1968.

En este periodo, por lo tanto, la interpretación amplia defendida por la Corte constitucional hizo que se considerasen legitimados a elevar cuestiones de constitucionalidad los jueces en el ejercicio de funciones propias de la jurisdicción voluntaria (Corte cost. n. 24 del 1958), el Tribunal de Cuentas en seno del juicio de parificación de las cuentas generales del Estado (Corte cost. n. 121 del 1966 y n. 142 del 1968), el Tribunal en el procedimiento de hospitalización de un alienado (Corte cost. n. 74 del 1968), el juez penal durante un procedimiento por decreto, incluso en la fase preliminar o instructora (Corte cost. n. 85 de 1969), el Tribunal concursal en el ámbito de una decisión sobre una instancia de quiebra (Corte cost. n. 142 del 1971), entre otros.

“juzgadora” *super partes*, y ello aunque resultaran ajenos a la organización de la jurisdicción y estuvieran destinados desde el punto de vista institucional a otras tareas. De otro lado, entendió por “juicio” todos aquellos procedimientos que, sea cual fuere su naturaleza y modalidades de desarrollo, se llevasen a cabo en presencia y bajo la dirección del titular de un órgano jurisdiccional. La Corte alimentó incluso el principio del carácter alternativo de estos dos requisitos, considerando que no tenían necesariamente que concurrir ambos para cumplir con la exigencia procesal requerida por la ley para el planteamiento de la duda de constitucionalidad ahora analizada, siendo suficiente la presencia alternativa de uno de los dos⁹⁷.

Desde el año 1971 la Corte constitucional modifica su jurisprudencia hacia una interpretación más estricta. La doctrina ha afirmado como también en este caso puede verse con nitidez ese cambio en una de las primeras decisiones en la que tuvo lugar, la sentencia n. 74 de 1971, resolución que negó la legitimación al Tribunal que tenía que decidir sobre una autorización de depósito de indemnización por expropiación ofrecida por la “caja de depósitos y préstamos”⁹⁸. Observó el Constitucional que el contenido de la actividad que el juez ordinario tenía que desarrollar en ese supuesto de hecho no presentaba las características de la función jurisdiccional y que, por ello, la intervención del mismo en el procedimiento de expropiación no concretaba decisiones de ese carácter o naturaleza, estando su actividad, antes bien, limitada a una constatación sin posibilidad de llevar a cabo ningún control de la validez de la estimación y de los criterios para la determinación de la indemnización por expropiación.

Por primera vez, entonces, la Corte constitucional introduce un límite nuevo a la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad: el carácter jurisdiccional, no administrativo, de las funciones de la autoridad judicial remitente. A diferencia de lo que ocurría en el periodo precedente, ya no será suficiente que la cuestión sea planteada por un “juez” con ocasión de un acto de aplicación de una disposición a un caso concreto, sino que se requerirá, adicionalmente, que esa actuación esté comprendida en un procedimiento de carácter jurisdiccional y que la solución de la cuestión sea prejudicial con respecto a la adopción de una decisión judicial. Esta segunda línea

⁹⁷ Sentencia de la Corte n. 88 de 1966.

⁹⁸ ROMBOLI, R., *Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice "a quo"*, cit., pp. 762 y ss.

jurisprudencial es la que se ha consolidado posteriormente, siendo adoptada por el Constitucional y empleada hasta el día de hoy⁹⁹.

Por lo que concierne al ordenamiento jurídico español, la Constitución de 1978 y su normativa de desarrollo se han ocupado de la individualización de los sujetos legitimados para plantear una cuestión de inconstitucionalidad y de la circunstancia en la que dicho planteamiento puede llevarse a cabo¹⁰⁰.

Frente a la expresión empleada en el art. 163 CE (“*Cuando un órgano judicial considere en algún proceso [...]*”), el art. 35.1 LOTC emplea la dicción “*Juez o Tribunal*”. Aunque el tema de la legitimación para el planteamiento de este tipo de proceso fuera objeto de algunos debates en sede constituyente¹⁰¹, dichos enunciados no han creado problemas interpretativos significativos¹⁰².

⁹⁹ Más recientemente, en relación a una cuestión de inconstitucionalidad elevada por el juez del registro de las empresas del Tribunal ordinario, la Corte ha afirmado que las cuestiones incidentales de legitimidad constitucional pueden ser elevadas por el juez exclusivamente durante un juicio de su competencia y que, por lo tanto, para que pueda considerarse respetado el presupuesto procesal en cuestión, no será suficiente el mero requisito subjetivo, pues la intervención de un juez, por sí sola, no es idónea para alterar la estructura de un procedimiento y para calificarlo como “juicio” en el sentido de las normas a las que nos referimos. Queda excluido así el caso en el que la intervención del juez ordinario consista en el desarrollo de una función de carácter únicamente formal y con una finalidad de garantía, y esté dirigida a la verificación de la regularidad de la documentación necesaria para obtener una determinada inscripción, como en el caso concreto, en el registro de las empresas (Sentencia de la Corte const. n. 6 de 2008). La Corte constitucional ha expresado la misma doctrina en las sentencias n. 47 de 2011 y n. 6 de 2012.

¹⁰⁰ En realidad, según LOPEZ ULLA y los demás autores que cita (entre los cuales, por ejemplo, PÉREZ GORDO, A., *Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la Cuestión de inconstitucionalidad*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 2123-2168; XIOL RÍOS, J. A., *Un supuesto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, núm. 27)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981, pp. 275-287), no sería correcto utilizar el término “legitimación”. En efecto, los órganos judiciales no ejercerían una verdadera “acción” ante el TC al plantear una CI, por lo que parecería más apropiado hablar de “facultad”, “competencia” o “prerrogativa”. V. LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 230.

¹⁰¹ Entre las propuestas, como ya se ha mencionado y como fue previsto en la Constitución de 1931 (v. Cap. Primero, II.1), en el debate en sede constituyente se recomendó que pudiesen elevar cuestiones de inconstitucionalidad solo los Tribunales de apelación o casación, con el propósito de evitar el riesgo de saturación para el TC y de dilaciones en la administración de la justicia debidas a la enorme cantidad de cuestiones, que, según los partidarios de esta proposición, habría terminado por llegar al Alto Tribunal. V. CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 157 y ss.; LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.

¹⁰² PÉREZ TREMPES, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 73. CORZO SOSA afirma sin embargo que habría sido preferible que las fuentes normativas hubiesen utilizado el término “órganos jurisdiccionales”, proporcionando él mismo una detallada explicación de los tres requisitos necesarios para reconocer la naturaleza jurisdiccional de un órgano, CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 175 y ss.

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional concuerdan, en efecto, en que cualquier órgano perteneciente al Poder Judicial puede elevar una cuestión de inconstitucionalidad en el momento del ejercicio de la función jurisdiccional, suscitando una duda de constitucionalidad sobre la norma aplicable en el proceso en curso y relevante para la resolución del mismo.

La fase ante el juez *a quo* de la cuestión se caracteriza, entonces, por la necesidad de la presencia de este requisito procesal subjetivo, que se compone a su vez de dos vertientes: de un lado el requisito subjetivo en sentido propio (órgano perteneciente al Poder judicial, sea unipersonal o colegiado) y, de otro, la faceta “objetiva” o “funcional” de dicho requisito (esto es, durante un proceso en ejercicio de la función jurisdiccional)¹⁰³.

En lo que concierne a esta segunda, el art. 163 CE precisa que la duda de constitucionalidad tiene que surgir “*en algún proceso*”; este concepto “funcional” exige, como es de ver, que el Juez o Tribunal planteen la cuestión solo cuando actúan en el ejercicio de la función jurisdiccional y dentro del ámbito del proceso en el que es de aplicación la norma de cuya constitucionalidad los mismos duden.

En relación con esas consideraciones, habrá que destacar que han surgido problemas interpretativos respecto del art. 117.4 CE. En efecto, esta previsión normativa, además de atribuir a los órganos del Poder Judicial la potestad jurisdiccional (reconocida en exclusiva a estos), permite que la ley les asigne otras funciones en garantía de cualquier derecho¹⁰⁴. En razón de ello se suscitaba el interrogante de si puede promoverse una CI no solo en el seno de un proceso en sentido estricto, sino también cuando un Juez o Tribunal (según la expresión empleada por el art. 35.1 LOTC, que analizaremos en las paginas siguientes) actúa en un procedimiento no jurisdiccional, es decir, en el curso de una actuación judicial que sin embargo no puede calificarse en sentido propio como proceso.

La interpretación proporcionada por el Tribunal Constitucional sobre este tema ha seguido tres distintas etapas.

¹⁰³ Hablamos de “faceta objetiva” y no de requisito ya que el requisito procesal objetivo “en sentido propio” de la CI tiene que considerarse el objeto de la cuestión; a sus interpretaciones y características está dedicado el Cap. Segundo, III.

¹⁰⁴ Art. 117 CE: “3. *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. 4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*”.

Durante la primera década de funcionamiento del órgano, aquel adoptó una posición relativamente rígida en la lectura y apreciación de este requisito procesal. Continuó una segunda etapa, de mayor flexibilidad, iniciada la STC 36/1991, de 14 de febrero. En este supuesto la duda tenía como objeto la posibilidad de que los Tribunales Tutelares de Menores pudiesen plantear cuestiones de inconstitucionalidad. El Abogado del Estado sostuvo al respecto que los procedimientos desarrollados antes estos tribunales no podían calificarse de “verdaderos procesos”, al tratarse de “*procedimientos de carácter educativo y cautelar*”¹⁰⁵. Sin embargo el Tribunal desestimó este óbice procesal, razonando que, al margen de su calificación o no como proceso en sentido estricto, lo relevante para considerar facultados a los órganos judiciales que promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad residía en que las mismas habían sido suscitadas en procedimientos seguidos ante órganos pertenecientes al Poder Judicial y que ejercen la potestad jurisdiccional¹⁰⁶.

El Constitucional volvió a pronunciarse sobre el tema el año siguiente, en otro caso que puede considerarse emblemático en esta segunda fase de interpretación del requisito procesal a examen. En efecto, la STC 76/1992, de 14 de mayo, resolvió de forma acumulada tres distintas cuestiones de inconstitucionalidad. Los tres órganos judiciales proponentes habían planteado las mismas en procedimientos en los que se pedían autorizaciones judiciales para acceder a propiedades privadas en ejecución de resoluciones que provenían de administraciones públicas.

¹⁰⁵ STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 2.

¹⁰⁶ “*En lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal en STC 71/1990, y ATC 473/1987 y 952/1988, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores, regulado junto con el procedimiento reformador en el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en adelante, L.T.T.M.), no cuestionó, en momento alguno, su naturaleza como un verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso, como argumento de inadmisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto que, pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de tales partes, ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos.*

Por otra parte, este procedimiento se sigue ante órganos con potestad jurisdiccional, pues los Jueces de Menores son conforme a nuestra legislación vigente miembros integrantes del Poder Judicial.

[...] Por lo tanto, no cabe ninguna duda, que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, siendo los Juzgados de Menores, Juzgados ordinarios y especializados”, STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 2.

En los tres casos el Abogado del Estado se oponía a la admisión y estimación por tratarse de procedimientos de naturaleza administrativa y, en consecuencia, por no perfeccionar los jueces *a quibus* el ejercicio de la función jurisdiccional.

El Alto Tribunal no aceptó tampoco en esta ocasión el óbice procesal, afirmando que *“la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referencia a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad”*. Por el contrario es la propia *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, su condición de instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación que acabamos de mencionar, la que le llevó a concluir que en ese caso *“no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar”*¹⁰⁷.

Se supera así la interpretación estricta, *dogmática* (según las mismas palabras del Tribunal Constitucional) del termino “proceso” para proporcionar una lectura flexible del requisito procesal y permitir la admisión de casos en los que la autoridad judicial tiene que aplicar una ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración Pública¹⁰⁸.

¹⁰⁷ STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ2.

¹⁰⁸ Siempre en relación con la interpretación relativa al requisito que exige que una cuestión de inconstitucionalidad se plantee con ocasión de un proceso, nos parece oportuno mencionar, aunque muy brevemente, la discusión doctrinal sobre si el proceso en el que podía surgir una CI tenía que acabar con un “fallo”, es decir cualquier tipo de resolución que ponía fin a la controversia (*ex art. 163 CE*) o con “sentencia” *ex art. 35 LOTC*. La reforma de la LOTC de 2007 resolvió el problema añadiendo el inciso *“resolución que procediera”* al art. 35 LOTC. Algunas consideraciones anteriores a la reforma, pueden encontrarse en LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., p. 185; y posteriores en BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., MEDINA REY, L. F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit.

Estas consideraciones son fundamentales para la valoración que se efectúa en esta investigación sobre el alcance del control de constitucionalidad de las leyes en vía incidental como instrumento de tutela de los derechos e intereses de los particulares. En efecto el Tribunal Constitucional llega a afirmar que cuando está en juego la protección de los derechos de las partes es preferible una apreciación “no rigorista” de este requisito procesal que permita la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad también cuando el órgano del Poder Judicial que eleva la duda ejerce solo poderes decisorios, y no se halla entonces, estrictamente, en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sin embargo, el Alto Tribunal abandonó poco después esta interpretación laxa, volviendo a una lectura más estricta en su STC 140/1997, de 8 de mayo, y abriendo con ello la que podemos definir como la tercera y última etapa de la doctrina constitucional en la materia.

En el caso de cita, se inadmitió a trámite la cuestión en atención a que *“ni el procedimiento previo a su imposición puede ser asimilado al de ‘proceso’ a los efectos de estimar cumplido el art. 163 CE, ni esta resolución participa de la naturaleza de los ‘fallos’ a los que se refiere el citado precepto”*. El Tribunal subrayó como conclusión, en ese orden de valoraciones, que la interpretación flexible de ambos requisitos procesales *“no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución como nuestra ley Orgánica, a las actuaciones judiciales gubernativas”*¹⁰⁹.

El Constitucional, después de casi 10 años, proporcionó la que parece una explicación a este cambio de jurisprudencia, intentando en su ATC 505/2005, de 13 de diciembre, redimensionar la STC 76/1992, de 14 de mayo, y demostrar que las circunstancias que abrieron la fisura en la segunda fase de interpretación del requisito procesal subjetivo no volvieron a presentarse en los casos sucesivos: *“esa interpretación laxa de dicho requisito procesal no puede desvincularse, a los efectos que ahora interesan, de un lado, de la circunstancia de que el Juez de Instrucción, en el ejercicio de la función de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración que expresamente le atribuye la Ley (arts. 130 de la Ley general tributaria y 87.2 LOPJ), actúa investido de las garantías propias y de la posición institucional que, como al resto de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, le corresponde ex art. 117.1 CE, esto es, en lo que aquí importa,*

¹⁰⁹ STC 140/1997, de 8 de mayo, FJ Único, reiterado luego en los AATC 505 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre, y 59/2006, de 15 de febrero.

investido de la garantía de la independencia y sometido únicamente al imperio de la ley; y, de otro lado, que, aun cuando su actuación se presenta en este caso como un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones que se integran en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, el Juez de Instrucción, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión frente a la actuación administrativa en ningún caso revisable por la Administración y que no puede sino calificarse, como ha hecho este Tribunal, de ‘actuación jurisdiccional’ (STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5), entendida esta expresión en sentido amplio al no desarrollarse a través de un proceso en sentido estricto”. Sin embargo, según ya hemos referido, como la interpretación flexible de ambos requisitos procesales “no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución como nuestra ley Orgánica, a las actuaciones judiciales gubernativas”, decide la inadmisión de la cuestión¹¹⁰.

2. La intensificación del nivel de tutela de los derechos fundamentales gracias a las interpretaciones de la noción de “juez” propias del control incidental: una aproximación casuística

a) Reflexiones paralelas en los dos Países: el Tribunal de Cuentas, los Tribunales constitucionales mismos, los árbitros

Tanto la exigencia “objetiva” de eliminación de leyes contrarias a los principios constitucionales, como el propósito de evitar “vacíos”, “lagunas” o “zonas francas” en la tutela de los derechos fundamentales a través del control en vía incidental, han llevado a la Corte constitucional en Italia a utilizar en determinados casos una noción peculiar de “juez” y de “juicio”. En algunos supuestos, en efecto, la Consulta ha aceptado una definición de esos conceptos “*con la única finalidad del juicio [de constitucionalidad] de las leyes*”¹¹¹, esto es, solo aplicable en el juicio constitucional, reconociendo la legitimación a ciertos sujetos bien sea prescindiendo de los principios generalmente afirmados, o bien evitando valorar el carácter jurisdiccional de los

¹¹⁰ ATC 505/2005, de 13 de diciembre, FJ3 letra c).

¹¹¹ “*Ai limitati fini del giudizio sulle leggi*”, para citar la expresión en italiano, probablemente más “ilustrativa”, utilizada por la Corte constitucional.

mismos. Sin embargo, la Corte ha introducido esta concepción con mucha moderación y contención, ya que resultan ser muy pocos, después de más de sesenta años de actividad jurisdiccional, los casos de jueces “*ai limitati fini del giudizio in via incidentale*”.

Las mismas exigencias y prevenciones han llevado al Tribunal Constitucional en España, así como a la doctrina que se ha ocupado del particular, a concretar desde un cierto rigor los órganos o sujetos legitimados para elevar una cuestión de inconstitucionalidad y aquellos que, en cambio, quedarían excluidos de dicha facultad¹¹².

Un primer caso significativo, que representa un elemento común entre Italia y España, concierne el Tribunal de Cuentas.

La Corte constitucional italiana ha admitido la posibilidad de que la *Corte dei Conti* plantee cuestiones de inconstitucionalidad en relación con las leyes de gasto público, es decir, cuando actúa en sede de control. La legitimación ha sido reconocida “*limitadamente para asuntos que conciernen la cobertura financiera de leyes de gasto, dado que el reconocimiento de la relativa legitimación, vinculada a la especificidad de sus tareas en el marco de la Hacienda pública, se justifica también con la exigencia de admitir el control constitucional de leyes que, como en el caso a examen, tendrían más dificultad de ser sometidas al examen de la Corte a través de otras vías*”¹¹³.

Tampoco en España ha levantado muchas dudas la inclusión del Tribunal de Cuentas entre los órganos con capacidad para elevar una duda de constitucionalidad al Constitucional a través de la vía incidental. En efecto, la Constitución Española, aunque

¹¹² Hay que precisar, pasando ahora al análisis del requisito subjetivo “en sentido propio”, que, aunque sea condición necesaria de admisibilidad de una CI (por lo menos en teoría, ya que analizaremos algunas excepciones) que el órgano proponente forme parte del Poder Judicial (“*órgano judicial*” ex art. 163 CE y “*Juez o Tribunal*” ex art. 35.1 LOTC), ese hecho no es, por el contrario, condición suficiente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado en su doctrina reiterada que el juez que plantee una duda de constitucionalidad debe ser el juez competente y predeterminado por la ley para conocer del proceso principal en el que surja la misma Véanse por ejemplo: SSTC 96/2001 y 196/1987; AATC 59/2006, 54/2006, 508/2005, 505/2005, 130/2002, 221/2001, 217/2001, 470/1988. Véase, entre otros, LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMP, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 183-184, y del mismo autor, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, cit., p. 155 y p. 239; SOSPEDRA NAVAS, F. JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 p. 161.

¹¹³ “*Limitatamente a profili attinenti alla copertura finanziaria delle leggi di spesa, perché il riconoscimento della relativa legittimazione, legata alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica, si giustifica anche con l'esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte*”, Corte cost. n. 226 de 1976.

no incluya éste órgano entre el Poder Judicial, reconoce al mismo en su art. 136.2 una jurisdicción propia –y, en consecuencia, naturaleza jurisdiccional en ciertos casos- de forma paralela a su naturaleza fiscalizadora¹¹⁴. Como es obvio, el Tribunal Constitucional admitirá las cuestiones planteadas por el Tribunal de Cuentas solo si las dudas de constitucionalidad han surgido con ocasión del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, respetándose así el requisito subjetivo del que hemos hecho mención anteriormente. Hasta la fecha, esta posibilidad resta en los planos de lo hipotético y teórico, ya que el Tribunal de Cuenta no ha planteado de momento ninguna duda de constitucionalidad de las leyes en vía incidental.

Otra excepción y por ende otro caso de juez “*ai limitati fini*” concierne a la misma Corte constitucional italiana actuando como juez *a quo*. En los más de sesenta años de actividad ya son muchas las cuestiones elevadas por el Constitucional ante sí mismo en el ámbito del juicio en vía incidental (por lo menos unas treinta)¹¹⁵, pese a que en otras ocasiones y con otros fines la Corte hubiese negado su condición o naturaleza de autoridad judicial¹¹⁶.

En España algunos autores se han planteado la posibilidad de que el Tribunal Constitucional quede facultado para plantear ante sí mismo una duda de constitucionalidad sobre la norma que tenga que aplicar en un proceso o sobre la que detecte de oficio la posible inconstitucionalidad. En el primer supuesto, CORZO SOSA, entre otras consideraciones, denuncia la incongruencia de un sistema que permite que el órgano encargado de controlar y declarar la inconstitucionalidad de las leyes pueda llegar a aplicar una norma de cuya constitucionalidad dude (o tenga la obligación de hacerlo, por falta de legitimación para autoplantearse una cuestión de inconstitucionalidad)¹¹⁷. El segundo, de su lado, es el campo de juego de la denominada

¹¹⁴ Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas véanse entre otros las contribuciones de AGUNDEZ FERNÁNDEZ, GARCÍA MONTORO, MENDIZÁBAL ALLENDE, REYES MONTERREAL en AA.VV., *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982. Entre la jurisprudencia constitucional que corrobora dicha naturaleza: STC 215/2000, de 18 de septiembre.

¹¹⁵ Entre otras, véanse las Sentencias de la Corte constitucional n. 230 de 1975, n. 42 de 2001 y n. 114 de 2014.

¹¹⁶ Por muchos años la Consulta había rechazado la posibilidad de poder calificarse como “autoridad judicial” con respecto, por ejemplo, a la oportunidad de poder remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta impostación ha sido modificada solo recientemente; v. a este propósito, y también con respecto a la misma facultad para el Tribunal Constitucional español, las consideraciones del Cap. Quinto, VI.

¹¹⁷ CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 184 y ss.

cuestión interna de inconstitucionalidad (o autocuestión) y se resuelve (por lo menos parcialmente) a través de la disciplina *ex art. 55.2 LOTC*¹¹⁸.

Reflexiones más amplias merece otro supuesto de legitimación que, en esta ocasión, muestra una divergencia interpretativa en los ordenamientos italiano y español la legitimación de los árbitros para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

Este tipo de procedimiento, denominado arbitraje ritual, está regulado en Italia en el Código del Proceso Civil.

La doctrina italiana tuvo oportunidad de opinar en numerosas ocasiones sobre esta problemática, subrayando que el arbitro se encuentra en posición de aplicar el derecho de forma imparcial y que, por esto, con respecto a él (y a las partes), concurren los mismos factores o elementos que motivan y justifican la regulación del control de constitucionalidad en vía incidental.

La Corte constitucional no se ha pronunciado durante largos años en este punto, haciéndolo finalmente en 2001, para reconocer la legitimación a los árbitros en orden a elevar cuestiones de inconstitucionalidad¹¹⁹. En opinión del Constitucional, el arbitraje ritual constituye un procedimiento previsto y disciplinado por el Código del Proceso Civil para la aplicación objetiva del derecho en un caso concreto, con la finalidad de la resolución de una controversia y con las garantías del contradictorio y de imparcialidad típicas de la jurisdicción civil. Por estas razones, entiende, el juicio arbitral no se diferencia de los que se desarrollan ante el juez ordinario, siquiera en la necesidad de llevar a cabo la búsqueda e interpretación de las normas rectoras del caso (entre las

¹¹⁸ BAGNI, S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Clueb, Bologna, 2007, pp. 96-97. Para un estudio detallado de la cuestión interna de inconstitucionalidad, que no será objeto de este trabajo por tratarse de una temática distinta (aunque coincidente en muchos puntos), puede verse: GUTIÉRREZ GIL, A. J., *Artículo 55: pronunciamientos de la sentencia y la cuestión interna de inconstitucionalidad*, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010; HERRERA GARCÍA, A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?: una revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a leyes*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87, 2009, p. 361-398; URÍAS, J., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

¹¹⁹ Corte cost. n. 376 de 2001.

Sobre este tema v., entre otros: FURNO, E., *Corte costituzionale e arbitrati: un nuovo "giudice a quo"?*, en *Giur. it.*, 2004, p. 437; LUISO, P., *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, en *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 59 y ss.; FORNACIARI, M., *Arbitrato come giudizio "a quo": prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*, en *Corr. giur.*, 2002, p. 1010; ESPOSITO, M., *Si aprono le "porte del cielo": dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, en *Giur. cost.*, 2001, p. 3757; PINARDI, R., *Quando l'arbitro diventa portiere(della Corte); notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, *ivi*, 2001, p. 3747; BRIGUGLIO, A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, en *Riv. arbitrato*, 2000, pp. 639 y ss; DANOVI, R., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Cedam, Padova, 1999.

cuales, obviamente, tienen que incluirse las normas constitucionales). Bajo esas circunstancias, el Juez constitucional llega a la conclusión de que “*en un sistema constitucional en el que se niega la posibilidad a los órganos que tienen poder de juzgar de dejar de aplicar las leyes y de decidir el juicio aplicando leyes de dudosa constitucionalidad, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente sustituible al de los órganos jurisdiccionales, tienen que poder utilizar el sistema de control incidental de las leyes*”¹²⁰. La Corte, no obstante, precisa una vez más que ha realizado sus observaciones y afirmaciones “*para los fines exclusivos que conciernen a este caso y sin profundizar en la problemática compleja relativa a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje ritual*”¹²¹.

Esta conclusión despertó en una parte de la doctrina el temor a una excesiva ampliación del acceso a la Corte constitucional como consecuencia de la utilización de las *lites fictae* con el fin de plantear dudas de constitucionalidad a la Corte, lo que podría convertirlas, aun con evidentes y obvias limitaciones, en una suerte de recurso directo a la justicia constitucional¹²².

La experiencia de los años sucesivos ha demostrado la falta de fundamento de dicho temor, dado que son verdaderamente pocas (una docena en total) las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas hasta la fecha por los colegios de árbitros¹²³.

¹²⁰ “*In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri, il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione, debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi*”, Corte cost. n. 376 de 2001.

¹²¹ “*Ai limitati fini che qui interessano e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giurisdizionale dell’arbitrato rituale*”. Esto con la finalidad de no ponerse en contradicción directa con la jurisprudencia de la Corte de Casación, que había negado el carácter jurisdiccional de la actividad llevada a cabo por los árbitros rituales, sosteniendo que estos no desarrollan una función sustitutiva de la de los jueces ordinarios, sino que desarrollan una actividad privada en el ámbito de un procedimiento alternativo desde el punto de vista ontológico a la jurisdicción estatal (Cass. 1 de febrero de 2001, n. 1403 y 3 de agosto de 2000, n. 527/SU, *Foro it.*, 2001, I, p. 838).

¹²² ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 39.

¹²³ El Constitucional, en su sentencia n. 218 de 2011, ha considerado en cambio que debe negarse la legitimación para proponer cuestiones de inconstitucionalidad al árbitro bancario financiero, instituido en el art. 128-bis d. lgs. 1º de septiembre de 1993, n. 385, con fundamento en las siguientes consideraciones: a) las disposiciones que regulan dicho órgano, dado que, aunque se haya creado con un acto con fuerza de ley, tiene su regulación en actos con carácter administrativo, cosa que no permite incluirle entre los órganos jurisdiccionales; b) los criterios y requisitos de nombramiento de los componentes, su estatus jurídico y el conjunto de las reglas deontológicas, que no pueden compararse con los establecidos en relación a los organismos que desempeñan funciones jurisdiccionales; c) la ausencia completa de los índices de reconocimiento considerados típicos de las funciones jurisdiccionales en relación con las atribuciones específicas que el organismo en cuestión tiene que desarrollar; d) el valor no obligatorio de la decisión para ninguna de las partes en litigio.

Contrariamente a lo dicho sobre el ordenamiento italiano, en España los árbitros están excluidos de entre los sujetos legitimados para elevar una duda de constitucionalidad ante el Constitucional, circunstancia muy controvertida en doctrina.

Como es notorio, el ordenamiento jurídico español reconoce la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas puedan establecer, a través de un convenio, que uno o varios árbitros resuelvan determinadas cuestiones litigiosas que los conciernan (ya surgidas o que pueden surgir en el futuro). Aunque se trate de una libre disposición de las partes, los árbitros siempre estarán sujetos al Derecho en el desarrollo de su actividad de ponderación de intereses y deberán ofrecer una solución al caso concreto que respete el sistema legislativo español y aplicar una de las normas incluidas en el mismo¹²⁴.

Llegados a este punto, el problema consiste en discernir si, en la hipótesis de que un árbitro tenga una duda de constitucionalidad sobre la norma rectora del supuesto de hecho, tiene o no facultad para elevar una cuestión de inconstitucionalidad.

Pues bien, si la norma sobre la que recae la duda es anterior a la entrada en vigor de la Constitución, el arbitro puede, sin duda alguna, no aplicarla, considerándola derogada. Si embargo, si la norma de dudosa constitucionalidad es sucesiva a la CE la solución no es tan simple. Ya hemos visto que, de un lado, la Norma Fundamental reserva la posibilidad de plantear una cuestión a los Jueces y a los Tribunales (art. 163 CE), y que, de otro, establece el principio de sujeción de todas las personas y de todos los Poderes Públicos a la Constitución (art. 9.1 CE), lo que incluye claramente también a los árbitros en el ejercicio de su función.

En la doctrina, algunos autores han defendido que los árbitros puedan utilizar el instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, aduciendo justificaciones que giran alrededor de la similitud entre la figura y la función del juez y el árbitro, remitiéndose en muchos casos a la doctrina italiana. En cambio, la doctrina mayoritaria postula que no pueden plantear CCI, toda vez que no pertenecen a los órganos que componen el Poder Judicial, aunque realicen funciones de naturaleza para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional¹²⁵. La jurisprudencia constitucional convalidaría esta segunda postura en

¹²⁴ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, art. 1 y art. 5.1.

¹²⁵ Entre otros: MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 56.

el muy conocido ATC 259/1993, de 20 de julio (FJ 3) y posteriormente en el ATC 505/2005, de 13 de diciembre (FJ 3, letra c).

Ciertamente, el sistema jurídico español intentó encontrar una solución a la problemática descrita en la previsión contenida en el art. 23.3 de la Ley de Arbitraje, que establece que, si tuviese una duda de constitucionalidad sobre la norma que considera de aplicación al caso, el árbitro puede suspender el arbitraje e instar a las partes a que planteen una demanda jurisdiccional (en cuyo curso, en su caso, el juez o el tribunal ordinario podrían elevar la CI si consideraran justificada la duda de constitucionalidad). Pero, en realidad, la norma de referencia no elimina el problema enunciado, pues las partes pueden negarse a plantear la demanda judicial, lo que obligará al arbitro, en tal caso, a resolver la controversia aplicando, probablemente, una norma de incierta (por lo menos a su parecer) constitucionalidad.

b) Algunas peculiaridades de los dos ordenamientos jurídicos

Agotadas las problemáticas que, aunque no siempre con respuestas coincidentes, muestran preocupaciones y debates similares en Italia y España, corresponde ahora dejar constancia de algunos supuestos peculiares de cada país.

En Italia, por ejemplo, la reconocida legitimación a favor de los árbitros permitía concebir una posible solución análoga con respecto al denominado “recurso extraordinario al Presidente de la República” ante el Consejo de Estado¹²⁶. En esta oportunidad, antes bien, la Corte ha negado la legitimación del Consejo mismo para instar el control incidental de las leyes, declarando la naturaleza administrativa del recurso extraordinario al Jefe de Estado. La Consulta ha fundado su decisión en la consideración de que, según la normativa italiana¹²⁷, el dictamen que el Consejo de

LOPEZ ULLA proporciona un análisis muy detallado de las dos posturas, con referencias también a la experiencia italiana: LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 232 y ss.

¹²⁶ Para un estudio de las características de este procedimiento, véanse: TANDA, P. (Coord.), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Atti del Convegno (Roma, 9 ottobre 2014)*, Giappichelli, 2015, y del mismo autor, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al capo dello Stato*, Giappichelli, 2014; CASTIELLO, F., *I ricorsi amministrativi*, Maggioli editore, Rimini, 2013; PUZZO, C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Torino, 2012.

¹²⁷ Art. 14.1 del Decreto del Presidente de la República n. 1199/1971.

Estado era llamado a proporcionar en estas ocasiones no tenía valor vinculante, configurando entonces una actividad que no podía definirse “jurisdiccional”¹²⁸.

Posteriormente, el legislador ha modificado la disciplina del recurso extraordinario al Jefe de Estado, incrementando los elementos de “jurisdicción” frente a los de “administración”, y, a mayor abundamiento, ha intervenido en el curso del debate reseñado al reconocer explícitamente en una ley la legitimación del Consejo de Estado para elevar cuestiones de inconstitucionalidad¹²⁹. Por lo tanto, el problema que restaba por despejar radicaba en discernir si el “nuevo” procedimiento podía considerarse de carácter jurisdiccional, dado que, en caso contrario, habría que entender que la legitimación del Consejo de Estado se otorgaba “*solo a efectos del juicio constitucional*”, en este caso por decisión del legislador y no de la Corte constitucional.

La Consulta ha resuelto esta cuestión. Razona en una Sentencia de 2014 que las modificaciones introducidas por el legislador en esta materia significan una transformación del carácter administrativo del recurso objeto ahora de análisis en otro de naturaleza jurisdiccional, con la consiguiente legitimación del órgano para proponer cuestiones de inconstitucionalidad en vía incidental. Aquella misma ha aclarado además que el art. 69.1 de la ley ordinaria 69/2009, respeta los criterios impuestos por el art. 1 de la ley Constitucional n. 1 de 1948, según el cual el control de legitimidad constitucional tiene que proponerse “durante un juicio” y un “juez” tiene que declarar la no concurrencia de una falta manifiesta de fundamento¹³⁰.

La Corte constitucional italiana se ha pronunciado también sobre la naturaleza de la sección disciplinar del Consejo General del Poder Judicial italiano (*Consiglio Superiore della Magistratura*), afirmando que “*a los solos efectos que aquí interesan, es*

¹²⁸ Corte cost. n. 254 de 2004.

¹²⁹ La ley 69/2009 (art. 69) ha transformado el dictamen obligatorio del Consejo de Estado en dictamen también vinculante para el Ministro competente, que ya no podrá pedir la intervención del Consejo de Ministros para superar dicho dictamen. Por esto, el legislador establece que el Consejo de Estado “si considera que el recurso no puede decidirse sin la resolución de una cuestión de legitimidad constitucional que resulte manifiestamente infundada, suspende la emisión del dictamen e, indicando los términos y los motivos de la cuestión, ordena a la Secretaría el inmediato traslado de las actas a la Corte constitucional, según y con los efectos previstos en los arts. 23 y ss de la l. 11 de marzo de 1953 n. 87, y la notificación del auto a los sujetos que ahí mismo se mencionen, (*“se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l’espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti l. 11 marzo 1953 n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati”*). En doctrina puede verse, entre otros, FRENI, F., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Dike giuridica, Roma, 2010.

¹³⁰ Corte const. n. 265 de 2013 y n. 73 de 2014.

*suficiente la constatación, no cuestionable, de que el legislador, con explícitas y unívocas afirmaciones, ha otorgado carácter jurisdiccional a la función ahora ejercitada por la Sección disciplinar del Consejo General del Poder Judicial*¹³¹.

La doctrina italiana ha señalado¹³² cómo la admisión de una noción “sustancial” de “juez”, solo a efectos del proceso constitucional, y de “juicio”, podría llevar a la Corte a extender la legitimación para elevar excepciones de inconstitucionalidad a otros sujetos encargados de la aplicación de la ley; sujetos en posición de independencia frente a los demás poderes del Estado y de imparcialidad con respecto a las partes interesadas en la resolución del caso, como por ejemplo el Ministerio Público, la Banca de Italia, el Consejo General del Poder Judicial y algunas autoridades administrativas independientes. En relación con todos ellos, se viene a indicar que resultan esgrimibles razones análogas a aquellas que la Corte ha utilizado para justificar la legitimación de los árbitros y supuestos análogos “solo a efectos del proceso constitucional”¹³³.

Algo semejante ha, en efecto, sucedido en España en algunas ocasiones. De modo expreso, el Tribunal Constitucional ha admitido el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en expedientes de jurisdicción voluntaria (STC 129/1999 y ATC 216/1998, por ejemplo); en expedientes o procedimientos reformadores de menores (STC 60/1995) o en pieza de responsabilidad civil derivada de incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal (ATC 275/2005). “*En todos estos supuestos*”, dispone el Tribunal Constitucional en la última parte del Fundamento Jurídico tercero del ATC 505/2005, “*no cabe duda de que las cuestiones*

¹³¹ Corte const. n. 12 de 1971: “*ai limitati fini che qui interessano, è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con esprese ed univoche statuizioni, ha conferito carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*”.

¹³² Entre otros, véase ROMBOLI, R., CARROZZA, P., ROSSI, E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 726.

¹³³ Sobre este particular CECAMORE, F., *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (Coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 97 y ss.; VUOTO, S., *Le autorità amministrative indipendenti ed il Consiglio superiore della magistratura*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale* cit., pp. 157 y ss.

Con la finalidad de superar las limitaciones a la justiciabilidad de las leyes electorales políticas al juicio de la Corte constitucional, se ha propuesto reconocer el carácter de juez *a quo* a la Junta para las elecciones o a la misma asamblea en sede de verificación de los poderes. Puede verse a este propósito MESSERINI, V., *La materia elettorale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale* cit., pp. 553 y ss.; ODDI, A., *La nozione di “giudice a quo”*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (Coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale* cit., pp. 28 y ss.

de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aun cuando, en algunos casos, no se desarrollaran a través de un proceso en sentido propio”.

Además, en opinión de algunos autores, la STC 113/2004 pronunciada en ocasión de un amparo constitucional, al declarar el carácter jurisdiccional de determinados órganos consuetudinarios (*ad casum*, Tribunal de las aguas de Valencia) deja abierta la posibilidad de que estos puedan incluirse entre los órganos facultados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad¹³⁴.

Para terminar y siempre por lo que concierne al ordenamiento jurídico español, es oportuno recordar que el principio de unidad jurisdiccional consagrado en el art. 117.5 CE eliminó las jurisdicciones especiales, salvo la castrense, que por expresa previsión legal (art. 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) está habilitada para elevar cuestiones de inconstitucionalidad¹³⁵.

II. Las condiciones de acceso a la vía incidental: límite o reforzamiento para la tutela de los derechos constitucionales

1. Los requisitos previstos en la normativa y la trascendencia de la interpretación de los Tribunales constitucionales

La tutela de los derechos fundamentales a través del juicio constitucional de las leyes en vía incidental tiene un elemento de importancia decisiva en las condiciones en

¹³⁴ PÉREZ TREMPES, P., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 133 y del mismo Autor, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 73; SOSPEDRA NAVAS, F. JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 161. CORZO SOSA, sin embargo, aunque reconociese el carácter jurisdiccional de estos órganos, afirmaba que los jueces pertenecientes a dicha jurisdicción “no poseen los conocimientos suficientes para tener una dimensión aproximada del contenido de la Constitución y, sobre todo, para establecer una relación directa entre ésta y las normas del derecho de aguas de Valencia. Por este motivo [...] resulta poco viable, aunque no imposible, que plante(n) cuestiones de inconstitucionalidad”, CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 200.

¹³⁵ Véase la reciente STC 202/2011, de 13 de diciembre, planteada por la Sala de lo Contencioso-Disciplinario del Tribunal Militar Territorial Cuarto. Muchos han sido los autos de inadmisión de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la jurisdicción castrense, todas inadmitidas por falta de requisitos procesales que sin embargo no concernían el requisito subjetivo. Pueden verse, por ejemplo, los AATC 119/2012, de 5 de junio; 109 y 110/2012, ambas de 22 de mayo. En otras ocasiones, el Tribunal Constitucional no ha entrado en el fondo de algunas cuestiones planteadas por la mencionada jurisdicción por apreciarse la pérdida sobrevenida del objeto de las mismas, pues el precepto enjuiciado en cada caso había sido ya declarado inconstitucional y nulo en una sentencia anterior del Constitucional (AATC 168 a 177/2011, todos de 13 de diciembre; 488/2004, de 30 de noviembre).

las que una cuestión de inconstitucionalidad puede, según la jurisprudencia constitucional, considerarse admisible. No cabe duda de la incidencia con la que cuenta en nuestro tema de investigación que la interpretación de estas condiciones sea más o menos amplia, más o menos sensible a las exigencias de tutela de los derechos involucrados en el caso concreto.

Corresponderá por ello en este momento centrar la atención en los conceptos de “prejudicialidad”, “incidentalidad” y “relevancia”, elementos necesarios y que caracterizan el juicio de inconstitucionalidad en vía incidental.

a) La prejudicialidad

i. Un punto a favor del reforzamiento. La inclinación hacia una lectura amplia del requisito en la jurisprudencia constitucional italiana: el control de constitucionalidad en vía incidental de la ley electoral

La “prejudicialidad” concierne a la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional. La doctrina más atenta¹³⁶ ha evidenciado como esta relación ha evolucionado en el tiempo, terminando por adquirir significados distintos en las diferentes etapas de la justicia constitucional italiana a la que hemos aludido en el primer capítulo de este trabajo. El debate se ha centrado principalmente alrededor del enfrentamiento entre autonomía-dependencia entre las dos fases del control incidental de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, en el momento de otorgar prevalencia a la exigencia de eliminar las leyes inconstitucionales (como fue la primera fase, en la que prevaleció la que hemos denominado la “dimensión objetiva” de la justicia constitucional) se ha podido constatar una mayor autonomía entre los dos momentos procesales del juicio constitucional. Sin embargo, al prevalecer la tendencia a proporcionar una tutela eficaz a los derechos fundamentales (y entonces la “dimensión subjetiva” del juicio incidental), como en la segunda fase etapa de la justicia constitucional italiana, asistimos a una significativa disminución de la dependencia entre la fase *a quo* y aquella *ad quem*.

Así que, de primar la “dimensión objetiva”, el caso concreto se considera solo instrumental a la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que, en caso de predominar

¹³⁶ ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, en *consultaonline.it*, Fasc. II, 5 de mayo de 2015, (pp. 351-361) p. 354.

la “subjetiva”, la cuestión de inconstitucionalidad termina por ser ella misma instrumental con respecto al caso concreto.

En la jurisprudencia constitucional italiana (aunque la idea o noción haya trascendido sus fronteras) con el término “prejudicialidad” se da generalmente testimonio de la presencia en el juicio principal de un *petitum* diferente al que constituye el que es propio u objeto del juicio constitucional.

En lo que atañe a la necesaria “prejudicialidad” de la cuestión de inconstitucionalidad, el Constitucional italiano ha afirmado, véase, que aquella implica que el *petitum* del juicio principal no coincidirá con la proposición de la cuestión misma, precisando a tal fin que el juicio *a quo* (sobre el que el juez ordinario que eleva la duda de constitucionalidad tiene competencia para decidir) debe contar, de un lado, con un *petitum* diferente al de la cuestión de inconstitucionalidad y, de otro, con un desarrollo autónomo. O expresada la idea en otros términos, el juicio *a quo* se dirige a una conclusión propia e independiente del juicio de legitimidad constitucional, cuyo planteamiento nace solo y en razón del factor de constitucionalidad concurrente que genera al juzgador la duda. En definitiva, para que la cuestión pueda considerarse admisible resulta insoslayable que el juicio principal presente un *petitum* con los requisitos mencionados; esto es, una pretensión sobre la que la autoridad judicial que ha propuesto la duda de constitucionalidad deba emitir una respuesta que resuelva el caso sustanciado.

En ausencia de estas condiciones, la cuestión “*se presenta impropriamente como acción directa contra una ley, dado que el eventual pronunciamiento de admisión de esta Corte vendría a concretar por sí sola la tutela requerida al juez del juicio principal y a agotarla*”¹³⁷. Esta línea interpretativa, declarada por la jurisprudencia constitucional italiana, no parece encontrar fundamento en ninguna disposición normativa específica y ha sido criticada por una parte de la doctrina que, desde hace ya un tiempo, subraya que puede causar una restricción injustificada de la tutela de los derechos fundamentales¹³⁸.

De su parte, la finalidad perseguida por la Corte apuntaría en la dirección de eliminar la posibilidad de *lites fictae*, promovidas con el único propósito de elevar una

¹³⁷ “*Si presenta impropriamente come azione diretta contro una legge, dal momento che l’eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte verrebbe a concretare di per sè la tutela richiesta al rimettente e ad esaurirla*”, Corte cost. n. 17 de 1999, n. 175 de 2003, n. 38 de 2009.

En doctrina v. DELLO SBARBA, F., *L’inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 148; CUPELLINI, S., *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, en *Giur. cost.*, 2003, p. 1373.

¹³⁸ Sobre este punto: BARILE, P., *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1957, p. 679.

cuestión al examen de la Corte constitucional. Claro que, si ese es el fundamento y la vocación de la jurisprudencia reseñada, pensamos que el freno a esa práctica incumbe más propiamente al juez *a quo* que a la Corte constitucional, pues es el primero el encargado de verificar la presencia de un interés de recurrir en la parte procesal, mientras que la Corte, de ese modo, se detendría, exclusivamente, en el control relativo a los vicios procesales ligados de modo estricto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sobre este aspecto del problema (prejudicialidad y diferencia de *petita* entre juicio *a quo* y juicio constitucional), se ha planteado en fechas todavía recientes una importante cuestión de inconstitucionalidad que, aún de manera sintética, merece la pena relatar en atención a las posibles consecuencias que acarrea para la tutela de los derechos fundamentales a través del juicio de inconstitucionalidad en vía incidental. La cuestión tenía por objeto la ley electoral de 2005 (la denominada *Porcellum*) del Senado y de la Cámara de los Diputados, concretamente allí donde no se preveía la posibilidad de que el elector pudiera expresar una preferencia sobre los candidatos de una lista y donde se concedía la mayoría en favor de la lista o de la coalición que había conseguido el número mayor de votos, sin fijar un umbral mínimo para otorgar un premio a la mayoría. Los recurrentes del juicio *a quo* ejercitaron una acción legal con la que pidieron al juez ordinario de valorar la posible vulneración de su derecho fundamental al voto por parte de la mencionada ley electoral, haciendo referencia a las elecciones ya terminadas, en cuya ocasión los mismos sujetos habían ejercitado su derecho al voto siguiendo unas modalidades contrarias a los principios constitucionales¹³⁹.

Tocó entonces al juez ordinario plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, para solicitar a la Corte constitucional a que decidiese sobre la legitimidad constitucional del *Porcellum*.

Sobre la posibilidad de admitir esta cuestión se habían expresado muchas dudas. En efecto, en caso de admisión de la misma, se habría resuelto directamente también el objeto del juicio *a quo*, pues la declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada

¹³⁹ Los recurrentes se referían a las elecciones políticas de 2006, en las que el premio de mayoría había sido asignado a una coalición que había alcanzado el 49,81% de los votos y de 2008, cuando se había reconocido a una coalición que había llegado al 46,81% de los votos. En realidad, (en opinión ROMBOLI, R., *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, en *Foro it.*, I, 2014, p. 678) la verdadera aplicación práctica a la que los recurrentes querían referirse era aquella de las elecciones nacionales de 2013, en cuya ocasión el premio de mayoría había sido asignado a una coalición que había alcanzado solo el 29,55% de los votos.

podía considerarse satisfactoria con respecto a la denunciada vulneración del derecho al voto.

La Corte constitucional declaró admisible la cuestión y fundó su decisión en dos tipos de razones. De un lado, la Corte muestra continuidad con su jurisprudencia y menciona los límites a la posibilidad de llevar a cabo una valoración de las decisiones del juez *a quo* relativas al respeto de los presupuestos procesales del juicio principal y a la existencia de un *petitum* separado y distinto entre este y la cuestión de inconstitucionalidad. En esta concreta ocasión, la Corte afirma la existencia de dos *petita* distintos; ahora bien, aunque apoye esta conclusión en su jurisprudencia anterior, dicha afirmación levanta dudas evidentes, que probablemente habrían necesitado una argumentación más profunda.

Con el segundo tipo de razones, en cambio, el Alto Tribunal abre la posibilidad de acceso al juicio constitucional fundándose en argumentaciones nuevas en su doctrina, y que parecen incluso alejarse de aquellos caracteres atribuidos hasta entonces al juicio incidental¹⁴⁰.

La admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, propuesta en vía incidental, se deduce en efecto “*de la peculiaridad y de la importancia constitucional del derecho objeto de consideración (...) que impone de asegurar la tutela del derecho inviolable de voto, perjudicado (...) por una normativa electoral no conforme a los principios constitucionales, de forma independiente de los actos aplicativos de la misma, por el hecho de que ya la incertidumbre sobre la relevancia del derecho constituye por si misma una lesión jurídicamente relevante. La exigencia de garantizar el principio de constitucionalidad hace así imprescindible reconocer el enjuiciamiento de esta Corte*”¹⁴¹.

La segunda parte del razonamiento transcrito resultó innovadora respecto de la jurisprudencia anterior, por lo que pareció legítimo interrogarse sobre las consecuencias

¹⁴⁰ Sobre la especificación de dos diferentes clases de razones para fundamentar la admisibilidad de la cuestión puede verse: DAL CANTO, F., *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, en www.confrontocostituzionali.eu, 16 de enero de 2014.

¹⁴¹ “*Dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento (...) che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto, pregiudicato (...) da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l'incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante. L'esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa corte*”.

Esta última afirmación había sido expresada en 1969 por ZAGREBELSKY (*La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1969, p. 1001) para presentar la tesis de una noción de relevancia como condición “normal”, pero no siempre “necesaria”, tesis que, como es sabido, no fue aceptada por la jurisprudencia constitucional.

que la misma habría podido provocar. En efecto, se podría llegar a la conclusión de que cualquier individuo que considere que una ley haya provocado una limitación ilegítima de uno de sus derechos fundamentales pueda ejercer una acción declarativa de dicha limitación y pedir la intervención de la Corte constitucional con el fin de declarar la inconstitucionalidad de una ley (siempre, claro está, que el juez ordinario al que se haya encargado el caso decida plantear una cuestión de inconstitucionalidad).

Sin embargo, una lectura más estricta, a nuestro juicio preferible, podría incluir en cambio la sentencia en aquella jurisprudencia, en parte antes invocada, que ha determinado una ampliación de las modalidades de acceso “*con la única finalidad del juicio de constitucionalidad [...]*”, es decir como excepción a la regla general¹⁴².

De cualquier modo, resultó evidente que esta decisión habría constituido un precedente del que la Corte en el futuro no habría podido con facilidad apartarse con respecto a la verificación de la constitucionalidad de la ley electoral por supuesta violación del derecho inviolable al voto, y que esta circunstancia habría podido generar una situación de incertidumbre en relación a la validez de la misma ley¹⁴³.

Después de nada más de tres años, se volvió a ejercitar la misma acción legal para averiguar la posible vulneración del derecho al voto, esta vez respecto de la nueva ley electoral (ley 6 de mayo de 2015, n. 52, la denominada *Italicum*), que sustituyó la ley declarada inconstitucional en la sentencia antes analizada.

En este caso se trataba de una ley que todavía no se había aplicado. Sin embargo se impugnó justo con fundamento en la mencionada afirmación de la Corte en ocasión de la sentencia 1 de 2014, en razón de la cual una ley electoral podía ser objeto de

¹⁴² V. Cap. Segundo, I.2 a).

Todo esto parece ser evidente por lo afirmado por la Corte en la sentencia en examen, que en varias ocasiones señala las particularidades del derecho al voto con respecto a los demás derechos fundamentales y de la ley electoral y sobre todo a afirmar que se trata de una ley “que con más dificultades vendría por otras vías a ser sometida al juicio de la Corte” (“*che più difficilmente verrebbe per altra via sottoposta alla Corte*”).

¹⁴³ Justo con base en estos razonamientos y de la mencionada decisión de la Corte constitucional, la propuesta de revisión constitucional aprobada por el Parlamento italiano (la denominada “*reforma Renzi-Boschi*”) pero rechazada con referéndum constitucional por el cuerpo electoral el 4 de diciembre de 2016, introducía la posibilidad de un recurso motivado a la Corte constitucional de la ley electoral para la Cámara y para el Senado por parte de un cuarto de los componentes de la Cámara de los Diputados y de un tercio de los Senadores en el plazo de diez días desde la publicación de la ley. El recurso habría tenido carácter preventivo y habría impedido (en caso de que fuera declarada inconstitucional la ley o parte de ésta) la promulgación y la entrada en vigor de la ley. El Alto Tribunal habría tenido 30 días para decidir sobre la inconstitucionalidad de la ley electoral. Sobre el tema puede verse, entre otros, ROMBOLI, S., *Regeneración y reforma constitucional: la fallida experiencia Renzi*, en BARRERO ORTEGA, ABRAHAM (Coord.), *Regeneración y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, (en prensa).

recurso independientemente de los actos de aplicación de la misma, “*por el hecho de que ya la incertidumbre sobre la relevancia del derecho constituye ya por si misma una lesión jurídicamente relevante*”.

La Corte constitucional, sobre la admisibilidad de la cuestión y la presencia de un *petitum* distinto respecto del juicio a quo, reiteró y confirmó la doctrina sentada en su sentencia 1 de 2014¹⁴⁴.

ii. El debate sobre la presencia del requisito de la prejudicialidad en la doctrina y jurisprudencia española

En el ordenamiento jurídico español, las reflexiones de la doctrina mayoritaria sobre el carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad asocian tal condición a la elección del Constituyente en favor de un sistema concentrado de justicia constitucional. Encomendar el control de constitucionalidad de las leyes al monopolio del Tribunal Constitucional supone, en el caso de que a un juez ordinario le surja una duda de legitimidad constitucional sobre la norma con rango de ley aplicable al caso que tiene que resolver, la suspensión del proceso hasta la decisión del Alto Tribunal¹⁴⁵.

Este proceso se configuraría entonces, según la interpretación proporcionada por el propio Tribunal Constitucional ya en una de sus decisiones más antiguas, como “*la vía prejudicial constitucional*”¹⁴⁶.

Sin embargo VILLAVERDE MENÉNDEZ duda de la naturaleza prejudicial de este proceso constitucional, basándose en dos consideraciones¹⁴⁷.

En primer lugar, con una opinión que no compartimos plenamente, porque el ordinario y el constitucional no deben considerarse dos órdenes jurisdiccionales

¹⁴⁴ Sentencia de la Corte const. de 9 de febrero de 2017, n. 35, en *Foro it.*, I, 2017, p. 745. También en esta ocasión se declaró la inconstitucionalidad de algunas previsiones de la ley electoral. En concreto, de aquella que establecía una segunda vuelta electoral (el denominado “*ballottaggio*”) para la asignación del premio a la mayoría, en el caso en el que ninguna de las listas hubiese alcanzado por los menos el 40% de los votos válidos; asimismo, se declaró inconstitucional la previsión que permitía al diputado cabeza de lista electo en su caso en distintos colegios de elegir cual representar, en razón de valoraciones exclusivamente personales y discrecionales y sin que se hubieran proporcionado criterios objetivos y predeterminados de asignación, respetuosos de la voluntad expresada por los electores.

¹⁴⁵ Algunos autores dedican una parte consistente de sus trabajos al tema del carácter prejudicial de la CI. Para ampliar esta temática pueden verse, entre otros: CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 216 y ss.; GARCÍA ROCA, J., *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, Revista de las Cortes Generales, núm. 27, 1992, pp. 102 y ss.; LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 115 y ss.

¹⁴⁶ ATC 69/1983, de 17 de febrero, FJ1.

¹⁴⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003, pp. 247 y ss.

distintos; argumento que dice sostener en que también los jueces ordinarios serían jueces de la constitucionalidad cada vez que deciden resolver sus dudas de constitucionalidad sin plantear una cuestión ante el Constitucional¹⁴⁸.

En segundo lugar, en una interpretación diferenciada respecto de la que postula la doctrina mayoritaria, añadirá después como argumento adicional un criterio de refuerzo o valorización del juez ordinario que eleva la cuestión, considerando que el rol de éste en el planteamiento de la misma no se fundaría ya en la presencia de una duda sobre la inconstitucionalidad de la ley que necesita la suspensión del proceso en curso y que se remite a un órgano diferente para ser resuelta (circunstancia que deriva del monopolio del Tribunal Constitucional en la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley), sino en una decisión del órgano perteneciente a la jurisdicción ordinaria que para su ejecución necesita, simplemente, la confirmación del Tribunal Constitucional, dado que el Constituyente español confió solo a este órgano la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley¹⁴⁹.

La jurisprudencia del Constitucional convalida sin embargo la teoría mayoritaria sobre la prejudicialidad del control incidental de constitucionalidad; no solo en la sentencia de 1983 antes mencionada, también en sentencias recientes, desmintiendo así la interpretación proporcionada por VILLAVERDE. En la STC 269/2015, de 17 de diciembre, por ejemplo, sostiene el Tribunal con firmeza que “*la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento carácter prejudicial*”, y en atención a ello declara que la naturaleza prejudicial de este proceso tiene como corolario y consecuencia la inadmisión de cualquier cuestión que tenga como objeto una norma que haya sido ya aplicada en el propio proceso por el órgano proponente¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Estamos de acuerdo con el autor en que el juez ordinario tiene que considerarse juez de la constitucionalidad todas las veces que supera las dudas de constitucionalidad recurriendo a la interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Sin embargo, en nuestra opinión, esta consideración no es suficiente para fundamentar la “unidad” de jurisdicciones entre la ordinaria y la constitucional.

¹⁴⁹ VILLAVERDE (*Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, cit.) encontraba una confirmación a su teoría interpretando la prohibición contenida en el inciso *ex* art. 163 CE “*que en ningún caso serán suspensivos*” en el sentido de que el planteamiento de una CI no puede suspender el proceso *a quo*, que tiene que seguir su *iter* llegando a la aplicación de la norma de dudosa constitucionalidad y objeto de la CI al caso concreto. Después de la ya mencionada reforma de la LOTC de 2007 no quedan dudas interpretativas: el apartado tercero del art. 35 de la LOTC afirma ahora que “*El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión*”.

¹⁵⁰ AATC 361/2004, FJ 4; 134/2006, FJ 2; 184/2009, FJ 2; 127/2012, FJ 3; 220/2012, FJ 3; y 35/2013, FJ 3. “*En efecto*”, sigue el TC en el FJ 2 de la STC 269/2015, “*en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de*

b) La incidentalidad y la definición del juicio *a quo* como actividad “jurisdiccional”

En Italia se da especial importancia a otro requisito del proceso constitucional objeto de análisis en este trabajo, tanto que la denominación más común del mismo incorpora ese perfil que lo caracteriza: la “incidentalidad”.

Con esta expresión se alude a que, para que una duda de constitucionalidad de una norma (aplicable al caso) pueda llegar a la Corte constitucional, tiene que plantearse por un “juez”, siempre que lo haga en el ámbito de un “juicio” como incidente del mismo y siempre que aquél no pueda encontrar una solución sin el amparo que con su respuesta ofrezca el Tribunal a la duda de constitucionalidad (es este último el denominado requisito de la “relevancia”, que analizaremos a continuación)¹⁵¹.

La noción de incidentalidad nos reconduce, así, a las reflexiones ya realizadas con respecto al significado y alcance del requisito subjetivo. En efecto, según la jurisprudencia constitucional consolidada, no se cumpliría el carácter de la “incidentalidad” en aquellos supuestos en los que, de un lado, no se respete la exigencia subjetiva en sentido estricto (intervención de un juez) y, de otro, no surja la duda de inconstitucionalidad en el seno de un procedimiento que pueda definirse como “jurisdiccional”. Quedan excluidos en consecuencia, por no constituir un “juicio”, la intervención de un juez en el desempeño de una función de carácter exclusivamente formal, o con finalidades garantistas. Es entonces imprescindible, pues de otro modo no hay en sentido técnico jurídico ni “juicio” ni “incidente” dentro del mismo, la aplicación de la ley por parte del juez en presencia de los requisitos propios de la naturaleza jurisdiccional de la actividad.

Recientemente el Constitucional se ha pronunciado sobre una cuestión muy interesante en relación con el tema de la “incidentalidad” que estamos analizando¹⁵². El caso concernía una cuestión de inconstitucionalidad sobre la que se habían manifestado

este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge (AATC 184/2009, FJ 2, y 220/2012, FJ 3)”.

¹⁵¹ Veremos que la “relevancia” se configura como una de las características fundamentales y uno de los requisitos procesales necesarios del juicio incidental; ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c.*, en *consultaonline.it*, Fasc. II, 5 de mayo de 2015, (pp. 351-361) p. 354.

¹⁵² Corte const. n. 119 de 2015.

una serie de dudas en relación con la posibilidad de que el mismo pudiese calificarse como “juicio”. Se trataba, en efecto, de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Corte de Casación en el ámbito de un juicio que carecía de vinculación con los intereses particulares y que se dirigía exclusivamente al interés público a la correcta y uniforme interpretación de la ley, y no, por tanto, a la resolución de una controversia. En otras palabras, se aducía que se trataba de un cauce con exclusiva finalidad nomofiláctica; una actividad dirigida al futuro, en la que no tenían ninguna relevancia ni la resolución de la controversia concreta, ni, por ende, los intereses subjetivos¹⁵³.

La Corte constitucional, sin embargo, afirmó que era “indudable” la inherencia de la enunciación del principio de derecho a la función jurisdiccional, para luego concluir confirmando la presencia del requisito de la incidentalidad en este caso. Sin proporcionar en realidad una argumentación suficiente para fundamentar su decisión, se limitó a declarar que el respeto en este caso concreto del requisito antes mencionado derivaría “*de la tarea de la Corte de Casación de enunciar el principio de derecho con fundamento en la norma que podrá derivar de la declaración de ilegitimidad constitucional y que será, en cada caso, ‘otra cosa’ con respecto a la misma*”¹⁵⁴.

c) El significado del requisito de la relevancia: la relación de instrumentalidad entre las dos fases del juicio incidental de constitucionalidad y la “bifurcación” de la noción

Por lo que concierne ahora al requisito de la relevancia, el concepto se halla en Italia en el art. 23.2 de la ley 87/1953, conforme al cual el juez dicta el auto de planteamiento “en el caso en el que el juicio no pueda encontrar su solución

¹⁵³ Para el debate en el seno de la doctrina italiana sobre este asunto, v. RUOTOLO, M., *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, en Riv. AIC, 6 de marzo de 2015, n. 1, pp. 7-8; ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 362, 3° comma, c.p.c.*, en ConsultaOnline, 5 maggio 2015, II, pp. 352 y ss.; DE SANTIS, D., *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell'interesse della legge*, en Foro it., 2014, I, p. 346; DAL CANTO, F., *La Corte di Cassazione, il principio di diritto nell'interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, en Foro it., 2014, I, p. 3450.

¹⁵⁴ “*Dal compito della Corte di Cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale e che sarà, in ogni caso “altro” rispetto ad essa*”, Corte cost. n. 119 de 2015.

prescindiendo de la resolución de la cuestión de legitimidad constitucional”¹⁵⁵. La relevancia¹⁵⁶ determina así la necesidad del carácter “concreto” del proceso constitucional y de la existencia de un fuerte vínculo entre las dos fases del mismo. Este requisito puede entonces, según como venga interpretado por la Corte, convertirse en una forma de limitar la posibilidad de que esta admita cuestiones de constitucionalidad (si interpretado restrictivamente). Justo por esta razón la doctrina más destacada¹⁵⁷ quiso afirmar hace mucho tiempo la naturaleza solo “normal” y no necesaria de la relevancia, interpretación que sin embargo no fue aceptada y aplicada por la jurisprudencia constitucional.

La Corte constitucional, con jurisprudencia en este momento consolidada, reiterada y constante, ha hecho expresa mención de la necesaria influencia que el juicio constitucional tiene que ejercer en el proceso principal, así como a la circunstancia de que la correcta instauración del juicio *ad quem* requiera la existencia de una “*efectiva y concreta relación de instrumentalidad*”¹⁵⁸ entre la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad y la del juicio. El criterio actualmente asentado en la jurisprudencia constitucional, por consiguiente, es el de la influencia-inaplicación, es decir, que la eventual declaración de inconstitucionalidad tiene que conllevar la inaplicación en el juicio *a quo* de la norma declarada inconstitucional desde el día siguiente a la publicación de la sentencia estimatoria. En las próximas páginas volveremos sobre el tema de la relación entre las dos fases enunciadas de la cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁵⁵ “*Qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale*”.

Al encontrarse recogido en una ley ordinaria, se ha sospechado de la inconstitucionalidad de la previsión del requisito de la relevancia, por la posible violación de la reserva de ley constitucional contenida en el art. 137.1 de la Constitución italiana: “las condiciones, las formas y los términos de la proposición de los juicios de legitimidad constitucional se establecen mediante una ley constitucional” (“*le condizioni, le forme ed i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale sono stabiliti con legge costituzionale*”). La Corte constitucional ha declarado la cuestión inadmisibile por ser manifiestamente infundada por el hecho de que dicha disposición es conforme al art. 1 de la Ley constitucional 1 de 1948, que afirma que la cuestión puede elevarse “durante un juicio” (“*nel corso di un giudizio*”), derivándose así la evidente exclusión de la facultad de elevar cuestiones que no tengan influencias en el juicio mismo (Corte const. n. 130 del 1998).

¹⁵⁶ Sobre el concepto de relevancia, v., entre otros, DAL CANTO, F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en MALFATTI, E., ROMBOLI, R., ROSSI, E., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 145 y ss.; AZZENA, L., *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli, 2012.

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, G., *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1969, p. 1001.

¹⁵⁸ “*Effettivo e concreto rapporto di strumentalità*”. Para más recientes precisiones de la Corte constitucional sobre este tema pueden verse las sentencias n. 241 de 2008 y la n. 306 de 2013.

También el ordenamiento jurídico español considera la “relevancia” como uno de los requisitos imprescindibles de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁵⁹. Por lo que incumbe a la interpretación de este requisito proporcionada por la jurisprudencia constitucional española, la STC 231/2015, de 5 de noviembre (ejemplo entre las más recientes), vincula el concepto a la naturaleza prejudicial de la cuestión, analizada en las páginas anteriores.

En efecto, declara el Tribunal que *“el carácter prejudicial que en general tiene la cuestión de inconstitucionalidad (ATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 3) supone —por lo que ahora importa— que el órgano judicial sólo debe promoverla sobre preceptos legales que, aplicables en el proceso, resulten determinantes, según su validez o invalidez, para resolver el caso ante él pendiente de uno u otro modo [...]”*. Añade el Constitucional que *“la relevancia, como presupuesto procesal, se cifra en esta «relación necesaria entre el fallo del proceso judicial y la norma cuestionada» (ATC 243/2013, de 22 de octubre, FJ 3), relación que sólo se dará si la norma de ley aplicable está no meramente incurso, acaso, en inconstitucionalidad, sino afectada, además, por un posible vicio de invalidez que condicione, precisamente, la resolución del juzgador [STC 3/2015, de 19 de enero, FJ 2 b)] a la vista del objeto del procedimiento en curso”*. Y concluye sus consideraciones afirmando que, de no darse estas circunstancias, la CI se convertiría en un proceso de naturaleza abstracta y general para el enjuiciamiento de la validez de las normas con rango de ley, posibilidad que el ordenamiento jurídico español reserva a un proceso constitucional distinto, el recurso de inconstitucionalidad.

En razón de lo expuesto, una vez acreditado que la eventual inconstitucionalidad de la disposición de ley cuestionada no resultaría determinante para la resolución del procedimiento *a quo*, atendido su objeto propio, el TC procede a excluir por irrelevante, en muchas ocasiones, el enjuiciamiento constitucional planteado en vía incidental.

El fundamento de esa pauta de la jurisprudencia constitucional toma cuerpo en lo prescrito en el art. 163 CE (*“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*

¹⁵⁹ Uno de los trabajos doctrinales dedicados específicamente al requisito de la “relevancia” en el control incidental de constitucionalidad en España es el de GARCÍA COUSO, S., *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

en ningún caso serán suspensivos”) y en el art. 35 de la Ley Orgánica del TC, que reproduce cuanto fuera establecido en la Constitución, añadiendo asimismo que el órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad deberá, entre otras cosas, “*especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”.

La necesidad de que la disposición impugnada en la cuestión de inconstitucionalidad sea relevante para la solución del proceso en curso ante el juez ordinario que la plantee, probablemente, es la única condición esencial que, en lo que concierne al objeto del control de legitimidad constitucional, diferencia a un recurso de inconstitucionalidad de aquella primera: las normas objeto del juicio incidental deberán ser aplicables y relevantes para resolver el litigio sustanciado en la vía judicial, con ocasión del que ha surgido la duda de constitucionalidad¹⁶⁰.

Esta condición nos reconduce a la naturaleza concreta del proceso constitucional objeto de este trabajo, que, como es de ver, encuentra su principio, origen o fuente en un caso particular a resolver por la jurisdicción ordinaria, de conformidad con el respeto de la doble sujeción del juez a la Constitución y a la Ley.

Aunque pueda parecer (incluso de la lectura de la jurisprudencia constitucional) que concurren dos requisitos distintos¹⁶¹ en esa fase de enjuiciamiento de las condiciones habilitantes del juicio incidental (pues se habla de aplicabilidad como se habla, también, de relevancia¹⁶²), una parte de la doctrina considera la aplicabilidad un presupuesto de la relevancia, además de un “*criterio principal para sostener la*

¹⁶⁰ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 77.

¹⁶¹ En los recientes AATC 202 a 205/2016, todos de 13 de diciembre, por ejemplo, se inadmiten las correspondientes cuestiones de inconstitucionalidad aduciendo exclusivamente la falta del requisito de la aplicabilidad, sin entrar en el juicio de relevancia. Analizaremos más adelante estos autos, siendo fundamentales en el debate sobre el cometido del juez ordinario ante supuestos de “doble prejudicialidad”, es decir cuando sobre una misma norma aplicable al caso y relevante para la resolución del mismo hayan surgidos dudas de constitucionalidad y dudas de validez o de interpretación de la disposición nacionales respecto del Derecho de la Unión Europea; v. sobre este tema el Cap. V.

¹⁶² “*Ciertamente la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es en modo alguno suficiente. Así sucede, por ejemplo, cuando aún declarada la invalidez de la norma, de ello no se siga que el petitum de la demanda haya de satisfacerse por el mandato de otra que el actor supone aplicable en su defecto, o cuando la eventual declaración de invalidez solo surtiría efectos en un momento muy posterior a aquel que se creó la situación jurídica controvertida*”, STC 17/1981, FJ 4. Entre las decisiones más reciente puede verse el ATC 202/2016, de 13 de diciembre, en cuyo FJ 2 se lee: “*Por tanto, no basta con que el órgano judicial considere que la norma es aplicable al caso, sino que también ha de satisfacer el juicio de relevancia. Si bien la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para el planteamiento de la cuestión, no es, en modo alguno, condición suficiente, pues es preciso justificar además que de su validez depende la decisión del proceso*”. Pueden verse también las SSTC 42/2013, de 14 de febrero, FJ 2; 156/2014, de 25 de septiembre, FJ 2, y 79/2015, de 30 de abril, FJ 3, y ATC 12/2016, de 19 de enero, FJ 2.

prejudicialidad de la cuestión de inconstitucionalidad” e indudable prueba del carácter concreto de este proceso constitucional¹⁶³. En efecto, aunque en la jurisprudencia constitucional se analice muchas veces de forma separada el juicio de aplicabilidad y el de relevancia, es palmario que no puede haber relevancia si no hay aplicabilidad.

Algunas resoluciones del Tribunal Constitucional han permitido reconocer en la noción de relevancia un contenido añadido, que ha llevado a LOPEZ ULLA a hablar de “una bifurcación” del concepto¹⁶⁴. En el ATC 260/1998, de 24 de noviembre, por ejemplo, el Tribunal inadmitió la cuestión planteada porque el precepto legal enjuiciado, aunque se hubiese estimado inconstitucional, no sería determinante para resolver el proceso *a quo*. En efecto, la norma impugnada tenía acomodo en otra disposición legal distinta, que no formaba parte del objeto del juicio de constitucionalidad y que, por lo tanto, no se habría visto afectada por la eventual declaración de inconstitucionalidad de la primera, pues la declaración de inconstitucionalidad de aquella en nada afectaría al proceso, por estar incluida también en la otra ley. De este modo lo que el Constitucional tomó en consideración no fue la falta de relevancia de la norma enjuiciada en sí misma, sino la irrelevancia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada¹⁶⁵.

2. Tres puntos a destacar relacionados con los requisitos de acceso

a) El control de los requisitos de la cuestión incidental de constitucionalidad: el papel del juez ordinario y de las cortes constitucionales

Queremos ahora destacar algunos aspectos que consideramos significativos para la interpretación y aplicación de los requisitos analizados, así como sus implicaciones, sobre todo, en el papel del control incidental de las leyes para la tutela de los derechos e intereses de los individuos.

¹⁶³ CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 330. SOSPEDERA NAVAS también observa como el requisito de la aplicabilidad constituiría “uno de los presupuestos necesarios para apreciar la relevancia en la resolución del proceso”, configurando una de los cuatros juicios valorativos que tienen que sucederse cronológicamente para que se cumpla correctamente el juicio de relevancia, SOSPEDERA NAVAS, F. JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 163 y 165.

¹⁶⁴ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 79.

¹⁶⁵ Véase el ATC 260/1998, de 24 de noviembre y la STC 203/1998, de 15 de octubre.

El primero concierne al sujeto que tiene que valorar, en el caso concreto, la concurrencia de la exigencia de relevancia. Si resulta evidente que dicho sujeto tiene que ser el juez *a quo*, cosa diversa resultará la posibilidad de los Tribunales constitucionales (y, en su caso, los límites) en orden a controlar la apreciación llevada a cabo en tal sentido por el juez ordinario.

En Italia por ejemplo, aunque, especialmente en los primeros años de funcionamiento de la Corte, la doctrina mayoritaria se declarase contraria a un control semejante, toda vez que, a su criterio, el juicio sobre la relevancia era una competencia exclusiva del juez *a quo*, el Alto Tribunal no ha dejado por ello de llevar a cabo un cierto control¹⁶⁶, llegando a negar en determinados casos el cumplimiento del requisito de la relevancia (señaladamente porque la norma no era aplicable y relevante para el caso; no ya, entonces, apreciando una equivocación o insuficiencia de la motivación del juez ordinario en la exteriorización del juicio de relevancia)¹⁶⁷. Dicho en otras palabras, la Corte constitucional ha enmendado en ocasiones la opinión del juez, estimando, en contraposición con la interpretación sostenida por éste, que la norma de cuya constitucionalidad dudaba no era, en verdad, relevante para el caso. Como no es difícil concluir, ese control puede desembocar en una situación de dificultad para el juez *a quo* que, una vez sentado aquel criterio de no relevancia por la Corte, podría no estar convencido y seguir considerando necesario cerrar el caso aplicando la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad inadmitida. Las soluciones solo pueden ser dos: o el juez ordinario aplica aquella disposición, aunque considerándola inconstitucional; o aplica otra, desaplicando así la que sin embargo consideraba necesaria para la resolución del caso concreto. En ambos casos la intervención del Tribunal Constitucional supone una injerencia en el ámbito propio del Poder Judicial que termina por provocar una anomalía en el correcto funcionamiento de los órganos judiciales¹⁶⁸.

¹⁶⁶ La Corte constitucional, sin embargo, habitualmente precisa que el juicio sobre la relevancia compete al juez ordinario y que el control ejercitado por ella es solo un control “externo”, como puede leerse, por ejemplo, en las sentencias de la Corte cost. n. 27 de 2006 y n. 50 de 2007.

¹⁶⁷ En estos más de sesenta años de actividad, la Corte ha emitido muchísimas decisiones de inadmisibilidad (simple o manifiesta) en razón de la falta del requisito de la relevancia, así como decisiones con las que ha afirmado la manifiesta inadmisibilidad de cuestiones de inconstitucionalidad declarando que el juez no había motivado de forma adecuada la relevancia de la cuestión.

¹⁶⁸ Una decisión que ilustra bien la circunstancia aquí descrita y que llevó al juez ordinario a tener que encontrar una solución “alternativa” y podríamos decir “creativa”, es el auto de la Corte const. n. 418 de 2005, que ha declarado manifiestamente inadmisibile la cuestión planteada. El juez, después de haber criticado dicha decisión de la Corte y expuesto las razones que a su parecer confirmaban el cumplimiento del requisito de la relevancia, al no poder volver a elevar la cuestión – que habría sido, casi con certeza,

La doctrina italiana más autorizada aplica estas mismas consideraciones en lo referente al requisito de la incidentalidad. En efecto, en opinión de BARILE “*la competencia sobre la incidentalidad corresponde al juez a quo: la llave de la Corte constitucional está en sus manos; una vez abierta la puerta de la Corte, no puede la Corte misma volver a cerrarla, así como no podría abrirla contra la voluntad del juez a quo*”¹⁶⁹.

También la jurisprudencia constitucional y la doctrina españolas concuerdan en esencia con lo expuesto sobre Italia. A su parecer, llevar a cabo el juicio de aplicabilidad y relevancia es una competencia atribuida de forma exclusiva al juez ordinario que considere necesario el planteamiento de una duda de constitucionalidad, y su exteriorización tiene que realizarse en el auto de planteamiento de la cuestión misma. El Tribunal Constitucional tiene encomendada la tarea de control de dicha exteriorización en la fase de admisión de la cuestión. Sin embargo, solo le corresponde comprobar que el juez ordinario ha hecho explícito el juicio de relevancia y aplicabilidad, sin entrar a valorar, por contra, los razonamientos que fundan la decisión del juez *a quo*. Utilizando las palabras del Constitucional, en efecto, “*por lo que hace al juicio de relevancia [...], este Tribunal ha reiterado que de acuerdo con el tenor del propio art. 35.2 LOTC compete, en principio, al promotor de la cuestión comprobar y exteriorizar la existencia del citado nexo de causalidad o dependencia entre el fallo del proceso y la norma cuestionada, sin que, por ello, este Tribunal Constitucional pueda «invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo» (por todas, STC 139/2005, de 26 de mayo, FJ 5)” (STC 9/2016, de 21 de enero, FJ 2)”. La intervención de este Tribunal en oposición a los criterios que han llevado al juez ordinario a elegir la norma aplicable y relevante para la*

declarada otra vez manifiestamente inadmisibile— decidió cambiar de criterio y resolvió la duda de constitucionalidad a través de una interpretación conforme de la normativa impugnada (v. T.A.R. Campania, sez. II, 1° de junio de 2006, n. 9286, *Foro it.*, 2008, III, 314).

¹⁶⁹ “*La competenza sull’incidentalità spetta al giudice a quo: la chiave della Corte costituzionale è nelle sue mani; aperta la porta della Corte, non può la Corte stessa richiuderla, così come non potrebbe aprirla contro la volontà del giudice a quo*”, BARILE, P., *Competenza della Corte costituzionale cit.*, p. 677.

resolución del caso, por tanto, se produce entonces solo en aquellos casos en los que, *ictu oculi*, el juicio de aplicabilidad y relevancia sea a todas luces inconsistente o equivocado¹⁷⁰.

En conexión con este primer aspecto relacionado con los requisitos exigidos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, queremos poner de relieve que, por su parte, en la identificación del momento concreto en el que el juez tiene que valorar la presencia de la relevancia de la cuestión.

La Corte constitucional italiana, quitando algunas incertidumbres manifestadas en el pasado, ha consolidado su parecer concretando que el momento tiene que ser aquel en el que el juez emite el auto de planteamiento.

En España el art. 35.2 LOTC afirma que: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese*”¹⁷¹, momento en el que emite el auto de planteamiento, esto es, dentro dicho plazo y antes de dictar sentencia.

Para proporcionar un ejemplo: en una sentencia reciente, la STC 23/2017, de 16 de febrero, el Fiscal General del Estado pidió la inadmisión de la cuestión por haberse planteado en el momento procesal inadecuado (en concreto, con anterioridad al devengo de la tasa, momento marcado por la interposición del recurso de suplicación de acuerdo con lo dispuesto en la misma ley enjuiciada en este proceso constitucional). El Tribunal Constitucional aceptó el óbice procesal e inadmitió la cuestión, afirmando además que en este caso “*la cuestión de inconstitucionalidad planteada, por las razones anteriores, trasciende del mero incumplimiento del requisito temporal del art. 35.2 LOTC [...]. [A]demás de no resultar aún aplicables los preceptos legales cuestionados, el momento*

¹⁷⁰ Véase, a este respecto, también lo afirmado en el FJ 2 de la STC 23/2017, de 16 de febrero: “*Es doctrina constitucional que corresponde al órgano judicial proponente realizar el juicio de aplicabilidad y relevancia de la norma legal cuestionada, y que, por ser la elección de la norma aplicable una cuestión de legalidad ordinaria, este Tribunal debe limitarse a realizar un control externo sobre el juicio realizado por el órgano judicial, que excluye la revisión del criterio judicial acerca de la aplicabilidad de la norma, salvo que resulte con toda evidencia errado, porque sea notoriamente inconsistente o equivocada la argumentación judicial sobre la aplicabilidad al caso de la norma cuestionada (por todas, STC 38/2014, de 11 de marzo, FJ 3), o, como señala la STC 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b), porque ‘de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierte que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia’ (STC 43/2015, de 2 de marzo, FJ 3). En tales casos, sólo, mediante la revisión del juicio de aplicabilidad y relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad, en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE [SSTC 87/2012, de 18 de abril, FJ 2; 146/2012, de 5 de julio, FJ 3; 60/2013, de 13 de marzo, FJ 1 b); 53/2014, de 10 de abril, FJ 1 b), y 82/2014, de 28 de mayo, FJ 2 a)]”.*

¹⁷¹ Como ya hemos mencionado, este apartado ha sido modificado en ocasión de la reforma de la LOTC de 2007; v. Cap Segundo, I.1.

procesal escogido por el Juez, a solicitud del entonces demandante, condicionó el adecuado desarrollo procesal previo al planteamiento (trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC) y el propio objeto y requisitos de la cuestión”.

b) Algo más sobre el concepto de instrumentalidad: autonomía o dependencia de las dos fases del juicio incidental

Como segundo aspecto, queremos dedicar algunas reflexiones a las relaciones que se establecen entre las dos fases del juicio incidental: aquella primera que se deduce ante el juez ordinario y la segunda que se sustancia ante la jurisdicción constitucional.

Los requisitos a los que hemos dedicado estas páginas evidencian, como hemos destacado anteriormente, la existencia de una peculiar relación de instrumentalidad entre los dos momentos sucesivos o secuenciales del control de legitimidad constitucional de las leyes.

Resultará interesante determinar de qué tipo es ese vínculo, pero aún lo será en mayor medida discernir cuáles son las implicaciones que derivan de dicha relación. La respuesta que merezcan estas cuestiones puede influir en la concepción y naturaleza del juicio incidental, con resultados que desvelen incluso modelos opuestos, así como, en lo que aquí nos ocupa, también en la clarificación del rol de ese proceso en la protección de los derechos.

En Italia, la opinión prevaleciente considera independientes y autónomas las dos fases del proceso. En ese sentido, por ejemplo, doctrina y la jurisprudencia coinciden en que no tendrán influencia alguna los cambios en la normativa cuestionada, como tampoco los hechos sobrevenidos que puedan acarrear efectos de otro tipo, particularmente de continuidad, en el proceso *a quo*.

La extinción del mismo, por lo tanto, no provocará la del juicio *ad quem*.

Según la doctrina italiana, desatender esta característica podría provocar en muchas cuestiones de inconstitucionalidad una suerte de irrelevancia automática, conexas con el tipo de normativa. Así, por ejemplo, podría pasar en todos los casos en los que el objeto de la duda de constitucionalidad sea una disposición relativa al reconocimiento o limitación de un derecho ejercitable dentro de un determinado arco temporal, pues el juez no debería poder elevar una cuestión de inconstitucionalidad (puede pensarse entre otros, por ejemplo, en problemas de constitucionalidad en la

interpretación de la normativa sobre interrupción voluntaria del embarazo, que es posible, en determinados casos, solo en los primeros tres meses de gestación)¹⁷².

En relación con estos interrogantes, convendrá destacar que en una sentencia todavía reciente¹⁷³ la Corte constitucional ha declarado que, en razón de la autonomía del juicio constitucional respecto del proceso *a quo*, no es preciso que concurra un interés sustancial de una de las partes en orden a la admisión de la cuestión, siendo suficiente que la norma de dudosa constitucionalidad sea necesaria para la resolución del litigio. Lo trascendente, por consiguiente, no radica en que las partes del juicio *a quo* puedan o no beneficiarse de los efectos de una eventual decisión de inconstitucionalidad (es decir de la nulidad de la norma aplicable en aquel supuesto), sino en que la Corte constitucional (en ocasión de una controversia concreta) esté en condición de depurar el ordenamiento jurídico de las leyes inconstitucionales.

En España (sorprendentemente, como comentaremos al final de este apartado), parece que doctrina y jurisprudencia sostienen, acaso, una más estrecha interdependencia entre las dos fases del juicio. Ya hemos visto en el ATC 260/1998, de 24 de noviembre, que el requisito de la relevancia hace imprescindible que la declaración de inconstitucionalidad tenga efectos en el juicio *a quo*¹⁷⁴.

Consideraciones que permiten apreciar un fortalecimiento de lo que hemos denominado la “dimensión subjetiva” de la cuestión de inconstitucionalidad y de la conexión entre el juicio *a quo* y el juicio ante al Juez constitucional. En otras palabras, el control de constitucionalidad de las normas en vía incidental no representa únicamente una modalidad de depuración del ordenamiento jurídico de las leyes inconstitucionales, sino que mantiene durante todo su desarrollo una estrecha vinculación con el caso concreto y con las consecuencias que la estimación de la cuestión pueda provocar sobre el mismo. El carácter concreto, entonces, no se reduce al

¹⁷² De otro lado, sin embargo, la consideración de la independencia entre las dos fases procesales, la *a quo* y la *ad quem*, puede derivar en situaciones de indefensión para las partes del proceso ante la jurisdicción ordinaria, particularmente porque los plazos habituales de resolución de la Corte son tan largos que hay muchas probabilidades, casi certeza, de que la decisión sobre la cuestión no conlleve finalmente consecuencias en el caso concreto objeto del juicio principal.

¹⁷³ Corte const. n. 241 de 2008.

¹⁷⁴ V. Cap. Segundo, II.1 c).

momento en el que surge la cuestión de legitimidad constitucional (como podría interpretarse de la doctrina constitucional¹⁷⁵), sino que perdura durante la fase *ad quem*.

Podemos además mencionar otras circunstancias favorecedoras de la dimensión subjetiva reseñada, que testimonian, en suma, la vinculación de la cuestión de inconstitucionalidad con el supuesto concreto y con los derechos e intereses que en él se sustancian procurándoles tutela.

Esa idea se verifica de manera muy singular en ciertos escenarios determinantes de la conclusión de la cuestión sin llegar a una decisión sobre el fondo, sino a su inadmisión, tanto por sucesos del proceso principal, como por razones que la jurisprudencia asocia a una “perdida de objeto de la cuestión”.

Entre las primeras, y contrariamente a aquello que, como acabamos de ver¹⁷⁶, sucede en Italia, en el caso en el que el proceso ante la jurisdicción ordinaria se cierre por factores que afecten a las partes (puede pensarse, por ejemplo, en el caso del desistimiento de una de las partes) no dudan la doctrina y la jurisprudencia constitucional españolas de que también se interrumpirá, automáticamente, la fase *ad quem*. Se considera, en efecto, que en esa tipología de supuestos la cuestión pierde su carácter concreto y que, en consecuencia, la decisión del Constitucional ya no tiene ninguna relevancia para resolver el litigio concreto (de hecho, ya concluido). Ejemplos de este carácter corroboran una vez más la existencia de un estrecho vínculo entre el juicio de legitimidad constitucional sobre una norma de ley y la circunstancia determinada y real –el caso de autos- de la que aquel trae su origen, así como la exigencia de que el carácter concreto y el requisito de la relevancia perduren hasta el momento de la decisión del Alto Tribunal.

Aunque a los efectos de la perdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad dedicaremos nuestra atención en el apartado relativo, precisamente, al objeto de este proceso constitucional, merecerá la pena mencionar en este momento

¹⁷⁵ En efecto, el Tribunal Constitucional suele afirmar, en relación al juicio de relevancia que hemos analizado anteriormente, que “*la formulación del juicio de relevancia para el proceso a quo de un eventual pronunciamiento de este Tribunal es, por tanto, exigencia anterior desde un punto de vista lógico al requisito de la argumentación suficiente de la duda de constitucionalidad, pues asegura el carácter concreto del control de constitucionalidad que informa este tipo de procesos constitucionales, de manera que un defecto en su adecuado planteamiento en los términos exigidos por nuestra doctrina debería conducir a excluir todo enjuiciamiento de fondo (STC 234/2015, de 5 de noviembre, FJ 2)*”, STC 175/2016, de 17 de octubre, FJ 2. Estas afirmaciones parecen apuntar a que el carácter concreto de la cuestión tiene que garantizarse solo en la fase de admisión del proceso constitucional, cuando se averigua la subsistencia de los requisitos exigidos en la Constitución y en la ley.

¹⁷⁶ V. Cap. Primero, I.4.

del análisis un caso muy peculiar resuelto aún hace pocos años por el Tribunal Constitucional, que ha sentado una doctrina luego aplicada en otras decisiones posteriores¹⁷⁷.

En 2015 el Tribunal Constitucional dictó la STC 83/2015, de 30 de abril, declarativa de la extinción de la cuestión por pérdida sobrevenida de su objeto en un caso emblemático, a nuestro parecer, para comprender los requisitos analizados en estas páginas, pues revela el pronunciamiento la función de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos e intereses de los individuos.

En efecto, no se llega a la inadmisión de la cuestión, como en otras ocasiones, por motivos estrictamente relacionados con la norma objeto de impugnación (por ejemplo, por una modificación o derogación de la previsión legal enjuiciada en el proceso constitucional o porque hubiera una decisión anterior del mismo Tribunal que declarase la inconstitucionalidad de la misma), sino, antes bien, atendiendo a que el procedimiento carecía ya de relevancia por haberse dado la satisfacción extraprocésal de los intereses de las partes del proceso *a quo*.

Resumiendo el caso: se cuestionaba la legitimidad constitucional de un precepto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para todo el personal del sector público. Se planteó la cuestión aduciéndose que la supresión de la gratificación extraordinaria podía vulnerar el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, caso de que los trabajadores no recibieran la parte proporcional de la paga extraordinaria de diciembre de 2012. Sin embargo, con posterioridad al planteamiento de la cuestión se aprobó la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para el 2015, que reconoció el derecho de los trabajadores afectados de recuperar la parte proporcional de la gratificación extraordinaria reclamada, obteniendo así la satisfacción extraprocésal de la pretensión aducida en el pleito ordinario que originó el proceso constitucional. El Constitucional, después de reiterar su doctrina sobre la extinción de la cuestión de inconstitucionalidad en casos de *ius superveniens* (que analizaremos más adelante¹⁷⁸),

¹⁷⁷ Desde la más reciente, y solo para citar algunas: SSTC 160/2016, de 3 de octubre; 145/2016, de 19 de septiembre; 134/2016, de 18 de julio; 106 y 104/2016, ambas de 6 de junio; 97/2016, de 23 de mayo.

¹⁷⁸ V. Cap. Segundo, III.1.

aplica la jurisprudencia sobre las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada¹⁷⁹.

Razona el Tribunal Constitucional, recordando el contenido de los arts. 163 CE y 35.1 LOTC en cuanto al imprescindible juicio de aplicabilidad y relevancia, que “*resulta notorio que las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso a quo han de incidir necesariamente en el proceso constitucional*”. Esto es, a su criterio, como ya dijimos, el requisito de la relevancia no debe concurrir únicamente en la fase procedimental en la que el juez plantea la CI, puesto que, asimismo, “*las modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto*”.

En suma, nos recordará el Constitucional, aunque exista en la impugnación que se le somete “*un notorio interés público y general en la depuración del ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer*”¹⁸⁰.

Al partir de esa premisa sobre la relevancia de la cuestión para la resolución del proceso judicial, como será fácil ya de imaginar, la Sentencia decide declarar la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, considerando lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015, que permitió la recuperación de la parte proporcional de la gratificación extraordinaria reclamada por los recurrentes y supuso la satisfacción extraprocésal de la pretensión deducida en el proceso laboral. En suma, esta última circunstancia (la satisfacción extraprocésal de la pretensión deducida en el proceso *a quo*) constituirá uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad¹⁸¹.

Es por ello que el Tribunal dice: “*el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés*”, mas “*ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere*

¹⁷⁹ Para todas, STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2.

¹⁸⁰ La Sentencia cita jurisprudencia anterior sobre esta temática: AATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único; 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único.

¹⁸¹ STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3. Véanse también las siguientes resoluciones: STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2; AATC 945/1985, de 19 de diciembre; 723/1986, de 18 de septiembre; y 485/2005, de 13 de diciembre.

*el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad*¹⁸².

Cabe decir, por ello, que el Constitucional diferencia abiertamente los dos instrumentos de depuración del ordenamiento jurídico frente a las normas con rango de ley que puedan resultar inconstitucionales, uno concreto (cuestión de inconstitucionalidad) y otro abstracto (recurso de inconstitucionalidad). A tenor de lo descrito y transcrito, en efecto, puede advertirse que el carácter concreto de la cuestión de inconstitucionalidad adquiere la condición de esencial o de propiedad primaria e ineludible, pues tiene necesariamente que perdurar en todo el *iter* del proceso constitucional, y no solo presentarse o concurrir, como afirmaba la mayoría de la doctrina¹⁸³, en la fase de proposición del juicio incidental.

Una reflexión adicional sobre este caso, muy particularmente reveladora del papel que despliega la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los intereses de los individuos, atañe a la *ratio decidendi* del pronunciamiento constitucional. En efecto, visto que el Tribunal Constitucional declara que la satisfacción extraprosesal de los intereses de las partes lleva a la extinción de la cuestión (que se queda, con ello, sin objeto), será posible afirmar que tal proceso constitucional no se distingue exclusivamente por ser un medio de depuración del ordenamiento. Antes bien, el propósito del mismo integra de manera principal la protección de los derechos e intereses de las partes, derivando a un segundo plano el interés general de la eliminación de las leyes inconstitucionales.

Es paradójico el resultado descrito, sin duda, desde el prisma del estudio comparado que aquí efectuamos. Y es que, téngase en cuenta, en España la doctrina y la jurisprudencia constitucional han concebido tradicionalmente la cuestión de inconstitucionalidad como un instrumento de depuración del ordenamiento, mientras que en Italia, antes al contrario, se ha defendido siempre su función en la tutela de los derechos. Del análisis que acabamos de presentar, sin embargo, se desprende exactamente lo contrario. Se desvela de ese modo, a nuestro juicio, la poliédrica naturaleza (o por lo menos, “dicotómica”) que puede llegar a tener el proceso constitucional objeto de investigación en este trabajo, que todavía no tiene sus márgenes del todo definidos, y de ahí la importancia de su estudio. Nos parece que vuelvan a ser,

¹⁸² STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3. Pueden verse también, a este propósito: STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 3; AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único.

¹⁸³ V. Cap. Primero, II.2.

en particular en estas parciales consideraciones conclusivas, muy ilustrativas las palabras, ya recordadas anteriormente, de GARCÍA PELAYO, que afirmó que *“defender los derechos o pretensiones subjetivas garantizadas por la Constitución significa concretar la defensa del orden constitucional objetivo, y defender a éste significa defender los derechos y pretensiones que ampara: lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es específica articulación en un caso de notas abstractas”*¹⁸⁴.

c) Cuándo una interpretación estricta de la relevancia puede reducir la realización de un derecho y su remedio

El tercer y último aspecto que queremos destacar se ocupa de los casos en los que se ha estimado conveniente modificar la interpretación general o “clásica” del requisito de la relevancia (y muy estricta, como hemos apuntado, contrariamente a cuanto recomendado por ZAGREBELSKY), considerando que su apreciación común podría acarrear una posible reducción o exclusión de la tutela de los derechos fundamentales.

Este escenario se ha presentado en Italia, por ejemplo, en orden a la posibilidad de que el juez ordinario plantee una cuestión de inconstitucionalidad en el marco de un juicio dirigido a obtener una medida cautelar. La dificultad consistía en conciliar las exigencias propias de esta tipología de juicio con la jurisprudencia constitucional que negaba la concurrencia del requisito de la relevancia cuando el juez ordinario hubiese ya aplicado la disposición de dudosa constitucionalidad. En estos casos el juez terminaba por tener que tomar una decisión entre elevar la cuestión de inconstitucionalidad (con el riesgo, y en algunos casos la certeza, de que la respuesta del Alto Tribunal llegaría demasiado tarde, y que los perjuicios que la medida cautelar quería evitar ya se habían producido) o, en su defecto, conceder la medida cautelar aunque dudara de la constitucionalidad de la disposición.

Pues bien, modificando su jurisprudencia previa, la Corte ha consentido en esta tipología de casos que el juez, en el mismo momento de la emisión del auto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pueda aplicar igualmente la norma objeto de dicha cuestión cuando se trate de una medida cautelar necesaria para

¹⁸⁴ V. Cap. Primero, II.2.

evitar el sacrificio de un derecho que necesita una tutela inmediata.¹⁸⁵ La Corte ha querido respaldar, por tanto, una definición más amplia del requisito de la relevancia y ha afirmado que el juez puede elevar cuestiones de legitimidad constitucional en ámbito cautelar, tanto si no concede la medida cautelar, como si la otorga, siempre que dicha concesión no provoque el definitivo agotamiento del poder cautelar del que el juez dispone en aquel juicio¹⁸⁶.

La efectiva tutela de los derechos garantizados por la Constitución a través del proceso constitucional que nos ocupa se ha podido acreditar también en otro ámbito, siempre respecto de la interpretación del requisito de la relevancia, al que dedicamos solo una breve mención: en relación con el control de las normas penales más favorables. Tras entender durante muchos años que eran irrelevantes las cuestiones que tenían como objeto dichas disposiciones, la Corte, desde el año 1983¹⁸⁷, entra en el fondo de su enjuiciamiento, reparando en cómo la eventual decisión de inconstitucionalidad influya en la decisión de sobreseimiento del acusado.

III. El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en la legislación y en la jurisprudencia constitucional.

1. Consideraciones introductorias

En referencia al posible objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, las normativas nacionales de los países aquí analizados concuerdan en reconocer la posibilidad de impugnar a través del juicio en vía incidental “leyes o actos con fuerza o rango de ley”¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Para una opinión doctrinal v.: VUOLO, A., *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, en ANZON, A., CARETTI, P., GRASSI, S. (Coords.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Anzon, Torino, 2000, pp. 693 y ss.

¹⁸⁶ Sobre este tema, entre la abundante jurisprudencia, pueden verse: Corte const. n. 25 del 2006, n. 393 de 2008, n. 151 de 2009, n. 128 e n. 236 de 2010, n. 211 de 2011, n. 102 del 2012, n. 83 e n. 325 de 2013. Trataremos el mismo supuesto en relación con la experiencia española en las próximas páginas, v. Cap. Segundo, V.2.

¹⁸⁷ Sentencia de la Corte const. de 6 de julio de 1983, n. 210.

¹⁸⁸ En España el art. 163 de la CE afirma: “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”; el art. 134.1 de la Constitución

Se hace en ello evidente, en consecuencia, la limitación en la tutela de los derechos en el caso de que su supuesta o eventual lesión no derive de una específica ley o acto con fuerza de ley.

La jurisprudencia constitucional italiana, por ejemplo, mantiene una doctrina constante a este respecto, entendiendo que el objeto de un juicio en vía incidental puede ser solo una ley ordinaria (u otra norma con este rango, como veremos en las próximas páginas), aunque haya admitido la posibilidad de que pueda serlo, en casos específicos, una ley constitucional. Nunca, por el contrario, un acto normativo de naturaleza secundaria¹⁸⁹.

Por su parte, en España, según la LOTC -norma que, como es notorio, especifica en mayor medida las prescripciones de la Constitución- la cuestión de inconstitucionalidad deberá tener como objeto una ley o una norma con rango de ley¹⁹⁰.

En la experiencia constitucional se ha consolidado como interpretación estable que el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad no viene constituido únicamente por la lectura literal del precepto, sino también (y sobre todo) por la *norma* en la interpretación dada, esto es, la norma perfilada en un determinado sentido tras la hermenéutica llevada a cabo por el órgano que quiera plantear la cuestión.

italiana declara: “*La Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni*”.

¹⁸⁹ Véanse, solo como ejemplo de una jurisprudencia absolutamente consolidada, las sentencias de la Corte constitucional nn. 10, 34, 137 de 2011 y las nn. 80 y 156 de 2013.

¹⁹⁰ El apartado primero del art. 35 LOTC afirma que pueden ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad las normas con rango de ley, reproduciendo el contenido del art.163 CE. El apartado segundo del mismo artículo de la Ley Orgánica precisa que el órgano judicial que quiera plantear una CI tiene que concretar en el auto de planteamiento “*la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona*”.

Fue recurrente en los primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional español un tema que ahora resulta ya básicamente superado y obsoleto, pero que merece ser mencionado en un trabajo en el que se comparen diferentes ordenamientos jurídicos, a saber: la posibilidad para los jueces ordinarios de enjuiciar a través del control incidental las disposiciones con rango de ley aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española. El Tribunal Constitucional optó por una suerte de competencia compartida en este ámbito entre ella misma y los jueces ordinarios: desde la STC 4/1981, se interpretó en efecto que existe una dualidad según la cual los órganos judiciales pueden o inaplicar directamente las leyes aprobadas con anterioridad a Constitución, o plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional.

En Italia, como ya hemos tenido la ocasión de mencionar (v. p. nota 10), la Corte Constitucional en su primera decisión (Sentencia de la Corte const. de 14 de junio de 1956), afirmó su propia competencia para decidir en relación con las leyes aprobadas con anterioridad a la Constitución, aplicando el principio de constitucionalidad. Añadió la Corte que no hay que excluir, sin embargo, que el juez ordinario, en aplicación del principio de sucesión temporal de las fuentes, declare la inaplicabilidad de una norma preconstitucional cuando averigüe un concreto y específico contraste entre aquella y la Constitución. La decisión del juez tendrá claramente eficacia *inter partes*, y no *erga omnes* como la declaración de inconstitucionalidad de la Consulta. A pesar de esta posibilidad, en Italia lo más habitual ha sido que la jurisdicción ordinaria planteara ante la Corte cuestiones de inconstitucionalidad cuando dudara de la conformidad constitucional de las normas preconstitucionales.

Si bien es cierto, entonces, que el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad será habitualmente una disposición de ley (o con fuerza de ley) interpretada por el juez ordinario en relación con un caso concreto, será de recibo matizar que este tipo de proceso constitucional no podrá activarse con una finalidad meramente interpretativa, esto es, con el planteamiento por el órgano judicial de una duda exegética que concierna a la norma relevante y de aplicación en el caso o litigio específico.

En ese orden de cosas, el Constitucional español recuerda de modo consolidado y constante en su doctrina que *“la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad, surgidas entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. Su función se reduce al enjuiciamiento de la conformidad a la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”*¹⁹¹.

El auto de planteamiento deberá precisar, entre otros elementos, la disposición objeto de la cuestión. Corresponde al juez ordinario, así pues, especificar el precepto de dudosa constitucionalidad que resulte aplicable y relevante, recuérdese, en el caso concreto. Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha llegado a modificar o precisar en ocasiones el objeto de su inminente examen de constitucionalidad¹⁹²; circunstancia ésta que, es indudable, revela una mayor flexibilidad en la fase de admisión de la cuestión (ahora con respecto a la delimitación del objeto del proceso de enjuiciamiento) y garantiza una atención más intensa desde el prisma de la tutela de los derechos y de los intereses de los sujetos involucrados en el proceso *a quo*, así como una más efectiva protección del ordenamiento en su conjunto (y, por tanto, también de los derechos fundamentales en general), que se verá depurado de aquellas disposiciones que

¹⁹¹ SSTC 207/2014, de 15 de diciembre, FJ 4; 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 c) y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2 c).

Recientemente el Tribunal Constitucional inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad, pues *“la finalidad de los procesos de inconstitucionalidad es la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas normas que se hallen en franca contradicción con la Constitución, y no la anulación de un determinado modo de interpretarlas, incluso por muy sólido que éste sea, cuando aquéllas ofrecen otras significaciones posibles; en este caso la interpretación que, a partir de los mismos elementos normativos, permite llegar a conclusiones opuestas a las que sustenta el órgano judicial proponente”*, ATC 200/2016, de 1 de diciembre, FJ 3.

Véanse, también: SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2; y 114/1994, de 14 de abril, FJ 2; ATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2.

¹⁹² Se podrían mencionar muchísimas resoluciones sobre este tema. Solo a título de ejemplo, véanse: STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 2 a), b), c); STC 87/2014, de 12 de junio, FJ 3; ATC 84/2016, de 26 de abril, FJ 2 y ATC 71/2016, de 12 de abril, FJ 3. En doctrina, entre otros: LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 70 y ss.

efectivamente resulten inconstitucionales (en algunos casos incluso de aquellos preceptos que no habían sido mencionados por el órgano proponente la cuestión en el momento de su planteamiento).

En un epígrafe anterior, hemos mencionado la posibilidad de que se produzca la pérdida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En particular, nos ocupamos de supuestos de irrelevancia sobrevenida de una cuestión, ya sea en razón de la satisfacción extraprocésal de las pretensiones de las partes del proceso *a quo*, ya sea, entre otras hipótesis adicionales, como efecto de una extinción del proceso ordinario (piénsese, señaladamente, en los desistimientos)¹⁹³.

Existen, como se acaba de advertir, otras situaciones potenciales, caracterizadas además por una vinculación más estrecha con el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En primer lugar, la jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado sobre los efectos que puede acarrear el *ius superveniens* en el juicio *ad quem*. Reconoce como regla general, sentada en su jurisprudencia consolidada, que “*ni la derogación ni la modificación de la norma cuestionada provocan la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión, ya que la aplicabilidad de la norma en el proceso a quo, con el enunciado vigente en el momento de plantearse la cuestión, puede seguir requiriendo el juicio de constitucionalidad*”¹⁹⁴. Esto es, si los preceptos cuestionados siguen siendo aplicables al proceso *a quo*, el requisito de la relevancia pervive y el proceso *ad quem* tiene que concluirse con una decisión del Tribunal Constitucional sobre la validez o invalidez de la norma enjuiciada.

En lógica correspondencia con lo anterior, cuando una derogación o modificación normativa determinen que ya no resulte aplicable al proceso *a quo* la norma cuestionada, o que de su validez no dependa finalmente la decisión a adoptar en el mismo, se producirá la extinción del proceso constitucional por desaparición sobrevenida de su objeto¹⁹⁵.

De otra parte, en segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha declarado en no pocos supuestos la inadmisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, considerándola notoriamente infundada, cuando la misma tenía como objeto una norma

¹⁹³ V. Cap. Segundo, II.2 b).

¹⁹⁴ STC 227/2016, de 22 de diciembre, FJ 2; también en la ya citada STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3.

¹⁹⁵ Por todas, véanse la STC 101/2012, de 8 de mayo, FJ 2.

previamente declarada inconstitucional y nula por Sentencia¹⁹⁶. En consecuencia, también en esa tipología de casos se aprecia la desaparición del objeto de la cuestión, aunque no se deba esta vez a la intervención del legislador.

2. El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad como posible límite a la tutela de los derechos constitucionales: dos supuestos difíciles de abordar a través de la cuestión de inconstitucionalidad

A los efectos del tema desarrollado en esta tesis, analizaremos en las páginas que siguen algunas de las diferentes problemáticas que suelen presentarse al definir el concepto de “objeto de una cuestión de inconstitucionalidad” respecto de la protección de los derechos a través de esta vía de acceso a los Tribunales constitucionales.

Empezaremos examinando dos hipótesis: la primera (que se ha producido especialmente en el ordenamiento italiano) se ciñe al caso en el que el acto que se impugna no puede considerarse una ley a todos los efectos, sino, antes bien, una aplicación concreta de ella o una específica situación de hecho que pueda reconducirse a la ley impugnada; la segunda alude al efecto limitativo de los derechos constitucionales que se produce por una omisión del legislador.

i. Las denominadas “situaciones patológicas” y “de hecho”

En relación a la primera hipótesis, la Corte constitucional italiana ha afirmado de manera reiterada que no puede considerarse objeto de una cuestión de inconstitucionalidad la denuncia por parte de un juez ordinario de una situación de hecho y referible a un caso específico, como tampoco la dificultad de aplicación de una ley o la concurrencia de situaciones patológicas que derivan de determinadas aplicaciones de sus disposiciones y que no pueden conectarse directa y necesariamente al efecto denunciado. Estamos, en otras palabras, ante supuestos en los que no sería inconstitucional la ley misma, sino que es su aplicación en determinadas circunstancias o momentos específicos lo que da lugar, según el juez ordinario, a la vulneración de la Constitución.

¹⁹⁶ Véase, por ejemplo, el ATC 70/2016, de 12 de abril.

Los casos de esa naturaleza que la Corte constitucional ha tenido que resolver han sido plurales y muy heterogéneos en sus contenidos. Al objeto de resaltar algunos ejemplos de entre los más recientes, puede citarse la cuestión de constitucionalidad relativa al Texto Refundido de las disposiciones sobre la regulación de la inmigración, en la parte en la que establece que, con la finalidad de asegurar la rapidez del procedimiento de convalidación, las jefaturas de policía proporcionarán al juez de paz (dentro de los recursos que tengan disponibles) los documentos y la asistencia oportunos y la disponibilidad de un lugar idóneo¹⁹⁷. El recurrente lamentaba, entre otras circunstancias, que el correcto desarrollo de las funciones propias del juez había sido comprometido por el desempeño del procedimiento de convalidación en la estructura del “Centro de identificación y expulsión”, lugar no idóneo para garantizar el respeto del derecho de defensa de los extranjeros. La Corte constitucional estimó que los fundamentos invocados para fundamentar las lesiones de los principios constitucionales mencionados se apoyaban en problemas o circunstancias de hecho y derivaban de la aplicación *ad casum* de la norma objeto de examen, y no estrictamente de su tenor literal o regulación general, resultando improcedente por estas razones el control de constitucionalidad¹⁹⁸.

En un supuesto aún más reciente, la Consulta tuvo que resolver una cuestión de legitimidad constitucional sobre la liquidación de los gastos judiciales según las tarifas profesionales. Se trasladaba con ello al examen del Juez constitucional la posibilidad (permitida según la normativa italiana enjuiciada) de que dos abogados obtuvieran una compensación distinta pese a haber llevado a cabo una actividad equivalente en la misma fecha, por ejemplo porque uno de ellos solicitase el pago antes de finalizar el procedimiento (aplicando las tarifas antiguas y más beneficiosas) y el otro lo hiciera más adelante, con base en las tarifas de una nueva normativa. La Corte razonó que se planteaba una hipótesis abstracta; en todo caso, un “inconveniente de hecho” no referido directamente a la regulación denunciada, sino solo a variables accidentales vinculadas a su aplicación¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Art. 13.5-ter, del Decreto legislativo de 25 julio de 1998, n. 286 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*).

¹⁹⁸ Auto de la Corte const. n. 109 de 2010, que se cerró con una decisión de manifiesta inadmisibilidad.

¹⁹⁹ Auto de la Corte const. n. 261 de 2013.

Los casos que se han analizado en la jurisprudencia constitucional han sido muchos más. Con la finalidad de tener presente un esquema de las diferentes hipótesis pueden mencionarse:

- La cuestión de legitimidad constitucional del art. 59 del D. Lgs. 546/1992, de 31 de diciembre, en la parte en la que no se establece entre los casos de remisión la declaración equivocada de inadmisibilidad del recurso emitida por el juez de primera instancia sin entrar en el fondo de la cuestión. La Corte declaró

ii. ¿Falta de objeto? La omisión del legislador y los remedios elaborados por los jueces ordinarios y por los Tribunales constitucionales

Pasando ahora al segundo plano anteriormente resaltado, puede darse también la situación (y efectivamente se ha dado en múltiples ocasiones) de que falte en el ordenamiento jurídico el desarrollo normativo de determinados preceptos de la Constitución; que se presenten, es decir, las denominadas “lagunas legislativas”, debidas principalmente a la inactividad u omisión del legislador²⁰⁰.

que la cuestión elevada se limitaba a la denuncia de un inconveniente de hecho que no tiene trascendencia para el control de legitimidad constitucional (Corte const. n. 166 de 2013).

- La cuestión de legitimidad constitucional relativa a la quiebra del empresario individual cuya empresa haya sido objeto de una medida de prevención patrimonial ex arts. 2-ter y sucesivos de la Ley 575/1965, de 31 de mayo. En este supuesto concreto, la Corte considera que la eventual sujeción del interesado al procedimiento concursal constituiría esencialmente un inconveniente de hecho, por faltar la cancelación del Registro de las empresas (Corte const. n. 102 de 2011).

- La cuestión planteada con respecto a la norma que regula la exclusión de la regularización de los ciudadanos extracomunitarios que hubieran dejado el territorio nacional y se encontrasen en las condiciones ex art. 13.3 del Decreto Legislativo 286 de 1998. La Corte estableció “que la disparidad de tratamiento que denuncia el juez remitente – relacionada con los numerosos factores que pueden determinar en cada caso concreto una diferencia en la aplicación de la normativa mencionada – constituye una disparidad exclusivamente de hecho, y por esta razón no idónea, según la constante jurisprudencia de esta Corte, de fundamentar un juicio de violación del principio de igualdad” (“*che la disparità di trattamento denunciata dal giudice remittente – legata ai molteplici fattori che possono, nei singoli casi concreti, determinare differenze applicative della normativa di cui si tratta – si risolve in una disparità di mero fatto, inidonea come tale, per costante giurisprudenza di questa Corte, a fondare un giudizio di violazione del principio di eguaglianza*”), (Corte cost. n. 8 del 2006).

- La cuestión de constitucionalidad relativa a la subida del canon de locación de los inmuebles de propiedad del Estado, en virtud de la cual se mencionaban razones de oportunidad con la finalidad de remediar incoherencias y desarmonías en la normativa impugnada, junto con inconvenientes de hecho (Corte cost. n. 264 de 2005).

- La cuestión en la que la Corte, ocupándose de un supuesto relativo a la imposibilidad de conformar el colegio del Consejo de justicia administrativa de la región Sicilia, en caso de abstención u otros impedimentos de los miembros regionales ha afirmado que las dificultades denunciadas por el remitente en la formación de los colegios constituyen inconvenientes de hecho y que, como tales, no tienen trascendencia en el juicio de legitimidad constitucional (Corte cost. n. 261 de 2002).

- La cuestión de inconstitucionalidad en la que la Corte afirmó, refiriéndose a un asunto que concernía la exigüidad del plazo para la impugnación del decreto del prefecto de expulsión de los extranjeros, que la imposibilidad denunciada de obtener informaciones o disponer de un reconocimiento médico en el plazo de 10 días constituye una dificultad de hecho, no idónea para determinar un *vulnus* de constitucionalidad (Corte cost. n. 485 de 2000).

- La cuestión en la que la Corte ha observado que, en relación con la aplicabilidad de las garantías de preconstitución del juez y en particular del sistema italiano de repartición de los asuntos “por tablas” en el ordenamiento judicial militar, “eventuales praxis interpretativas que se alejen del dictado normativo no pueden considerarse para afirmar la ilegitimidad constitucional de las normas” (“*eventuali prassi interpretative che si discostino dal disegno normativo non possono essere considerate perchè si possa affermare l’illegittimità costituzionale delle norme*”) (Corte cost. n. 392 del 2000).

También pueden verse, entre muchos otros, los autos de la Corte constitucional nn: 329 de 2009; 16 del 2006; 338 de 2005; 27 de 2005; 220 de 2004; 100 de 2004; 78 de 2002; 50 de 2001; 346 del 1999.

²⁰⁰ Las omisiones legislativas pueden ser absolutas (o totales) y relativas (o parciales), formales y materiales, etc. Para un estudio detallado de este tema en relación con el control de constitucionalidad pueden verse: FERNANDEZ RODRIGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general*.

La doctrina se ha interrogado frecuentemente sobre la posibilidad de controlar (y sancionar) la inactividad del legislador, y, asimismo, sobre cuáles serían los remedios prácticos y más inmediatos ante dicha eventualidad.

Entre los autores que avalan la necesidad de ciertas formas de control, los argumentos han gravitado principalmente alrededor de la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución y su carácter normativo²⁰¹. En efecto, es evidente la importancia de establecer mecanismos que eviten que la Carta fundamental no pueda desplegar su eficacia por omisiones del legislador (en muchos casos conscientes y voluntarias). La función de la Constitución y la efectividad de sus valores terminarían perdiendo, en otro caso, su trascendencia en el ordenamiento.

Sin embargo, han sido muchos los argumentos opuestos a este primer planteamiento. Es indudable que uno de los pilares de la estructura de nuestros sistemas jurídicos reside en el reconocimiento de la libertad de conformación del legislador (como es obvio, acorde con el contenido de la Constitución), en el respeto de sus decisiones fundadas en el rol político que desempeña el legislativo en el sistema de separación de los poderes del Estado. A la vista de tal premisa, resulta difícil de partida configurar una forma de control de las omisiones legislativas que no produzca una verdadera irrupción en sus prerrogativas.

Una de las opciones consiste en reconocer que el juez ordinario pueda aplicar directamente el dictado constitucional en el caso concreto, atendiendo directamente a los intereses y a los derechos de las partes del proceso, que no tienen por qué verse perjudicados por la inactividad del legislador.

Se ha planteado también la posibilidad de permitir el control de constitucionalidad en caso de silencio del legislador; entendiendo estos mismos como omisiones eventualmente inconstitucionales, podrían en efecto llegar a enjuiciarse como objeto de un juicio de legitimidad constitucional, sea esto de naturaleza abstracta o concreta.

Derecho comparado. El caso español, Civitas, Madrid, 1998 y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

²⁰¹ Anticipando aquí algunas de las consideraciones a las que se dedican las páginas siguientes, GOMES CANOTILHO afirmó que “*la expresa previsión de la inconstitucionalidad por comportamientos omisivos del legislador es una consecuencia lógica y necesaria del carácter predominantemente prescriptivo y supremo de la Constitución*” (“*a expressa consagração da inconstitucionalidade por comportamentos omisivos do legislador é uma consequência lógica e necessária do carácter predominantemente prescriptivo e dirigente da Lei Fundamental*”), GOMES CANOTILHO, J.J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coímbra Editora, Coímbra, 1982, p. 354. Aunque el autor se refiriese al ordenamiento portugués, las mismas consideraciones pueden claramente aplicarse a los contextos analizados en este trabajo.

Pues bien, en el contexto descrito, siendo patente que en las situaciones de hecho pueden darse perjuicios en los derechos e intereses de los individuos, cabe encontrar soluciones eficaces en las sentencias interpretativas “aditivas” utilizadas por los Tribunales constitucionales. Con ellas, se proporciona directamente el contenido idóneo para remediar a la inactividad del órgano legislativo, dirigiéndose a este una advertencia (*monitos*, en italiano) por los perjuicios que se derivan de su omisión de regulación²⁰².

Pasando ahora de las consideraciones generales a un examen más atento de las peculiaridades de los dos países objeto de este trabajo, debe destacarse que el sistema de justicia constitucional italiano no prevé la posibilidad de que la Corte constitucional llegue a sancionar el legislador por sus omisiones, ni siquiera si estas ocasionan una limitación o vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución.

La Consulta ha intentado corregir en cierta medida las consecuencias de la hipótesis descrita. Lo hace con la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa, pero no en cuanto al contenido explícito de la misma, sino por referencia al que en ella queda vacío o ausente; a la parte, si se prefiere, donde concurre el déficit de regulación. Utilizando las palabras de la Corte: la norma viene declarada inconstitucional “*en la parte en la que no establece que...*”²⁰³.

De todas formas y en general, sin embargo, el juez ordinario ante el que el ciudadano solicita la tutela de un derecho previsto en Constitución no puede utilizar el instrumento del juicio en vía incidental en los casos en los que falte una ley o un acto con fuerza de ley que pueda alegarse como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

No obstante, y como ya se ha mencionado poco antes, la omisión del legislador no puede conllevar, anular o hacer inefectiva, la existencia o la tutela de un derecho. Esta circunstancia contrastaría directamente con el significado mismo de una Constitución (sobre todo con su rigidez y su fuerza normativa directa) y del constitucionalismo, a través de los cuales el Constituyente ha querido imposibilitar a la

²⁰² En la misma línea también podemos mencionar aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma pero no su nulidad, o que difieren los efectos de la declaración de nulidad en el tiempo, para dejar al legislador un periodo en el que eliminar la laguna legislativa, incluyendo muchas veces unas directrices a seguir. En estos supuestos, sin embargo, la laguna legislativa no se debe a la inactividad del legislador sino a la intervención de los Tribunales constitucionales como legislador negativo. Estos temas, referentes a la tipología de las decisiones de los Altos Tribunales, se tratarán con más detalle en el Cap. IV.

²⁰³ “... *nella parte in cui non prevede che...*”. Pueden verse, por ejemplo, las recientes sentencias de la Corte constitucional nn. 7, 64, 129 y 201 de 2016.

mayoría parlamentaria, o por lo menos obstaculizarle, en cualquier propósito asociado a la invalidación de los derechos reconocidos en la Norma Fundamental. Todo lo cual tiene recorrido argumental en nuestra tesis no solo con respecto a la forma activa de intervención del legislador (esto es, en lo que atañe a la aprobación de una ley que choque con los principios constitucionales), sino también en relación con su simple abstención (que constituye también, aunque no se explicita, una expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria).

Por lo demás, subrayaremos ahora que la jurisprudencia constitucional ha exhortado en muchas ocasiones al juez ordinario a que busque él mismo la solución y a que garantice, con ello, la tutela de los derechos fundamentales utilizando directamente los principios constitucionales. Se afirma, en efecto, que *“corresponde al juez, a través del pleno ejercicio de las facultades de interpretación de la ley y del derecho, resolver de forma conforme a la Constitución el problema que la acertada laguna interpretativa determina en ciertos casos”*²⁰⁴ o que *“en la eventual situación de insuficiencia legislativa, compete al juez buscar en el conjunto del sistema normativo la interpretación idónea para asegurar la protección de los ahora mencionados bienes constitucionales”*²⁰⁵.

Y, en efecto, han sido muchos los casos de aplicación directa de la Constitución llevada a cabo por el juez ordinario en hipótesis en las que el instrumento de la vía incidental no podía utilizarse por las razones indicadas. En Italia, en concreto, los ámbitos en los que dicha actividad del juez se ha realizado con más frecuencia han sido los relacionados con los “derechos inviolables de la persona” (art. 2 de la Constitución italiana). Pueden mencionarse como ejemplo las situaciones que conciernen a los actos de disposición del propio cuerpo, la tutela del derecho al nombre, del denominado derecho al olvido, de la privacidad, etc. De la misma forma, podemos citar el sector de la tutela constitucional del trabajo y los derechos laborales, por ejemplo en la determinación de la retribución mínima y suficiente para garantizar una vida digna, la duración de la jornada de trabajo, el derecho al descanso semanal, la posición de la mujer trabajadora o la tutela del trabajo de los menores de edad.

²⁰⁴ *“Spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina”*, Corte const. n. 11 de 1998, relativa a la sanción penal dirigida a los sujetos que se negaban al servicio militar obligatorio sin haber sido admitidos en el servicio civil sustitutivo.

²⁰⁵ *“Nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali”*, Corte const. n. 347 de 1998.

Ámbito privilegiado ha sido el de los derechos sociales y, en su seno, de forma más significativa, el del derecho a la salud. Una vez reconocida la aplicabilidad directa del art. 32 de la Constitución italiana (derecho a la salud) también en las relaciones entre individuos, se ha reconocido el denominado “daño biológico”, es decir, la responsabilidad civil y la obligación de compensar económicamente los daños patrimoniales en sentido estricto, como también todos aquellos otros daños que, por lo menos en potencia, puedan obstaculizar las actividades en las que se desarrolla la persona²⁰⁶.

A pesar de la falta de una previsión normativa específica sobre las facultad de actuación del Juez constitucional en los supuestos de omisión legislativa o inactividad del legislador (y más allá de la solución encontrada por los jueces ordinarios, es decir la aplicación directa de la Constitución) en un caso reciente parece sin embargo que la Corte constitucional haya directamente declarado la inconstitucionalidad de una omisión legislativa.

Se trata de la cuestión de inconstitucionalidad relativa al denominado “divorcio impuesto”. Una pareja de personas de sexo distinto se casó, respetando toda la normativa del caso; después de un tiempo, uno de los cónyuges pidió y obtuvo la rectificación del sexo, modificando su identidad de género. La consecuencia fue que desde aquel momento empezó a faltar dentro de la pareja en cuestión uno de los requisitos fundamentales requeridos por la normativa italiana sobre el matrimonio: la diferencia de sexo entre los cónyuge, transformando la pareja de heterosexual en homosexual.

La ley italiana prevé, para casos semejantes, la disolución automática del matrimonio. Se planteó entonces una cuestión de inconstitucionalidad en relación con dicha normativa, resolviendo la cual la Corte (sentencia n. 170 de 2014) declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4.1 de la ley 164/1982 de 14 de abril en la parte en la que no establecían que la sentencia de rectificación de la atribución del sexo de uno de los cónyuges, que provoca la disolución del matrimonio o el cese de los efectos

²⁰⁶ Para un estudio más completo de estas hipótesis, pueden verse: PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 134 y ss.; MORELLI, M. R., *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, en *Giust. civ.*, 1996, II, pp. 539 y ss.; ZAGREBELSKY, G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 109 y ss.; SENESE, S., *Relazione*, en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 28 y ss.; ONIDA, V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, IV, pp. 573 y ss.

civiles que derivan de la inscripción del matrimonio, permita igualmente, si ambos cónyuges lo pidan, mantener en vigor una relación de pareja regulada jurídicamente a través de una diferente forma de convivencia registrada que proteja de forma adecuada los derechos y las obligaciones de la pareja misma, con las modalidades que establezca el legislador.

La doctrina se ha interrogado sobre los posibles efectos, para nada obvios, de la declaración de inconstitucionalidad: según algunos autores las disposiciones objeto de la cuestión deberían aplicarse hasta la intervención del legislador que repare la omisión apreciada por la Corte, mientras que otros consideran que las mismas serían ya inaplicables²⁰⁷.

La razón de estas dudas proviene del hecho que la Corte en su motivación califica incluso como constitucionalmente necesaria la disposición declarada inconstitucional dado que la introducción de un divorcio “a petición” en los casos como éste objeto de la cuestión “*permitiría la prosecución del vínculo matrimonial entre individuos del mismo sexo, en contraste con el art. 29 Const.*”²⁰⁸.

Parece por lo tanto que, por primera vez, la Corte constitucional declare la inconstitucionalidad de una “pura y simple” omisión legislativa y no de una norma escrita. Y esta es una hipótesis, como es notorio y hemos afirmado anteriormente, no contemplada en el ordenamiento jurídico italiano y que, por ende, no tiene regulación en la normativa de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad; la declaración de inconstitucionalidad de una omisión del legislador constituye un objeto “nuevo” de la

²⁰⁷ Para conocer las distintas opiniones expresadas en doctrina sobre este tema pueden verse BIANCHI, P., *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo* y BIONDI, F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, ambos en *Quaderni cost.*, 2014; BRUNELLI, G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, www.articolo29.it, 26 de junio de 2014; DI BARI, M., *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, en *Riv. Aic, Osservatorio costituzionale*, junio de 2014; PEZZINI, B., *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, www.confronticostituzionali.it, 17 de junio de 2014 y *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, www.articolo29.it, 15 de junio de 2014; RUGGERI, A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, en *Consultaonline*, 2014; SALAZAR, C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, www.confronticostituzionali.it, 27 de junio de 2014; VERONESI, P., *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, en *Stadium Iuris*, 2014; WINKLER, M., *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci ed ombre*, www.articolo29.it, 13 de junio de 2014; ROMBOLI, R., *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, en *Foro it.*, 2014, I, pp. 2680 y ss.

²⁰⁸ “*Equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.*”, sentencia de la Corte const. n. 170 de 2014.

cuestión de inconstitucionalidad en el sistema de justicia constitucional italiana, que necesitará casi con seguridad de futuras intervenciones interpretativas por parte de la Corte constitucional o, preferentemente, del legislador.

En España, por su parte, la jurisprudencia constitucional también se ha enfrentado a supuestos de omisiones del legislador que podían suponer la vulneración de un derecho fundamental. Vamos a dar constancia de determinados casos, aunque algunos no se hayan resuelto a través de cuestiones de inconstitucionalidad.

En un asunto antiguo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo y reconoció el derecho del recurrente a que se aplazara su incorporación a filas hasta que se dictara la ley que desarrollase la previsión del art. 30.2 de la Constitución. En efecto, en el momento de plantearse el recurso de amparo (así como cuando el TC dictó la sentencia), el legislador español todavía no había proporcionado el necesario desarrollo legal a la previsión de dicho artículo de la Constitución, impidiendo de ese modo la plena aplicabilidad y eficacia del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. La solución que encontró el Juez constitucional fue la de dar directa e inmediata aplicación al dictado constitucional y considerar el derecho a la objeción de conciencia *ex art. 30.2 CE* como causa de suspensión provisional de la incorporación en el cuerpo militar²⁰⁹.

Sin embargo será en la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada con respecto a unas disposiciones de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas en relación con el régimen jurídico de la unidad familiar, y resuelta con la STC 45/1989, de 20 de febrero, cuando el Constitucional aborda por primera vez el complicado tema de los márgenes de su intervención, efectos y límites, ante omisiones del legislador generadoras de una vulneración de derechos o intereses.

El Tribunal Constitucional advirtió en ese caso la presencia de una inconstitucionalidad de la normativa, derivada de la laguna legislativa, pero afirmó, sin embargo, que la declaración de inconstitucionalidad no podía determinar esta vez

²⁰⁹ STC 15/1982, de 23 de abril. Posteriormente se presentaron otros casos de vulneración de un derecho fundamental debido a la inactividad u omisión del legislador, en el que el TC volvió a interrogarse sobre la relación entre la omisión del legislador y la aplicación directa de la Constitución. Podemos citar como ejemplo la jurisprudencia sobre los supuestos inherentes a la violación de los derechos de libertad de expresión e información por ausencia de una regulación del régimen de televisión por cable (entre otras: SSTC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril).

nulidad alguna, al faltar un contenido legislativo²¹⁰, añadiendo, no obstante, esta “advertencia” al órgano legislativo: *“le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución”*²¹¹.

También más recientemente el Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión. En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta con la STC 138/2005, de 26 de mayo, se enjuició el párrafo primero del art. 136 del Código civil (CC), por fijar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año en el que el marido puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial la fecha en que se produjo la inscripción de la filiación en el Registro Civil, siempre y cuando conociese el nacimiento del hijo. Se cuestionaba únicamente esta regla, referida, como hemos dicho, al inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria, en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. El órgano judicial que planteó la duda de constitucionalidad alegó que la regla del párrafo primero del art. 136 CC podría ser inconstitucional *“al impedir que el cómputo del plazo de caducidad de la acción se inicie cuando quien es padre por presunción legal tenga el conocimiento de hechos que le induzcan a dudar de la verdad biológica de su paternidad”*²¹². Lo que se impugnaba era, entonces, la falta de una previsión legislativa que proporcionase este diferente régimen de plazo.

²¹⁰ El TC precisó en el FJ 11 que “La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”.

²¹¹ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

²¹² STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 1.

El Alto Tribunal estimó la cuestión de inconstitucionalidad y declaró la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Tratándose de un caso de omisión del legislador, el Constitucional apreció conveniente precisar que *“no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad; así ocurre cuando «la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión» (en el mismo sentido, las SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 7; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13). En el presente caso no procede declarar la nulidad de la regla legal que concede hoy al marido la acción de impugnación de la paternidad legal, resultado éste que, sobre no reparar en nada la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del art. 136 CC, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. La declaración de nulidad de este precepto, consecuenta a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable”*.

El Constitucional, además, volvió a dirigirse al órgano legislativo, declarando que *“la inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”*²¹³.

Un supuesto resuelto por el Tribunal Constitucional en fecha verdaderamente reciente, no puede faltar en nuestro análisis por su trascendencia y sus peculiaridades. En la STC 41/2017, de 24 de abril, el órgano judicial proponente cuestiona la constitucionalidad de un precepto de la Ley 71 del Fuero Nuevo de Navarra, que establecía que solo a los hijos no matrimoniales les estaba permitido, en unos determinados supuestos tasados, ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad, no facultando por lo tanto a los progenitores a la reclamación de la filiación no matrimonial. Se trataba, evidentemente, de un caso de omisión de regulación por parte del legislador. El Tribunal Constitucional no se limitó a estimar la cuestión (aplicando su anterior doctrina sentada en la STC 273/2005, de 27 de octubre)

²¹³ STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6.

al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia y por la incompatibilidad entre la normativa enjuiciada y el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad. En efecto, el aspecto que sin duda nos interesa destacar por su importancia en relación con el tema aquí debatido, es la precisión del Tribunal Constitucional en relación con el alcance del fallo. Puede leerse en la sentencia que en este caso la declaración de inconstitucionalidad no se refiere a una enunciación normativa, sino que concierne a una falta de regulación. Por ello, la declaración de inconstitucionalidad del precepto no podrá ir acompañada de la correlativa declaración de nulidad del mismo, al tratarse de una omisión legislativa. Pero el Tribunal no se limita a estas afirmaciones: con base en dicho fundamento de omisión de regulación, concluye afirmando que el legislador dispone de un plazo de un año para aprobar una normativa que corrija la laguna legislativa²¹⁴.

Del análisis de esta abanico de casos se concluye la utilización por parte de las Cortes constitucionales de mecanismos de intervención en los supuestos de omisión de regulación por parte del legislador (bien sea aplicar directamente la Constitución, bien declarar una inconstitucionalidad por omisión e intentar modular la eficacia de la sentencia), que le permiten cumplir en su tarea de protección de los derechos fundamentales.

IV. Sigue: Las reacciones de los Tribunales constitucionales a la dificultad de garantizar un adecuado nivel de tutela de los derechos ante determinadas tipologías de leyes y actos con fuerza de ley

²¹⁴ “Por tanto, al tratarse de una omisión del legislador contraria a la Constitución que no puede ser subsanada mediante la anulación del precepto, la apreciación de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa del mismo exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática, el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial, con inclusión, en su caso, de los requisitos que se estimen pertinentes para impedir la utilización abusiva de dicha vía de determinación de la filiación, siempre dentro de límites que resulten respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En todo caso, corresponde al legislador, en el plazo de un año, dar respuesta normativa a la situación planteada”, STC 41/2017, de 24 de abril, FJ 4.

Pueden citarse muchos más ejemplos concretos en los que el Tribunal Constitucional español se ha enfrentado a esta problemática. Entre otros: STC 156/2005, de 9 de junio, en la que se resuelve un caso idéntico al de la STC 138/2005 y se aplica por lo tanto la misma doctrina; STC 273/2005, de 27 de octubre; ATC 432/2005, de 13 de diciembre; STC 52/2006, de 16 de febrero (caso análogo al planteado en la STC 273/2005 y consiguiente reiteración de doctrina); ATC 200/2007, de 27 de marzo.

1. Los decretos-leyes

Llevaremos a cabo en este punto un breve análisis sobre algunas tipologías peculiares de actos con fuerza o rango de ley que, justo en razón de sus particularidades, pueden determinar ciertas consecuencias negativas para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito del juicio en vía incidental²¹⁵.

Un primer ejemplo de esa tipología son los decretos-leyes, emanados del poder ejecutivo en ejercicio de la potestad legislativa que las constituciones le conceden bajo condiciones singulares.

La regulación de esta fuente normativa está recogida en Italia en el art. 77 de la Constitución, precepto según el cual el Gobierno puede dictar esos actos con fuerza de ley en casos de extraordinaria urgencia y necesidad. El decreto permanece en vigor por un periodo de 60 días, lapso temporal durante el que puede ser convertido en ley por el parlamento y adquirir, con ello, estabilidad. En la hipótesis contraria, si transcurre el plazo sin que se lleve a cabo la conversión, el decreto queda sin eficacia con efecto retroactivo, esto es, desde la fecha de su entrada en vigor²¹⁶.

Se han producido abusos por parte del Gobierno en el empleo del instrumento normativo, con violación de derechos fundamentales, tanto porque se ha recurrido a él también en situaciones de todo punto exentas de los caracteres de necesidad y urgencia, como por haberse dado una práctica de reiteración de decretos no convalidados con el

²¹⁵ En las páginas anteriores ya nos hemos referido a la dicción generalmente empleada por las Constituciones o sus normas de desarrollo para individualizar el posible objeto de una CI (“ley o norma con rango de ley”). En el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, encontramos por lo menos cinco tipos de normas con idéntico valor normativo (“fuerza o rango de ley”), que se diferencian principalmente en función de las modalidades de producción, de los sujetos encargados de su elaboración y aprobación y, en ciertos casos, de las competencias específicas propias de cada una: a) las leyes orgánicas; 2) las leyes ordinarias; 3) las leyes presupuestarias; 4) los Decreto-leyes; 5) los Decretos Legislativos. A esta clasificación elaborada por SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 86, nos permitimos añadir una sexta categoría de normas con rango de ley que será objeto de análisis en este trabajo: las leyes singulares.

Nos parece también oportuno precisar que no aludiremos en estas páginas a la diferenciación entre instrumentos y productos legislativos de producción estatal y fuentes normativas de las Comunidades Autónomas. Solo recordar que, claramente, también estas últimas pueden ser sujetas al control de constitucionalidad a través de la CI. Para profundizar en el tema del sistema de fuentes pueden verse, entre otros: AGUDO ZAMORA, M. (et al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016; PÉREZ ROYO, F. J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014; PÉREZ ROYO, F. J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007.

²¹⁶ Art. 77 Constitución italiana: “*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*”.

mismo tenor textual que el precedente. Por medio de esta segunda praxis, el gobierno ha llegado a redundar en una misma regulación, primero al término de los 60 días, luego al transcurrir 120 días y así sucesivamente, hasta alcanzar en algunos casos la cifra record de 29 decretos-ley reiterados²¹⁷. Ese modo de actuación, como es de ver, acababa por estabilizar una normativa, desvirtuando la previsión constitucional que la concibe con un ámbito temporal de vigencia provisional. A pesar de los profusos y clamorosos lamentos y de las reprobaciones de la doctrina²¹⁸, el legislador sólo ha intervenido de manera muy limitada²¹⁹ en el propósito de remediar los efectos negativos del abuso de los decretos de urgencia.

Bajo esas circunstancias de empleo abusivo e inactividad legislativa paliativa de la práctica enunciada, eran muchas, como es lógico, las expectativas puestas en la Corte, que, no obstante, encontraba una manifiesta dificultad de incidencia frente a esos métodos del Gobierno como consecuencia del limitado plazo de vigencia del decreto-ley, sin duda inferior al necesario para que se iniciara el procedimiento incidental descrito en estas páginas, esto es, para que un juez pudiera plantear la cuestión de inconstitucionalidad y luego la Corte decidirla antes de la expiración de los 60 días de vigencia del decreto-ley.

Debido a estas razones, durante un largo periodo de tiempo la jurisprudencia constitucional mantuvo con firmeza que, una vez intervenida la ley de convalidación, perdían relevancia y no podían formar parte del juicio de constitucionalidad las denuncias articuladas con base en la falta de legitimidad de la norma por desbordamiento de los límites de la potestad del Gobierno en la adopción de decretos-leyes. De otro lado, si se constataba en el momento del juicio constitucional que el decreto-ley impugnado no había sido convalidado en plazo, la cuestión devenía

²¹⁷ Sobre este caso emblemático, entre otros estudios, puede verse PISANESCHI, A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 157.

²¹⁸ Entre otros: CELOTTO, A., *L'«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; SIMONCINI, A. (Coord.), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006.

²¹⁹ La intervención legislativa más importante viene representada por la ley 400 de 1988, en cuyo art. 15 establece una serie de límites a la posible utilización del decreto-ley (art. 15.2 y 3, l. 400/1988: “2. *Il governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione; c) rinnovare le disposizioni di decreti legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento. 3. I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*”). El instrumento utilizado (un acto con fuerza de ley dotado por tanto de la misma fuerza jurídica que el decreto-ley) ha producido que la intervención normativa devenga poco eficaz.

manifiestamente inadmisibile, al haber perdido eficacia el decreto-ley desde el inicio, como se dijo, y resultando la cuestión, por tanto, privada de su objeto.

La susodicha limitación, que derivaba de los tiempos de vigencia del decreto-ley, parecía insuperable hasta que, en el 1995, en ocasión un pronunciamiento que decidía una duda de constitucionalidad planteada en vía principal, la Corte constitucional afirmó que los presupuestos de necesidad y urgencia constituyen unos requisitos de validez constitucional de esta fuente normativa. Declaró, en efecto, la Consulta que *“la eventual y evidente falta de este presupuesto configura tanto un vicio de legitimidad constitucional del decreto-ley, en los supuestos en que sea adoptado fuera del ámbito de las posibilidades de aplicación constitucionalmente previstas, como un vicio in procedendo de la propia ley de convalidación, habiendo esta última, en el caso contemplado, valorado erróneamente la existencia de los presupuestos de validez en realidad inexistentes y, por tanto, habiendo convertido la ley en un acto que no podía ser legítimo objeto de convalidación. Por ello, no existe preclusión alguna para que la Corte pueda proceder al examen del decreto-ley y/o la ley de convalidación bajo la premisa del respeto a los requisitos de validez constitucionales relativos a la preexistencia de los presupuestos de necesidad y urgencia, desde el momento en que el examen correlativo de las cámaras en sede de convalidación comporta una valoración completamente diversa y, precisamente, de tipo esencialmente político, sea con relación al contenido de la decisión, sea con relación a los efectos de la misma”*²²⁰.

Gracias a estas afirmaciones, se convirtió en “real” la posibilidad de que la Corte controlara la constitucionalidad de un decreto-ley por un déficit en los presupuestos de urgencia y necesidad, pues ya no constituía un obstáculo la circunstancia de que el mismo se convirtiera, mientras tanto, en una ley.

Esta ocasión, en la que muchos confiaron, no se realizó en la práctica, en razón de unas sucesivas puntualizaciones por parte de la Corte que elaboró, en vía

²²⁰ *“L'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa”, Sentencia de la Corte const. n. 29 de 1995.*

jurisprudencial, la teoría de la existencia de dos diferentes tipologías de vicios que derivaban de la falta del requisito de la necesidad y urgencia.

Solo si esa falta hubiera sido “evidente”, la Consulta habría podido intervenir en el control de legitimidad constitucional del decreto-ley. En los supuestos de falta “simple”, sin embargo, el vicio no podía determinar la declaración de inconstitucionalidad de la fuente legislativa, pues se refería a las relaciones de responsabilidad entre el Gobierno y el Parlamento²²¹.

Lo dicho explica, después de la inesperada apertura de 1995, el porque de la decepción debida a la completa inactividad de la Corte en el control de constitucionalidad de los decretos-leyes. En los años sucesivos, en efecto, el Gobierno siguió aprobando estas normas sin respetar los requisitos de necesidad y urgencia y sin que se emitiera ninguna declaración de inconstitucionalidad.

Trascurridos más de 10 años, cuando ya parecían perdidas todas esperanzas, la Corte ha por fin emitido la primera declaración de inconstitucionalidad de un decreto-ley por falta de los requisitos de necesidad y urgencia, que en aquella ocasión apareció como “evidente”²²². Se habló al respecto de una sentencia “histórica”²²³.

El año siguiente la Consulta declaró la inconstitucionalidad de otro decreto-ley por las mismas razones, que constituye al día de hoy la última de este tipo²²⁴.

No exige un esfuerzo sobresaliente concluir que la circunstancia de que la Corte constitucional controle la presencia de los requisitos de urgencia y necesidad del decreto-ley, dentro de los límites antes señalados, otorga una tutela relevante frente a las

²²¹ Afirma la Corte que “*la eventual y evidente falta de este presupuesto configura [...] un defecto de legitimidad constitucional*”, y exige para la aceptación de las quejas, no sólo la simple ausencia de los presupuestos constitucionales, sino su “*falta evidente*”. Véanse, a este respecto, las sentencias n. 398 de 1998, n. 330 de 1996 y n. 270 de 1996, en las que este concepto se expresa en distintas formas.

²²² Sentencia de la Corte const. n. 171 de 2007. El objeto de la cuestión fue un decreto-ley, cuya justificación respecto de la necesidad y urgencia se refería a determinados problemas de gestión financiera de los entes locales. Sin embargo, en el mismo se incluyó una disposición (impugnada a través del juicio incidental en examen) sobre las causas de inelegibilidad de los alcaldes, evidentemente extraña al contenido del decreto y por ende a las razones de necesidad y urgencia. La Corte declaró la inconstitucionalidad de dicho precepto.

En doctrina véanse: ROMBOLI, R., *Il controllo della decretazione d'urgenza da parte della Corte costituzionale: dal biennio 1995-96 a quello 2007-08 e una postilla sull'utilizzo del decreto legge nella vicenda Englaro*, en PANIZZA, S., ROMBOLI, R. (Coords.), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 269 y ss. y los autores ahí citados.

²²³ ROMBOLI, R., *Una sentenza “storica”: la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, en *Foro it.*, 2007, p. 1985.

²²⁴ Sentencia de la Corte const. n. 128 de 2008, respecto de un decreto-ley que contenía disposiciones urgentes en materia financiera y tributaria y en el que se incluía una previsión que disponía la expropiación del teatro Petruzzelli de Bari, encargándose al Prefecto la determinación de la indemnización en favor de los propietarios.

posibles violaciones de los derechos del ciudadano ocasionadas por el uso de esa normativa de urgencia.

Del examen de la jurisprudencia constitucional resulta otro elemento de crítica en cuanto a la utilización de este instrumento, al que ya hemos hecho referencia poco antes. En concreto, decíamos que la reiteración de decretos-ley no convalidados con el mismo texto -a pesar de las diferencias formales entre ellos: cada uno, obviamente, con fecha y número distintos- implicaba que una misma regulación, repetida de manera idéntica en varios textos normativos sucesivos, acabara por adquirir estabilidad.

La consecuencia práctica en lo que aquí interesa, ya antes destacada, residía en que una eventual violación de un derecho fundamental, a través de una disposición contenida en un decreto-ley reiterado con el mismo tenor que otro anterior, no resultaba sancionable por parte de la Corte constitucional, dado que, impugnada la disposición contenida en el decreto, cuando aquella era llamada a decidir resultaba estar ya en vigor la misma regulación pero en un decreto diferente, sucesivo, con la consecuencia de que la cuestión debía declararse inadmisibile.

A este problema también le ha puesto remedio la Corte constitucional con una decisión de 1996, mediante la cual ha introducido un expediente técnico denominado “efecto transferencia” (en italiano, *“l’effetto trasferimento”*). La Corte, afirmando la función instrumental de la norma, llega a la conclusión de que *“la norma contenida en un acto con fuerza de ley vigente en el momento en el que la existencia en el ordenamiento de la misma norma era relevante a efectos de una actuación útil de la Corte, pero que ya no esté en vigor en el momento en el que la misma se pronuncia, continua siendo objeto del solicitado escrutinio de la Corte, si aquella norma permanece aún en el ordenamiento, con referencia al mismo espacio temporal relevante a efectos del juicio, ya que se encuentra reproducida en su expresión textual o en su identidad normativa sustancial en otra disposición posterior, sobre la cual habrá de referirse el pronunciamiento”*²²⁵.

De ese modo, interviene directamente en la praxis de la reiteración del decreto-ley que emplea el mismo tenor textual, declarando la inconstitucionalidad del mismo,

²²⁵ *“La norma contenuta in un atto avente forza di legge vigente al momento in cui l’esistenza nell’ordinamento della norma stessa è rilevante ai fini di una utile investitura della corte, ma non più in vigore nel momento in cui essa rende la sua pronuncia, continua ad essere oggetto dello scrutinio alla corte stessa demandato quando quella medesima norma permanga tuttora nell’ordinamento, con riferimento allo stesso spazio temporale rilevante per il giudizio, perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva, alla quale dunque dovrà riferirsi la pronuncia”*, Sentencia de la Corte const. n. 84 de 1996.

toda vez que, por violarse el carácter necesariamente provisional del decreto, se aprecia que se ha soslayado el plazo perentorio e infranqueable de 60 días fijado en la Constitución, estabilizando y prolongando las razones extraordinarias establecidas como fundamento de las condiciones de urgencia y necesidad del decreto-ley originario²²⁶. Con ello, se pone el acento en el carácter provisional del decreto-ley, declarándose la inconstitucionalidad de la reiteración que supone una prórroga ilegítima de la eficacia de un acto que no puede durar, sea como fuere, más de 60 días.

La declaración de inconstitucionalidad del fenómeno de la reiteración de los decretos-leyes no excluye en absoluto la posibilidad de que el Gobierno pueda presentar, tras la expiración de un decreto-ley por caducidad de su plazo, uno ulterior sobre la misma materia, mas esa práctica queda condicionada a que este último sea verdaderamente nuevo en contraste con el ya caducado. Y un decreto-ley, a juicio de la Corte, puede ser considerado “nuevo” respecto del precedente siempre que, alternativamente, concurra alguna de estas condiciones: que se fundamente en motivos autónomos, nuevos (siempre extraordinarios) y sobrevenidos de urgencia y necesidad, los cuales no pueden ser reconducidos al mero hecho de la falta de convalidación del decreto precedente, o, en segundo lugar, que estuviera caracterizado por contenidos normativos sustancialmente diversos.

Como es notorio, el sistema de justicia constitucional previsto por la Constitución española de 1978 introduce entre los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley un recurso directo (para el que están legitimados solo determinados sujetos) en orden a la verificación de la constitucionalidad de las normas con rango de ley. El denominado recurso de inconstitucionalidad va así a sumarse a la cuestión de inconstitucionalidad entre los instrumentos que, *a posteriori* de su aprobación, permiten la depuración del ordenamiento jurídico de leyes contrarias a la Constitución²²⁷.

Por este motivo, de modo diferente a lo que Italia acontece (donde la doctrina de la Corte constitucional se ha tenido que desarrollar principalmente, según se ha visto, a través del juicio en vía incidental), en España ha sido más frecuente el control de

²²⁶ Sentencia de la Corte const. n. 360 de 1996.

²²⁷ Art. 161.1 a) CE: “*El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada*”.

constitucionalidad de los decretos-leyes por el cauce del recurso de inconstitucionalidad.

En España no se ha presentado el problema italiano de la reiteración de los decretos-ley, por lo que los pronunciamientos constitucionales se han centrado en esencia en el respeto gubernamental de los requisitos que debe cumplir una regulación por medio de ese instrumento, en los términos que recoge el art. 86 CE²²⁸.

En el específico, SOSPEDRA NAVAS²²⁹ identifica tres bloques problemáticos sobre los que el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina: 1) la necesaria presencia de los presupuestos habilitantes enunciados en el apartado primero del art. 86 CE, es decir, que el Gobierno promulgue un decreto-ley únicamente en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad; 2) que el contenido del Decreto-ley respete las limitaciones materiales previstas en el mismo apartado ahora mencionado y que por lo tanto no afecte “*al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*”; 3) que no se incumpla el plazo de vigencia del decreto-Ley (manifestación de su ineludible naturaleza provisional) y los procedimientos para su convalidación establecidos en los apartados dos y tres del mismo artículo²³⁰.

²²⁸ Art. 86 CE: “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

Entre varios, citamos dos trabajos que han analizado en el detalle esta temática: ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, y MARTÍN REBOLLO, L., *Uso y abuso del Decreto-ley: Un análisis empírico*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 665-731.

²²⁹ SOSPEDRA NAVAS, F. JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 91-92. En las páginas sucesivas, el autor desarrolla más detenidamente cada uno de los bloques, citando jurisprudencia constitucional dictada principalmente para resolver recursos de inconstitucionalidad.

²³⁰ En España no existe un único procedimiento de convalidación del Decreto-Ley, como en Italia. La doctrina y la jurisprudencia españolas interpretaron el dictado constitucional en el sentido de que existen dos posibilidades distintas de convalidación, una directa e inmediata llevada a cabo por el Congreso (que no produce ninguna modificación ni en el texto ni en la naturaleza del Decreto-Ley, art. 86.2 CE), y otra que pasara por un debate parlamentario, tramitando aquel en forma de proyecto de Ley, y que terminara con la aprobación de una ley que reprodujera el contenido del decreto, en este caso con la posibilidad de añadir modificaciones al mismo (art. 86.3 CE).

Estos mismos nudos problemáticos han sido objeto de algunas sentencias recientes del Tribunal Constitucional dictadas en cuestiones de inconstitucionalidad. Aquel, en efecto, en ocasión de casos concretos, ha podido perfilar los contenidos asociados a los requisitos que la Constitución exige a ese instrumento normativo.

En la STC 243/2015, de 30 de noviembre (que examinó la constitucionalidad del precepto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, que suprimía la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para el personal laboral del sector público), el Tribunal afirmó, en el juicio de “necesidad” de la intervención legislativa del Gobierno, que las explicaciones proporcionadas por éste para justificar la utilización del decreto-ley no habían sido imprecisas, rituales, estereotipadas, retóricas, apodícticas o generales, ni servían a cualquier propósito o finalidad, sino que, de forma específica, contrastaban una situación de efectiva necesidad²³¹.

El análisis del Constitucional proseguía entonces con lo relativo a la condición de la “urgencia” en la aprobación de estas medidas. En opinión del Tribunal, el Gobierno también habría justificado adecuadamente ese elemento, habilitando con ello su intervención legislativa, al no ser su explicación irracional, arbitraria, apodíctica ni estereotipada, ni tampoco omisiva de las exigencias que le impone el art. 86.1 CE para hacer uso de su potestad legislativa²³².

²³¹ “El Gobierno ha justificado de manera expresa, concreta, detallada y razonada la necesidad de emplear en este caso la potestad legislativa provisional y de urgencia que le reconoce el art. 86.1 CE ... Esas explicaciones, antes transcritas, no son imprecisas, rituales, estereotipadas, retóricas, apodícticas o generales, ni sirven a cualquier propósito o finalidad, como apreciamos en los casos de las SSTC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10) y 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7). Al contrario, parten de una situación de recesión y crisis económica y financiera que es real y conocida; notoria, incluso, según ya advertimos en la STC 182/2013, de 23 de octubre, FJ 6 d); y también de unos compromisos internacionales que son igualmente conocidos [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, FFJJ 2 y 3 a)]. Y con ese punto de partida justifican —desde la legítima perspectiva del Gobierno, único órgano al que la Constitución atribuye la potestad de dirigir la política económica, art. 97 CE— una serie de medidas dirigidas a reducir el déficit público, objetivo inmediato de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea (arts. 93 CE y 126 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) e instrumento además para alcanzar el fin (político) de la recuperación, por la doble vía del incremento de los ingresos públicos y reducción del gasto público”, STC 243/2015, de 30 de noviembre, FJ 3.

²³² “La urgencia de la reacción legislativa se justifica por el Gobierno, además de en los pasajes ya transcritos, en los apartados II y IX de la exposición de motivos del Real Decreto-ley. En el apartado II explica la necesidad de una reacción inminente en los siguientes términos: ‘[s]e trata por tanto de acometer una serie de reformas cuya necesidad es extraordinaria, dada la propia naturaleza de esta crisis y efectos sobre la economía, el mercado de trabajo y las finanzas españolas, y urgente por la celeridad con que se deben acometer las reformas estructurales en nuestro sistema de empleo público que contribuya a reforzar tanto la garantía de cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de gasto público y déficit como la mejora de la eficiencia, productividad y competitividad de nuestra economía’. Y en el apartado IX continúa incidiendo en la misma idea afirmando que ‘[e]n las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como premisa para recurrir a

Por último el Tribunal, siempre en el FJ 3 de esta Sentencia, aborda “*la conexión de sentido de las medidas aprobadas con la situación de ‘extraordinaria y urgente necesidad’ que se trata de atender o corregir a través del Real Decreto-ley*” en cuestión, calificando de “evidente” dicho vínculo o nexo.

Pero las reflexiones que nos parecen sin duda más interesantes y útiles al objeto de este trabajo son aquellas, incluidas en el FJ 4 de la misma Sentencia, que describen con claridad la función institucional del Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de los decretos-leyes, y sobre todo las referidas a los límites a esta potestad. Afirma el Tribunal, en efecto, que el juicio de legitimidad constitucional que tiene encomendado según la Constitución alcanza el control de los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad en la actividad del Gobierno *ex art. 86 CE*. Sin embargo, “*en esa labor de control este Tribunal no puede ‘traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad [e] inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático’ (loc. cit.), doctrina que es predicable no solo respecto al carácter extraordinario de la situación, sino también de su condición de ‘urgente’. Ya hemos tenido ocasión de recordar además (fundamento jurídico 2) que ‘el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno’ (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3)*”.

Concluye entonces el Constitucional que “[p]or consiguiente, basta con que la actuación del Gobierno (su opción por el ejercicio de esta potestad que la Constitución le confiere) no sea arbitraria ni abusiva para que este Tribunal deba respetar el ejercicio de esa potestad, pues no es misión de este órgano jurisdiccional seleccionar la alternativa más correcta o idónea de entre las varias que pueden ofrecerse al Gobierno para subvenir a una concreta situación, sino que la labor de este Tribunal es más

esta figura del real decreto-ley. Como se ha expuesto, la actual coyuntura económica y la inexcusable necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria, hacen necesario que las medidas expuestas se aprueben con la máxima urgencia, con pleno respeto al marco constitucional y al establecido por la Unión Europea’. Pues bien, desde el limitado punto de vista de este Tribunal, que es jurídico y no político, no puede decirse que esa explicación sea irracional, arbitraria, apodíctica ni estereotipada, ni que el Gobierno haya incumplido u omitido las exigencias que le impone el art. 86.1 CE para hacer uso de su potestad legislativa. Además, sobre la urgencia de las reformas para reducir el déficit público excesivo apreciado por las instituciones comunitarias en el actual contexto de crisis económicas nos hemos pronunciado ya, reconociendo su existencia, en los AATC 179/2011, FJ 6, y 180/2011, FJ 6”, STC 243/2015, de 30 de noviembre, FJ 3.

limitada y se ciñe a efectuar un ‘control negativo’ de esas alternativas (así, para los diferentes procedimientos legislativos, STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 10)”.

Por lo que concierne a otro requisito formal -la previsión en España de un lapso de tiempo de vigencia aún más breve que el italiano (30 días desde la promulgación)-, se advierte que habría podido claramente imposibilitar el control de constitucionalidad del contenido de estas normas con rango de ley, con el consecuente menoscabo de la tutela de los derechos e intereses de los individuos, más cuando el Tribunal Constitucional ha tenido la tendencia, desde sus primeros pronunciamientos, a admitir una cierta flexibilidad en el control de la subsistencia de los requisitos impuestos por el art. 86 CE²³³. Sin embargo esta preocupación quedó disipada gracias a la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional españolas que, como las italianas, afirmaron la “transmisión” de los vicios de inconstitucionalidad de los decretos-leyes a los decretos convalidados o a las leyes de conversión de estos.

En efecto, la conversión de un decreto-ley, ya a través del procedimiento *ex art.* 86.2 CE, ya del art. 86.3 CE, no produce la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión, que sigue siendo relevante para la resolución del caso concreto que originó el proceso constitucional. Y, además, la comprobación de la inobservancia de uno de los requisitos del art. 86 CE constituye un defecto insubsanable, tanto en el caso de convalidación simple del decreto, como también si fuera tramitado y aprobado como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, comportando así la inconstitucionalidad del texto eventualmente convalidado²³⁴.

²³³ Además de cuanto ya se ha reproducido (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5) en relación al control exclusivamente negativo (y externo) del Tribunal Constitucional, véanse sobre el tema de la flexibilidad de estos mismos controles los fundamentos jurídicos 4, 5 y 7 de la STC 6/1983, de 4 de febrero, entre otras.

²³⁴ Así se afirma en el FJ 2 de la STC 155/2005, de 9 de junio, cuyas consideraciones reproducimos a continuación, conscientes de su importancia: “*Con carácter previo al examen de fondo, y anticipando el juicio que ha de merecer alguna de las cuestiones que acompañan a la principal, es preciso despejar posibles dudas acerca de una eventual desaparición sobrevenida del objeto del [presente] recurso de inconstitucionalidad [...]. Tales dudas pudieran venir motivadas por la conjunción de dos circunstancias: De un lado, la conversión del Real Decreto-ley 14/1998 en la Ley 13/1999 por la vía del art. 86.3 CE; de otro, y por lo que hace particularmente a los respectivos arts. 3 del Real Decreto- ley y de la Ley de conversión, el hecho de que la ratificación de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI que ahí se autoriza haya sido también autorizada por las Cortes Generales mediante el procedimiento previsto en los arts. 94.1 d) y 74.2 de la Constitución*”.

Sigue el Tribunal con la consideración que, en realidad, ninguno de los hechos ahí mencionados impide un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley objeto de enjuiciamiento en el recurso de inconstitucionalidad que estamos analizando, pues siempre se ha sostenido en la doctrina constitucional que “*es algo fuera de duda*” que “*el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3*”, pues el interés constitucional “*de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del art. 86.1 ... no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del art. 86.3*”, ya que si

En otra ocasión anterior el Tribunal Constitucional se pronunció de forma muy parecida a la que acabamos de describir en relación con los presupuestos habilitantes “facticos” o formales. Pero además, al resolver esta distinta cuestión de inconstitucionalidad (STC 83/2014, de 29 de mayo), se pronunció asimismo sobre los requisitos materiales del art. 86.1 CE. El órgano judicial que elevaba la cuestión aducía que un artículo del Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de

bien “*podiera [...] pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida ... al Decreto-ley, ... esto no es así, pues ... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del art. 86.3*” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 3; en el mismo sentido, más recientemente, STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 1)”. Las razones que fundamentan dichas afirmaciones son claras, ya que según el TC: “*Así, por más que la Ley 13/1999 haya derogado tácitamente al Real Decreto-ley 14/1998, el enjuiciamiento constitucional de este último es cuestión cuyo interés va más allá de la vigencia de sus preceptos, pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el art. 86 establece específicamente para la emisión de decretos-leyes. La Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el decreto-ley y su convalidación o su conversión en ley, esto es, en un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse*”. Y termina el Alto Tribunal fundamentando la pervivencia del objeto del recurso, a las que ya hicimos ya referencia, “*Las mismas razones descartan la desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación del art. 3 del Real Decreto-ley 14/1998 y del correspondiente de la Ley 13/1999. La autorización concedida por las Cortes Generales para ratificar la enmienda referida en aquel precepto no altera el hecho de que el Real Decreto-ley 14/1998 acordó una autorización idéntica, y el interés constitucional en la garantía de la sujeción del legislador de urgencia a los límites de la Constitución es asunto que en nada puede verse perjudicado por el hecho de que lo acordado acaso inconstitucionalmente en la norma impugnada se haya acordado también por cauces y procedimientos cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda. Asimismo, en la medida en que los actores entienden que la autorización de las Cortes Generales sólo puede dispensarse por la vía de los arts. 94.1 y 74.2 CE, y nunca por medio de ley formal, es claro que el hecho de que se hayan sucedido autorizaciones de igual contenido acordadas por uno y otro procedimientos no hace sino confirmar la existencia de un problema constitucional que nos cumple resolver*”.

Es posible encontrar consideraciones de este estilo en sentencias más recientes, véanse las SSTC 197/2015, de 24 de septiembre, FJ 2 a); 96/2014, de 12 de junio, FJ 2; 39/2013, de 14 de febrero, FJ 3; 1/2012, de 13 de enero, FJ 4; 68/2007, de 28 de marzo, FJ 4; 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 2, todas ellas recaídas en recursos de inconstitucionalidad.

Nos importa precisar que se trata de una doctrina más reciente, dado que en las primeras SSTC el Constitucional se había pronunciado a favor de la subsanación de los vicios de inconstitucionalidad en el caso en el que el Decreto-Ley se convalidara por el procedimiento *ex art.* 86.3 CE: “*Debemos recordar la doctrina establecida ya en nuestra Sentencia de 31 de mayo de 1982 («Boletín Oficial del Estado» núm. 53 de 28 de junio). La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un Decreto-ley no produce una sanción del mismo, si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación, pues la «sanción» sólo podría producirse mediante su transformación en Ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria. Lo que el art. 86.2 de la Constitución llama «convalidación» es más genuinamente una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino*” (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5).

CORZO SOSA, en su monografía publicada en 1998, reproducía una posición doctrinal más cercana a la jurisprudencia constitucional antigua, diferenciando entre el control de constitucionalidad de un decreto-ley convertido a través del mecanismo del apartado 2 o del apartado 3 del art. 86 CE, CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., pp. 360 y ss.

contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos, era contrario al dictado constitucional porque la norma cuestionada introducía una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria (deducción de los márgenes de las oficinas de farmacia), regulando una materia que la Constitución excluye del ámbito del Decreto-ley. En concreto, la duda se refería a la posibilidad de que la norma de urgencia afectara “*de manera prohibida, a alguno de «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» (art. 86.1 CE)*”²³⁵.

El Constitucional expresó entonces sus consideraciones sobre la interpretación del límite material previsto en Constitución, afirmando que la valoración de la “afectación” de un derecho, deber o libertad *ex* Título I de la CE por un decreto-ley exige “*tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate*”. Añadía después que hay que considerar vulnerado el art. 86.1 CE cuando se lleve a cabo “*cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario*”. Y, por lo demás, ocupándose del supuesto concreto objeto del juicio de constitucionalidad (en el que el juez *a quo* estimaba que el Gobierno había utilizado la norma para regular un derecho asociado al art. 31 CE, materia vedada al decreto-Ley según el art. 86.1 CE), declaró que “*cuando el art. 86.1 CE excluye del ámbito del decreto-ley las materias que afecten a los deberes consagrados en el título I de la Constitución, únicamente está impidiendo aquellas intervenciones o innovaciones normativas que afecten, no de cualquier manera, sino de forma relevante o sustancial, al deber constitucional de «todos» de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*”. El TC terminó su examen declarando que el contenido del decreto-ley a examen no vulneraba los principios de capacidad económica y de no confiscatoriedad previstos en el art. 31.1 CE, pues la misma sentencia había negado en los fundamentos jurídicos anteriores la naturaleza tributaria de la prestación establecida en el decreto impugnado.

²³⁵ STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5.

2. Las leyes singulares

Otra tipología de fuente que presenta aspectos interesantes en relación con el tema de esta tesis es la de las leyes singulares.

Sobre el tema del control de constitucionalidad²³⁶, la Corte constitucional italiana ha expuesto las condiciones necesarias para que una ley pueda incluirse en esta categoría: pueden definirse como leyes singulares las que contengan disposiciones dirigidas a destinatarios determinados o produzcan efectos únicamente sobre un número limitado de sujetos, y que tienen un contenido específico y concreto, también si están inspiradas por exigencias peculiares y se caracterizan por disciplinar a través del instrumento legislativo la regulación de objetos y materias que normalmente son regulados por la Autoridad administrativa. El Juez constitucional ha afirmado además la compatibilidad de las leyes singulares con el ordenamiento jurídico y con el sistema de fuentes establecidos en la Constitución, dado que ninguna disposición constitucional reconoce una reserva normativa a los órganos administrativos o ejecutivos de los actos con contenido específico y singular²³⁷.

La Corte se ha pronunciado, igualmente, sobre los límites de razonabilidad y no arbitrariedad de esa tipología de normas, declarando que tienen que estar sujetas a un riguroso juicio de legitimidad constitucional con el fin de evitar el peligro de disparidad de tratamiento que es propio de las previsiones particulares y derogatorias. A ello se añade una precisión adicional: que dicho juicio tiene que ser aún más estricto cuanto más crezca el grado de “singularidad” del acto legislativo objeto del control. En suma, la legitimidad constitucional de las leyes singulares tiene que valorarse por referencia a su contenido específico, y deben así resultar evidentes tanto los criterios que han inspirado la elección del legislador como las necesidades que justifican semejante actuación por su parte, además de las modalidades a través de las cuales la ley singular se ejecute²³⁸.

²³⁶ A este respecto, en doctrina, v. PACE, A., *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, en *Giur. cost.*, 2010, p. 3748; SERENO, G., *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, *ivi*, 2012, p. 1591; MANFRELLOTTI, R., *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, en *Giur. cost.*, 2010, p. 3740; CARDONE, A., *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, pp. 377 y ss.

²³⁷ Sentencias de la Corte const. n. 48 y n. 270 de 2010; n. 61 de 2012; n. 275 de 2013.

²³⁸ Sentencias de la Corte const. n. 429 de 2002, n. 267 de 2007, n. 288 de 2008, n. 289 de 2010, n. 275 de 2013.

Con posterioridad, la Corte ha sentado que la posibilidad de que la ley ordinaria discipline aspectos y situaciones habitualmente reguladas por la Autoridad administrativa no determina un *vulnus* del derecho de defensa del individuo con respecto a los efectos singulares del acto normativo, dado que la posición subjetiva del mismo, aunque no encuentre una tutela adecuada ante el juez administrativo, conseguirá la misma en la jurisdicción constitucional²³⁹.

Aunque en España haya quien considere esas normas singulares una “desnaturalización de la ley”²⁴⁰, el Tribunal Constitucional ha confirmado la naturaleza legislativa de estos productos normativos, que se dictan para un supuesto de hecho específico y agotan su contenido con su inmediata ejecución. Sin embargo, como veremos a continuación a través del análisis de un caso muy reciente, el juicio de constitucionalidad de estas leyes tiene unas características peculiares, justo en razón de la especificidad de su objeto.

También el Juez constitucional español ha proporcionado una definición de las leyes singulares para poder identificarlas a la hora de proceder al control de legitimidad constitucional²⁴¹, a saber, aquellas “*dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular*”²⁴², que tienen un destinatario único y que son susceptibles de aplicarse una vez (es decir que son “autoaplicativas”). O dicho con las palabras del Tribunal: aquellos actos normativos que agotan “*su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro*”²⁴³.

Puede resultar ilustrativo analizar las características distintivas del control de constitucionalidad de las leyes singulares atendiendo a un caso muy reciente, resuelto en la STC 122/2016, de 23 de junio. En este supuesto se dudaba de la constitucionalidad de

²³⁹ Sentencias de la Corte const. n. 241 de 2008 y n. 85 de 2013.

²⁴⁰ SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 83 y ss.

²⁴¹ La doctrina también se ha ocupado de este tema, proporcionando definiciones y clasificaciones de las leyes singulares. Entre los diferentes trabajos, pueden mencionarse: MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, y del mismo autor, *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 291-321; ARIÑO ORTIZ, G., *Leyes singulares, leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública*, n. 118, enero-abril, 1989, pp. 57-101.

²⁴² Entre otras pueden verse las SSTC 203/2013, de 5 de diciembre, FJ 3 y 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 3.

²⁴³ STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10.

un precepto de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública, que dejaba sin efecto los procedimientos de concurso para la adjudicación de concesiones administrativas referidas a la ocupación y explotación de instalaciones náutico-deportivas pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor de la Ley²⁴⁴. El Tribunal Constitucional comienza su construcción afirmando que el legislador tiene la posibilidad de aprobar normas referidas a supuestos únicos, o dirigidas a sujetos específicos, si bien, en estos casos, añade, será preciso que el control de constitucionalidad compruebe que no se ha generado una desigualdad arbitraria o injustificada.

Por tanto, el juicio que tiene que llevar a cabo el Tribunal se dirige a determinar *“si tal norma establece una desigualdad arbitraria (entre otras, SSTC 166/1986, FJ 11, y 129/2013, FJ 4), lo que obliga a un análisis material de la misma (por todas, STC 233/2015, FJ 15). Ello supone que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido; en su virtud, la ley singular debe responder a una situación excepcional, cuyo canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta (SSTC 166/1986, FJ 11; 231/2015, FJ 3, y 233/2015, FJ 15)”*²⁴⁵.

En definitiva, se trata de un juicio que contrasta la posible arbitrariedad de la ley, el respeto de un canon de razonabilidad y la existencia de una justificación objetiva que aporte una finalidad constitucionalmente lícita para la aprobación de una ley singular. Sin embargo, no tarda en añadir el ingrediente de la “prudencia” en su control, que no puede provocar –declara- constricciones indebidas al poder legislativo, pues deben respetarse sus opciones políticas también en esos terrenos de la ley singular o singularidad normativa, al ser expresión de la voluntad popular como las demás leyes. Por consiguiente, el examen del Tribunal *“no puede entrañar un juicio de intenciones políticas”*, aunque *“esto no significa que deba desplegarse exclusivamente en el plano meramente formal, prescindiendo del contexto en el que se ha dictado el precepto*

²⁴⁴ La misma sentencia precisa que se trata de un caso peculiar incluso dentro de los casos de control de constitucionalidad de las leyes singulares. En efecto, a diferencia de la mayoría de los supuestos en los que la ley enjuiciada se identificaba de manera directa como formalmente singular y autoaplicativa, en este caso la regulación objeto de la CI estaba formulada en términos generales. Sin embargo, el Tribunal afirmó que la misma constituía en realidad una regulación singular y autoaplicativa, al ocuparse *de facto* del único procedimiento de concurso que estaba pendiente de resolución a fecha de su entrada en vigor, de manera que sólo a este podía aplicarse.

²⁴⁵ STC 122/2016, de 23 de junio, FJ 4.

*cuestionado, que resulta esencial para valorar si dicha finalidad concurre realmente o no*²⁴⁶.

La Sentencia en cuestión declara la inconstitucionalidad de la ley singular. En este caso porque el precepto impugnado constituía una regulación singular y autoaplicativa que establecía una desigualdad arbitraria, ya que no superaba el canon constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. El Tribunal llega a esta conclusión por dos razones. En primer lugar, porque el único procedimiento de concurso pendiente de resolución a la fecha de entrada en vigor de la ley era el referido a la adjudicación de la concesión administrativa de la explotación del puerto deportivo de Andratx. En dicho procedimiento, la sociedad demandante en el proceso *a quo* obtuvo la mejor puntuación, mientras que la empresa que había sido titular de la concesión anteriormente quedó situada en tercer lugar, resultando que, tras la aprobación del precepto impugnado, el concurso quedó sin efecto y, en virtud de la nueva Ley de puertos de las Illes Balears, la antigua concesionaria obtuvo una nueva concesión por un plazo de 30 años, razón por la que la sentencia afirma que no existieron motivos objetivos que justificasen la medida tomada por el legislador balear. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional constata que el precepto impugnado no supera el juicio de necesidad propio de la proporcionalidad, habida cuenta que la supuesta finalidad perseguida por la norma —paralizar cualquier concesión que pudiera retrasar la vigencia de la nueva legislación de puertos balear— podría haberse obtenido por otros medios ordinarios a disposición de la Administración.

Aunque, como hemos podido dejar claro a través de este ejemplo, el Constitucional pueda garantizar el control de constitucionalidad de las leyes singulares, deberá destacarse que un acto normativo de tal naturaleza puede crear (y en algunas ocasiones ha creado) situaciones lesivas de los derechos y los intereses de los individuos. Nos referimos por ejemplo a casos en los que el juez ordinario no plantea la cuestión de inconstitucionalidad (tratándose de leyes autoaplicativas, los sujetos destinatarios de las medidas contenidas en este acto normativo no tienen la posibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios para que se valore la posible vulneración de sus derechos). Por esta causa, MONTILLA MARTOS defendía la necesidad de configurar

²⁴⁶ STC 122/2016, de 23 de junio, FJ 5.

un recurso directo ante el Tribunal Constitucional frente a las leyes singulares por parte de los directos afectados²⁴⁷.

En algunos casos los problemas de indefensión de los sujetos destinatarios de las normas singulares han sido resueltos directamente por el juez ordinario (por lo menos en opinión de este mismo sujeto), sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, interpretando y aplicando la ley singular de acuerdo con los principios constitucionales referidos al caso concreto²⁴⁸.

De otro lado, aunque haya quedado claro que la jurisprudencia constitucional reconoce la posibilidad de un control de constitucionalidad de las leyes singulares, una parte de la doctrina se interrogó sobre el respeto de los requisitos propios de la cuestión de inconstitucionalidad en estos supuestos. En efecto, se ha dicho que podría perderse tanto el carácter prejudicial que lo adjetiva como la presencia de dos *petita* autónomos en las dos fases de este proceso constitucional, características indiscutibles del mismo²⁴⁹, al existir una “*excesiva identificación entre el juicio a quo y el proceso constitucional*”²⁵⁰. Y esto porque el único objeto del proceso principal terminaría por ser el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la perspectiva de una declaración de inconstitucionalidad de la ley singular, desapareciendo así también el carácter objetivo del control. En la opinión de otros autores, en las leyes singulares tendería la *causa petendi* a ser única e idéntica en los dos procesos que componen la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo no hay que confundir este elemento con el *petitum*, que sí sigue siendo diferente en las dos fases del proceso constitucional también cuando su objeto sea una ley singular. En efecto, en el proceso ordinario encontraríamos el *petitum* en la relación jurídica derivada de la ley en cuestión que regula y se aplica solo al caso concreto, mientras que en el proceso *ad quem* se identificaría en la declaración de conformidad (o no) a la Constitución²⁵¹.

La admisión por parte del Tribunal Constitucional de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes singulares puede en fin, a nuestro parecer,

²⁴⁷ MONTILLA MARTOS, J. A., *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 320-321.

²⁴⁸ Es un ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de lo Contencioso-administrativo, de 7 de marzo de 1995.

²⁴⁹ V. Cap. Segundo, II.1.

²⁵⁰ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 335.

²⁵¹ CAPPELLETTI, M., *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 20 y ss.

considerarse otra prueba del carácter no exclusivamente objetivo de esta tipología de recurso a la jurisdicción constitucional. La protección -en este caso directa e inmediata- de los derechos de los individuos destinatarios de una ley singular, lograda a través del instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, testimonia otro punto a favor del alma (también) subjetiva de este proceso²⁵².

3. Las leyes de interpretación auténtica entre la Corte constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En Italia es habitual la aprobación de un instrumento legislativo denominado ley de interpretación auténtica. Con él, como es notorio, el legislador se ocupa de proporcionar una aclaración sobre el significado de una ley anterior, en el caso de que la misma haya ocasionado dudas en su interpretación, sin por lo tanto innovar el ordenamiento jurídico, dado que el significado marcado por el legislador con la ley de interpretación auténtica podía (y habría tenido que) ya hallarse en el texto original. En razón de cuanto se ha dicho, la ley interpretativa (al contrario de lo que ocurre con respecto a las reglas generales sobre la entrada en vigor de las leyes) tiene eficacia retroactiva, es decir, *ex tunc*, desde el momento de la entrada en vigor de la ley interpretada. En el caso en que una ley de interpretación auténtica no respete realmente estas características, sino que contenga aspectos y preceptos que no pueden encontrarse ni deducirse de la ley interpretada, puede ocasionarse la violación de un derecho fundamental, como el derecho a la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima en la ley.

En el caso en el que la ley de interpretación auténtica tenga repercusiones sobre un “derecho viviente” ya consolidado o sobre un juicio en curso (con el fin o el efecto de cambiar su conclusión) entran en juego, por un lado, el derecho de defensa y, por el otro, la tutela de la autonomía y de la independencia del poder judicial. Por estas razones, en muchas ocasiones se han presentado a la Corte constitucional cuestiones de inconstitucionalidad que tenían como objeto leyes que se autodefinían de interpretación

²⁵² Volveremos a comentar el tema de las leyes singulares al analizar un caso que tuvo como objeto una norma de este tipo y que fue trascendente en la discusión sobre la legitimación de las partes del proceso *a quo* a personarse ante la jurisdicción constitucional: el caso Rumasa (o también conocido con el nombre de uno de los sujetos involucrados, Ruiz Mateos). V. Cap. Tercero, II.3.

auténtica y que provocaban problemas peculiares en relación a su cualificación en este sentido y a su eficacia retroactiva²⁵³.

En referencia a la definición de las leyes de interpretación auténtica, la Corte constitucional ha afirmado que no es decisivo verificar si la norma impugnada tiene efectivamente carácter interpretativo (y es por esto retroactiva) o es innovadora con carácter retroactivo. En efecto, en ambos casos lo importante es verificar si la retroactividad de la ley (cuya prohibición no tiene rango constitucional salvo en materia penal) encuentra una adecuada justificación con respecto a su razonabilidad y no contrasta con otros valores e intereses tutelados en la Constitución. Así, la norma impugnada, si se considera expresión de la función de interpretación auténtica, no puede considerarse que vulnere los principios constitucionales de razonabilidad ni los principios generales de la protección de la confianza legítima y de la seguridad jurídica, siempre que la misma se limite a asignar a la disposición en cuestión un significado reconocible como una de las posibles lecturas del texto original. La Corte ha afirmado además que el legislador, en el momento de la elaboración de una ley de interpretación auténtica, puede modificar en sentido negativo (si las finalidades del caso lo exigen) la regulación de determinados tratamientos económicos con resultados privilegiados sin por esta razón vulnerar la confianza en la seguridad jurídica, siempre que esta intervención no sea irrazonable²⁵⁴.

²⁵³ Sobre el control por parte de la Corte constitucional de las leyes de interpretación auténtica, v.: MARINI, *Riflessioni sul principio di irretroattività della legge*, en RIVERA, I., *Quando la norma è di interpretazione autentica: alcuni problemi di metodologia ermeneutica*, en *Le Società*, n. 2, 2015, p. 197; GHERA, F., *Interpretazione autentica di leggi sul lavoro a termine e diritto alla stabilizzazione*, en *Giur. cost.*, 2015, p. 2261; FERRI, A., *Le leggi di interpretazione autentica: riflessioni tra teoria e pratica*, en *Giur. amm.*, IV, 2013, p. 187; COLASANTE, P., *Una legge di interpretazione autentica per "fare cassa": un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, en *Giur. cost.*, 2012, p. 174; PUGIOTTO, A., *Interrogativi antichi (e risposte inedite) in tema di leggi e regolamenti interpretativi*, *ivi*, p. 2435; RESCIGNO, G.U., *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, *ivi*, p. 1072; PUGIOTTO, A., *Le leggi interpretative a Corte: Vademecum per giudici a quibus*, en *Giur. cost.*, 2008, p. 2748; PRINCIPATO, L., *La rilevanza formale e l'inutilità sostanziale della questione di legittimità costituzionale di una legge di interpretazione autentica*, en *Giur. cost.*, 2007, p. 1367; LORELLO, L., *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, en RUGGERI, A. (Coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 163 y ss.; PUGIOTTO, A., *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, en *Giur. cost.*, 2005, pp. 5146 y ss.

²⁵⁴ Sentencia de la Corte const. n. 74 de 2008.

Otro supuesto en el que el Juez constitucional ha tenido que decidir sobre una ley de interpretación auténtica es aquel de la Sentencia de la Corte const. n. 132 de 2008, en la que se ha afirmando que son interpretativas aquellas normas que están objetivamente dirigidas a aclarar el sentido de unas normas preexistentes o a excluir o elegir uno de los sentidos entre aquellos que razonablemente pueden referirse a la norma interpretada. En este caso entonces, la Corte concretó que tiene que averiguarse la existencia de una relación entre normas por la que la norma que interpreta no elimina del ordenamiento la norma interpretada, sino que la una y la otra se fusionan en un precepto normativo unitario.

Por lo que atañe a la valoración de la razonabilidad de la elección del legislador, también en conexión con el principio de la legítima confianza del individuo que acabamos de mencionar, la Corte ha apuntado que la norma que deriva de la ley de interpretación auténtica no puede estimarse irrazonable si se limita a asignar a la disposición interpretada un significado que ya podía entenderse contenido en la misma y reconocible como una de las posibles lecturas del texto original²⁵⁵. Considerando el principio de confianza legítima del individuo, en un caso sin duda interesante el Alto Tribunal declaró inconstitucional la norma impugnada (que había sido cuestionada ante el Constitucional más de treinta años después del supuesto normativo al que se refería) apreciando que no podía reputarse de interpretación auténtica sino de carácter innovador y que el contenido preceptivo que derivaba de la interpretación dada no era compatible con la disciplina anterior de la ley que se había aclarado. Más aún, en opinión de la Corte, el legislador había llevado a cabo una regulación que entraba en divergencia con la disciplina precedente²⁵⁶.

Por lo que atañe a la violación del derecho de defensa y la supuesta injerencia en la competencia constitucionalmente reservada al Poder judicial, debe citarse un relevante caso en el que la normativa enjuiciada, de interpretación auténtica, tenía eficacia tanto en los juicios en curso como en los ya cerrados con resolución firme en aplicación de la regulación anterior, vigente en el momento de la resolución. La Corte sostuvo primeramente que las normas de dudosa constitucionalidad no constituían disposiciones de interpretación auténtica, sino verdaderas innovaciones del texto previo y con eficacia retroactiva, de suerte que incidían de forma irrazonable en la confianza legítima del individuo, *“frustrando las legítimas expectativas de sujetos que, basándose en la legislación vigente, clara, unívoca y nunca objeto de dudas interpretativas, habían pedido y obtenido de los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en primera instancia como en apelación, la tutela de sus circunstancias jurídicas perjudicadas por actos ilegítimos anulados. No es razonable que el legislador*

En otra ocasión (Sentencia de la Corte const. n. 41 de 2011), la Consulta ha declarado que, por lo que concierne a las normas que pretenden tener naturaleza exclusivamente interpretativa, puede constituir la prueba de la presencia de la notoria falta de razonabilidad el hecho que la ley de interpretación no se limite a asignar a la disposición interpretada un significado ya en la misma reconocible como una de las interpretaciones del texto original, incurriendo así en el denominado error evidente de auto-cualificación.

²⁵⁵ Sentencia de la Corte const. n. 162 de 2008.

²⁵⁶ Sentencia de la Corte const. n. 24 de 2009.

Para consultar otros casos de declaraciones de ilegitimidad constitucional fundadas en la violación de la confianza legítima del ciudadano pueden verse las Sentencias de la Corte const. n. 160 de 2012 y n. 103 de 2013.

provincial haya operado para convertir en legítimo lo que era ilegítimo, sin que fuera necesario resolver oscilaciones jurisprudenciales y sin que el texto de las normas “interpretadas” ofreciera ningún sostén semántico en la dirección de las relevantes modificaciones introducidas. Con esta actuación, no solo se ha vulnerado la confianza de los ciudadanos en la estabilidad de la normativa jurídica que disciplina la circunstancia concreta, que se perturba con la introducción inmotivada de unas normas retroactivas que alteran las relaciones anteriores, sino que además se convierte en inútil y sin efectividad el derecho de los ciudadanos de presentarse ante los jueces para obtener la tutela de sus situaciones jurídicas subjetivas. A dichas vulneraciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos se añade la violación del art. 102 de la Constitución²⁵⁷, dado que las normas impugnadas inciden negativamente en las atribuciones constitucionales de la autoridad judicial, comprometiendo los efectos de pronunciamientos irrevocables y definiendo, con aquel acto legislativo, la conclusión de los juicios en curso”²⁵⁸.

Merece una mención específica la cuestión de legitimidad constitucional relativa a una ley de interpretación auténtica que ha tenido como efecto poner en contacto directo la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La cuestión tenía como objeto una ley de interpretación auténtica que, proporcionando una nueva interpretación de determinadas normativas, tuvo como consecuencia la restricción de los derechos de unos trabajadores. La ley de interpretación fue impugnada ante la Corte constitucional porque considerada lesiva del

²⁵⁷ Art. 102 Constitución: “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia*”.

²⁵⁸ “*Frustrando le legittime aspettative di soggetti che, basandosi sulla legislazione vigente, mai oggetto di dubbi interpretativi e di per sé chiara e univoca, avevano chiesto e ottenuto dai giudici amministrativi, sia in primo grado sia in appello, la tutela delle proprie situazioni giuridiche, lese dagli atti illegittimi annullati. È irragionevole che il legislatore provinciale sia intervenuto per rendere retroattivamente legittimo ciò che era illegittimo, senza che fosse necessario risolvere oscillazioni giurisprudenziali e senza che il testo delle norme ‘interpretate’ offrissi alcun appiglio semantico nel senso delle rilevanti modifiche introdotte. Con ciò facendo, non solo si è leso l’affidamento dei consociati nella stabilità della disciplina giuridica delle fattispecie, che viene sconvolta dall’ingresso inopinato e immotivato di norme retroattive che alterano rapporti pregressi, ma si rende inutile e privo di effettività il diritto dei cittadini di adire i giudici per ottenere la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive. A tale lesione di diritti fondamentali dei cittadini si aggiunge la violazione dell’art. 102 Cost., perché le norme censurate incidono negativamente sulle attribuzioni costituzionali dell’autorità giudiziaria, travolgendo gli effetti di pronunce divenute irrevocabili e definendo sostanzialmente, con atto legislativo, l’esito di giudizi in corso*”, Sentencia de la Corte const. n. 209 de 2010.

En relación con esto, véanse también las Sentencias de la Corte const. n. 274 de 2006, n. 132 de 2008 y n. 172 de 2008.

principio de legítima confianza del ciudadano en la ley, pues proporcionaba un contenido completamente innovador respecto de la ley que iba a interpretar. La Consulta declaró infundada la cuestión en la Sentencia n. 172 de 2008, aplicando su jurisprudencia consolidada sobre los criterios de la interpretación autentica antes mencionada.

Los mismos sujetos que propusieron la duda de constitucionalidad, impugnaron entonces la disposición presentando un recurso directo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este declaró que la norma había violado los derechos de los recurrentes reconocidos en el Convenio, impidiendo que la resolución del caso en el que eran partes les fuera favorable²⁵⁹.

Después de tal decisión, la cuestión volvió a presentarse ante la Corte constitucional italiana, esta vez utilizando los recurrentes como parámetro de constitucionalidad el art. 117.1 de la Constitución italiana, que impone a la ley estatal y regional el respeto de las obligaciones internacionales. La Corte constitucional en esta segunda ocasión afirmó que el respeto de las obligaciones internacionales tiene que estar dirigido a la “expansión máxima de las garantías” (“*massima espansione delle garanzie*”); no obstante, no puede ocasionar la eliminación de la posibilidad por la Corte misma de llevar a cabo su cometido de ponderación entre los distintos intereses constitucionalmente protegidos e involucrados. Concluye entonces la Corte constitucional que, justo con fundamento en dicha ponderación, la ley de interpretación en cuestión tiene que considerarse perfectamente valida. En efecto, el Tribunal Europeo, al dictar su Sentencia sobre el asunto Agrati, tuvo que decidir sobre un caso aislado y puntual, mientras que la Consulta, en su labor de intérprete supremo de la Constitución, tiene que actuar llevando a cabo una estimación comparativa entre los diferentes valores contrapuestos, que en este caso conducen a declarar la constitucionalidad de la ley de interpretación autentica²⁶⁰.

²⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 31 de mayo de 2011, y también 7 de junio de 2011, asunto *Agrati y otro c. Italia*.

²⁶⁰ Sentencia de la Corte const. n. 264 de 2012.

Para un comentario a la sentencia puede verse: AMOROSO, G., *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità*, en *Foro it.*, I, 2013, p. 30; RUGGERI, A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte Edu e, indossando la “maschera” della consonanza, cela il “volto” di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, en www.consultaonline.it, diciembre de 2012; PINELLI, C., “*Valutazione sistematica*” versus “*valutazione parcellizzata*”: un paragone con la Corte di Strasburgo, CAPONI, R., *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti* y BILANCIA, F., *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra*

4. Menciones a otros “escalones” del sistema de fuentes del Derecho: las leyes orgánicas y las leyes constitucionales

Por último, la limitación del control de los Tribunales constitucionales de las “leyes y actos con fuerza de ley” implica la exclusión del posible control por medio de la vía incidental de fuentes que se sitúan en un plano superior (como por ejemplo las leyes constitucionales en Italia) o en uno inferior (como, entre otros, los reglamentos administrativos).

Aprovechando la mención a la jerarquía entre fuentes del Derecho, merece la pena examinar aquí una fuente típicamente española que ha creado muchos debates en la doctrina por su posición en la pirámide normativa: las leyes orgánicas, disciplinadas en el art. 81 CE²⁶¹.

Aunque no haya habido dudas sobre la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de estas normas²⁶², sí es cierto que la doctrina, sobre todo la más antigua,

Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti, estos últimos todos en *Giur. cost.*, 2012, respectivamente p. 4228, p. 4232 y p. 4235.

Sobre esta temática pero con consideraciones más generales, puede verse: MASSA, M., *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, y RUGGERI, A., *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, ambos en www.forumcostituzionale.it, y en *Quad. cost.*, 3/2011, respectivamente, pp. 706 ss. y pp. 709 ss.; FOA', S., *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, en www.federalismi.it, 15/2011; y de nuevo MASSA, M., *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, en *Quad. cost.*, 4/2011, pp. 957 ss. y del mismo autor, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, en *Giur. cost.*, 2012, p. 167; REPETTO, G., *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, en www.diritticomparati.it, 27 diciembre de 2011; RICCI, G., *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda*, en *Foro it.*, 2011, IV, p. 503; DE MICHELE, V., *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune “europeo” che decide nel merito*, en www.europeanrights.eu, 14 marzo de 2012; CAPONI, R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, en *Giur. cost.*, 2011, p. 3753 y GUAZZAROTTI, A., *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, *ibid.*, p. 3779.

²⁶¹ Art. 81 CE: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”. En doctrina, entre otros, puede verse GÁLVEZ MONTES, J., *Artículo 81: Leyes Orgánicas*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VII: Artículos 81 a 96, Cortes Generales, EDESA, Madrid, 1998, pp. 27-82.

²⁶² Art. 28.2 LOTC: “Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya

se interrogó sobre la posición de las leyes orgánicas en el sistema de fuentes²⁶³. La duda se refería principalmente a la posibilidad de situarlas en un escalón más alto que el ocupado por las leyes ordinarias, en función de su disciplina de aprobación específica y de la trascendencia de las materias a ellas reservadas.

Disipada en sentido negativo, como es notorio, esta incertidumbre, el problema principal que se ha planteado al Tribunal Constitucional en relación con las leyes orgánicas tiene que ver con el respeto del reparto competencial que la Constitución dispone para éstas y las leyes ordinarias. La jurisprudencia del Tribunal ha abordado esos planos resolviendo varios casos en los que las materias reservadas por la Constitución a la Ley Orgánica se disciplinaron con normas ordinarias, apreciando por esa causa la violación del art. 81 CE²⁶⁴.

Quizá merece la pena hacer referencia, por vecindad con el objeto de la investigación y con el tema ahora aludido, que en España la aprobación de los Estatutos de Autonomía, normas institucionales básicas de las Comunidades o de las Ciudades Autónomas, reconocidos en el artículo 147 de la Constitución española de 1978, se lleva a cabo mediante ley orgánica.

Al Tribunal le fue atribuido el control previo de inconstitucionalidad de los proyectos de Estatuto de Autonomía y de leyes orgánicas (por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), luego derogado (por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional), y, en la actualidad, nuevamente atribuido aunque respecto de los proyectos de Estatuto de Autonomía y propuestas de reforma de los mismos (por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal

sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

²⁶³ Entre otros: DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 111 y ss.; PÉREZ ROYO, F. J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 57 y ss.; SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 87.

²⁶⁴ Entre los supuestos más recientes, puede verse por ejemplo la STC 151/2014, de 25 de septiembre. El recurso de inconstitucionalidad en cuestión tenía por objeto la presunta inconstitucionalidad de la regulación foral de Navarra que supeditaba el ejercicio de la objeción de conciencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo a una declaración previa y a la inscripción del objeto en un registro, por vulnerar, entre otros contenidos de la Constitución, la reserva de ley orgánica *ex art. 81.1 CE (FJ 4)*. Problema distinto es el caso de una ley orgánica que disciplinara materias que no aparecen en el listado de competencias a ella atribuidas por la Constitución. La mayoría de los autores considera que el control del TC no podría llevar a anular el contenido de dicha norma, pero sí produciría la pérdida de la cualificación de “ley orgánica” al mismo. Entre otros: RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas y Universitat de le Illes Balears, Madrid, 1991, p. 81.

Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación).

La peculiaridad a la que queremos referirnos es que, según la misma doctrina del Tribunal, los Estatutos de Autonomía pertenecen al bloque de la constitucionalidad (art. 28.1 de la LOTC²⁶⁵), esto es, quedan comprendidos en las normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto exclusivamente por la Constitución, los Estatutos y, en su caso, las demás disposiciones atributivas de competencias²⁶⁶. De este modo, esta peculiar fuente normativa configura al mismo tiempo parámetro de validez constitucional y norma sujeta al control de constitucionalidad.

Pasando ahora a una fuente normativa típica, sin embargo, del ordenamiento jurídico italiano, la Corte constitucional ha admitido su capacidad de controlar las leyes constitucionales. La inconstitucionalidad de una ley constitucional podría parecer a primera vista incluso una contradicción de términos, aunque no sea de ese modo si consideramos la posibilidad de que aquella se vea afectada por vicios formales (incumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en el art. 130 Const. para la aprobación de leyes constitucionales o de revisión constitucional) o de vicios de tipo material, toda vez que, según se asume pacíficamente, la posibilidad de modificar o de integrar la Constitución encuentra ciertos límites, algunos de los cuales vienen expresamente indicados en la propia Constitución (como por ejemplo los derechos inviolables del art. 2), y otros resultan exigibles si se atiende al complejo sistema constitucional y a los propios principios, igualmente irrenunciables, del constitucionalismo moderno.

La Corte se ha posicionado sobre el tema de manera bastante clara, sosteniendo que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden verse subvertidos o modificados en su contenido esencial, ni tan siquiera por leyes de reforma constitucional u otras leyes constitucionales. Estos son tanto los principios que la propia Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional (como la forma republicana), como los principios que, aún no estando

²⁶⁵ 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”.

²⁶⁶ Véase, por ejemplo, la STC 194/2016, de 16 de noviembre, FJ 2.

expresamente mencionados como límites absolutos al poder de reforma constitucional, pertenecen asimismo a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana: *“no se puede por tanto negar que esta Corte es competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales también con respecto a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, por otro lado, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías constitucionales de la Constitución como defectuoso o ineficaz precisamente en relación con sus normas de valor superior”*²⁶⁷.

Sigue: reglamentos y fuentes secundarias, Normas Forales Fiscales, normas que provienen del ordenamiento supranacional

Por lo que concierne a las fuentes reglamentarias²⁶⁸, la Corte constitucional italiana ha descartado hasta ahora la posibilidad de extender su control sobre las mismas a través de la vía incidental. Esta exclusión, de acuerdo con una jurisprudencia consolidada, viene justificada siguiendo dos distintas interpretaciones: según la primera, la contradicción de un reglamento gubernativo con los principios constitucionales puede verificarse porque ello constituye una fiel aplicación de una ley que contradice la Constitución; en este caso deberá la ley ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad que, en caso de ser atendida, hará que con la ley decaiga también la eficacia del reglamento que se fundamentaba en ella. El segundo supuesto se verifica cuando la ley a la que se refiere el reglamento resulta plenamente conforme con la Constitución y esto significa que, si aquel reglamento contradice la Constitución, el mismo ha entrado en contraste también con la ley que está desarrollando; en este caso el vicio deberá hacerse valer ante el juez del contencioso-administrativo, que anulará el reglamento por vulneración de la ley, o ante el juez ordinario, que podrá dejar de aplicarlo, pero nunca ante la Corte constitucional²⁶⁹.

²⁶⁷ *“Non si può pertanto negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”*, Sentencia de la Corte const. n. 1146 de 1988.

²⁶⁸ Con el objetivo de identificar el carácter reglamentario del acto impugnado (y excluirlo por tanto del escrutinio de constitucionalidad), la Corte ha aludido, caso por caso, a: la auto-calificación del acto como reglamentario a través de su título; a su definición otorgada por otros actos con fuerza de ley; al procedimiento seguido en su adopción, así como a dictámenes.

²⁶⁹ De esta opinión, entre muchos otros, MALFATTI, E., PANIZZA, S., ROMBOLI, R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 103.

No obstante, una motivación similar puede resultar insuficiente cuando se trata de un reglamento conocido como independiente (o “*praeter legem*”), lo que significa que no halla fundamento en ley alguna, pero que entra directamente en posición subordinada respecto a la Constitución, o cuando el juez *a quo* sostiene que el reglamento, a través de su reenvío explícito a la ley, viene de alguna forma a constituir un todo unitario, inescindible de la ley, de la que se deriva la regulación de la relación considerada. Con respecto a los reglamentos independientes, la Corte siempre ha hecho prevalecer el momento formal sobre el material, considerando por tanto inadmisibles el control de las fuentes secundarias y sosteniendo que, en este caso, los derechos del ciudadano pueden hacerse valer frente al juez ordinario (civil o contencioso), denunciando el vicio de violación de ley (en este caso, “de la Constitución”)²⁷⁰.

En cuanto al segundo aspecto, la Corte constitucional ha fundado frecuentemente sus propias conclusiones en la contraposición entre el reenvío formal y el material, en el sentido de que, mientras el segundo atribuye a las normas recibidas fuerza de ley formal, el primero estaría privado de eficacia normativa de las fuentes de las normas referenciadas, que mantendrían por tanto su naturaleza reglamentaria. Con base en todo ello, en algunos casos la Corte ha admitido el control del conjunto normativo ley-reglamento²⁷¹, pero la mayoría de las veces lo ha rechazado²⁷².

²⁷⁰ Sin embargo, SPADARO afirmó que, siendo reglamentos que desarrollan directamente el dictado constitucional, pueden situarse en el escalón inmediatamente inferior a la Constitución y considerarse por esta razón fuentes de rango primario. V. SPADARO, ANTONINO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1990, p. 256.

²⁷¹ Para algunos ejemplos, pueden verse las Sentencias de la Corte const. n. 261 del 2013, que admitió la cuestión de constitucionalidad que tenía como objeto una disposición de un decreto del Ministro del Trabajo y de la Seguridad Social, en tanto que estrechamente conexa con la regulación impuesta por la norma legal de (confirmación definitiva) de la suspensión transitoria de todas las disposiciones atributivas del derecho a las pensiones, a fin de autorizar sin más el control de la Corte sobre la adopción, basada en la ley, de moratoria sobre pensiones anticipadas; n. 354 del 2008, donde se consideró admisible la cuestión de constitucionalidad en cuanto, aunque algunas disposiciones con rango secundario formaban parte de la normativa controlada, los mismos contenidos estaban también expresamente previstos en las disposiciones de ley impugnada y constituían especificaciones de la misma; véanse también las nn. 10 y 34 de 2011 y n. 344 de 2010.

²⁷² Podemos recordar, entre muchas otras, la cuestión de constitucionalidad bastante célebre relativa a la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas, resuelta por la Corte a través de una decisión de carácter procesal, con la que sostuvo que la norma enjuiciada estaba contenida en una disposición con valor reglamentario y que sólo de manera impropia el juez *a quo* había podido intentar referirla a disposiciones legislativas “en tanto que especificadas” por aquellos reglamentos (sent. n. 389 del 2004, comentada críticamente en PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, en *Diritto e giustizia*, 2004).

En España, la doctrina también se ha interesado por este tema²⁷³, preguntándose en ocasiones si no sería mejor atribuir en exclusiva al TC el control de constitucionalidad de todas las normas, cualquiera que sea su posición en el sistema de fuentes. Resultan evidentes en el caso español las dificultades que pueden presentarse a la hora de controlar la legitimidad constitucional de aquellos reglamentos que desarrollen directamente el contenido de la Constitución, sin tener la mediación de una norma con rango de ley (los ya mencionados reglamentos *praeter legem*) o de un determinado reglamento *secundum legem* aplicable a un caso concreto.

En el primer caso, el ordenamiento español encuentra una solución sencilla siguiendo cuanto está establecido en el art. 6 LOPJ²⁷⁴, que faculta expresamente a los jueces a inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución. La jurisdicción ordinaria puede así resolver el supuesto específico aplicando directamente la norma constitucional, sin necesidad de la intervención del Tribunal Constitucional.

El mismo Tribunal, en efecto, ha confirmado su incompetencia para declarar la ilegitimidad constitucional de las normas de rango secundario²⁷⁵.

En los casos de la inconstitucionalidad de reglamentos *secundum legem*, también la doctrina española diferencia entre los reglamentos que reproducen el contenido de una ley (que en este supuesto sería ella misma inconstitucional), y los reglamentos que no respetan en su desarrollo las directrices y los contenidos proporcionados por aquella (simplemente, entonces, un problema de ilegalidad y no de inconstitucionalidad, que puede ser resuelto por la jurisdicción ordinaria).

²⁷³ Solo para citar algunos autores: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981; del mismo autor y más orientado a la problemática ahora desarrollada: *La eliminación general de las normas nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 66, Civitas, 1990, pp. 279-291.

²⁷⁴ Art. 6 LOPJ: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

²⁷⁵ Entre la jurisprudencia más reciente, véanse la STC 121/2016, de 23 de junio, FJ 6: “[E]ste proceso constitucional sólo puede ceñirse a la disposición de rango legal que se cuestiona. Como se expone en el Auto de planteamiento de la cuestión, corresponderá al Tribunal Supremo, en su caso, pronunciarse sobre la norma reglamentaria”. Y entre las más antiguas la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5: “Como es obvio, no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de [las] disposiciones de rango infralegal, cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo en los términos que dicen el art. 106.1 de la Constitución y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dentro de esta vía, al Tribunal Constitucional le compete tan sólo el examen de la constitucionalidad de la Ley y, en la medida que ello sea necesario para precisar el sentido de su decisión, la determinación del alcance de su fallo”.

Más complejo resulta el control de constitucionalidad de un reglamento que reproduzca el contenido de una ley (pretendidamente) inconstitucional. La doctrina española considera posible el enjuiciamiento de la norma secundaria, siempre que el juez *a quo* justifique de forma convincente, fundada y razonable en el auto de planteamiento que la constitucionalidad de la norma reglamentaria enjuiciada depende de la ley de la que esta se origina, además de proporcionar el correcto juicio de aplicabilidad y relevancia²⁷⁶.

Hablando de la anulación de los reglamentos inconstitucionales, nos parece interesante hacer una breve referencia a otras consideraciones expresadas en la jurisprudencia constitucional. De un lado, el Constitucional ha declarado que el Gobierno tiene vedada la posibilidad de dictar nuevos reglamentos que regulen un supuesto disciplinado en un precepto declarado inconstitucional en una de sus sentencias. De otro lado (y al mismo tiempo), la declaración de ilegitimidad constitucional no conlleva automáticamente la invalidez de las disposiciones infralegales aprobadas anteriormente a la decisión del Constitucional²⁷⁷.

Queremos ahora aludir a otra peculiaridad del ordenamiento jurídico español. La LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, atribuyó una nueva competencia al Tribunal Constitucional: el control de las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, tanto a través de un control abstracto (que sigue la regulación propia del recurso de inconstitucionalidad), como de uno concreto, cuya regulación sigue lo dispuesto por la LOTC para la cuestión de inconstitucionalidad²⁷⁸. Esta segunda

²⁷⁶ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 187.

²⁷⁷ “[Este] fallo [...] si bien entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución se dicten nuevos reglamentos reguladores del establecimiento de oficinas de farmacia, ni significa la ilegitimidad constitucional del principio de limitación, ni implica la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes”, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5.

²⁷⁸ Disposición Adicional Quinta de la LOTC: “1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 31/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley. 2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente. Los trámites regulados en los artículos 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y

modalidad de control, denominada cuestión prejudicial de validez de las Normas Forales fiscales, constituye un proceso constitucional autónomo respecto de la cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, por la razón ahora mencionada (identidad de regulación entre este cauce procesal y el control incidental de constitucionalidad) termina por añadir indirectamente otra fuente normativa entre aquellas que pueden ser objeto del control concreto de constitucionalidad en vía incidental²⁷⁹.

Tan evidente es la cercanía entre estos dos procesos constitucionales que en tres de los cuatro supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido que enfrentarse al control de constitucionalidad de Normas Forales fiscales, las correspondientes cuestiones prejudiciales habían sido elevadas (y sucesivamente resueltas por el Alto Tribunal) de forma conjunta con unas cuestiones de inconstitucionalidad. Nos referimos a la STC 26/2017, de 16 de febrero, la STC 37/2017, de 1 de marzo, y a la STC 48/2017, de 27 de abril. En las tres distintas ocasiones, el Constitucional tuvo que controlar la conformidad constitucional, de un lado, de Normas Forales fiscales relativas al impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Gipuzkoa (STC 26/2017) e de Álava (SSTC 37 y 48/2017) y, de otro, de determinadas disposiciones del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, referidas a la base imponible y la gestión del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, que reproducen el contenido de la norma foral también en cuestión.

Desde la entrada en vigor de la LO 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, ante aludida, el Tribunal Constitucional ha resuelto solo una cuestión prejudicial de validez de Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya de forma autónoma respecto de cuestiones de inconstitucionalidad, la STC 203/2016, de 1 de diciembre, en la que se declaró la inconstitucionalidad de una disposición contenida en la Norma Foral de las Juntas Generales de Guipúzcoa 10/2006, de 29 de diciembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas en este territorio. El Constitucional ha

Diputaciones Forales. En la tramitación de los recursos y cuestiones regulados en esta disposición adicional se aplicarán las reglas atributivas de competencia al Pleno y a las Salas de los artículos diez y once de esta Ley. [...]”

²⁷⁹ Como veremos pocas líneas más adelante, el Tribunal Constitucional en la STC 118/2016, de 23 de junio, resalta con determinación la imposibilidad de considerar la reforma una ampliación del objeto de la cuestión y del recurso de inconstitucionalidad. Se trata de la previsión de un proceso constitucional nuevo, aunque su regulación tenga que remitirse a las normas que disciplinan los ahora mencionados procesos.

afirmado en la Sentencia que aquel precepto, que establecía las normas de estimación objetiva para la determinación de la base imponible del tributo antes referido, vulneraba la regla de armonización impuesta en la Ley del concierto, que obliga a los territorios históricos a adecuar su normativa a la Ley general tributaria en cuanto a terminología y conceptos.

Precisando lo dicho, es necesario hacer una mención a que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el Parlamento de La Rioja, el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y las Cortes de Castilla y León, respectivamente, interpusieron un recurso de inconstitucionalidad respecto de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, justo refiriéndose, entre otras cuestiones, a la eventual inconstitucionalidad de la nueva competencia atribuida al Tribunal Constitucional respecto de las Normas Forales fiscales.

El Constitucional, en su Sentencia 118/2016, de 23 de junio, desestimó el recurso afirmando que el legislador orgánico está habilitado para delimitar la jurisdicción constitucional y el acceso a los distintos procesos²⁸⁰. Declaró en efecto el Tribunal que el control de las Normas Forales fiscales así como ha quedado delimitado después de la reforma de la LOTC de 2010, no puede considerarse exclusivo de la jurisdicción constitucional ni excluyente de la jurisdicción contencioso-administrativa, debido a que el control de la primera se limita a normas forales fiscales que tengan por objeto mantener, establecer y regular el régimen tributario del correspondiente territorio histórico y sólo en la medida en que puedan contradecir alguna disposición integrante del bloque de la constitucionalidad²⁸¹.

²⁸⁰ Se lee en la letra d) del Fundamento Jurídico 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio: “A estos efectos es importante tener presente que nuestro constituyente no quiso diseñar un modelo cerrado de jurisdicción constitucional, petrificado y congelado en el tiempo, e incompatible con el carácter evolutivo del Derecho, sino que dejó al legislador orgánico su determinación última. Basta con acudir a los arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE, para constatar la inexistencia de un modelo cerrado de jurisdicción constitucional y la existencia de una amplia habilitación al legislador orgánico para su ulterior configuración, pudiendo articular cada nuevo proceso, no solo como un instrumento de resolución de controversias constitucionales, sino también como un vehículo a través del cual alcanzar los fines que la propia Constitución le impone. Por esta razón, le ha conferido de manera expresa y directa la responsabilidad de concretar “las demás materias” que pudieran ser del conocimiento y jurisdicción de este Tribunal Constitucional [art. 161.1 d) CE], la de determinar las personas y órganos legitimados “[e]n los demás casos” (art. 162.2 CE), así como la de regular “el procedimiento ante el mismo” (art. 165 CE). Y esto se hace con “una vocación de completud” que “no impide que otras leyes orgánicas incidan en el alcance de la jurisdicción constitucional atribuyéndole nuevas competencias” (STC 49/2008, de 9 de abril, FJ 16)”.

²⁸¹ Estaba en duda, en efecto, si asignar al Tribunal Constitucional esta nueva competencia hubiera podido llevar a una disminución del nivel de tutela de los derechos de los individuos, pues el control habría tenido que ser planteado pasando a través del filtro del juez *a quo* y luego decidido por el Tribunal Constitucional, y no directamente por el sujeto interesado ante la jurisdicción ordinaria.

La Sentencia añade, y esto es especialmente importante para el análisis llevada a cabo en estas páginas, que no es obstáculo a este control que tales normas carezcan de rango de ley, lo que las hace inidóneas para ser objeto de una cuestión o de un recurso de inconstitucionalidad, pero no para serlo de un nuevo proceso constitucional²⁸².

Sobre la base de lo afirmado, el Constitucional ha realizado una interpretación conforme con la Constitución, resolviendo que el control de las Normas Forales fiscales es un control compartido por decisión del legislador orgánico que cuenta con un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir la preservación de la institución foral en materia tributaria. El Tribunal no ha considerado que este control sea lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se puede afirmar que la inexistencia de recurso directo genere indefensión para los individuos, dado que los actos de desarrollo o ejecución de esas normas siguen siendo susceptibles de impugnación ante la jurisdicción ordinaria²⁸³.

Merece una última referencia el supuesto del control incidental de las normas que provienen del ordenamiento supranacional, en particular, de un lado, aquellas que pertenecen al Derecho de la Unión Europea y, de otro, los Tratados Internacionales.

Por lo que concierne a la primera tipología de normas ahora recordadas, en ambos los ordenamientos objeto de estudio en este trabajo, la posibilidad de que las

²⁸² “Ciertamente, lo que singulariza a los procesos introducidos por los apartados 1 y 2 de la nueva disposición adicional quinta LOTC es la naturaleza de las normas que constituyen su objeto (una concreta clase, aunque singular, de normas reglamentarias como son las normas forales fiscales de las juntas generales), pues ‘la interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia’ de los recursos y cuestiones sobre las mismas ‘se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente’, con la especialidad de que ‘los trámites regulados en los arts. 34 y 37 se entenderán en su caso con las correspondientes Juntas Generales y Diputaciones Forales’; añadiéndose que el parámetro de validez de las normas forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el art. 28 LOTC. Con esta regulación es evidente que los nuevos procesos no difieren de lo establecido para el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que es forzoso concluir que el resultado de la reforma en este punto no es sino la ampliación del objeto del control abstracto de constitucionalidad que puede llevar a cabo la jurisdicción constitucional. [...]. Ahora bien, la inidoneidad de las normas forales fiscales para constituirse en objeto del recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1 a) CE] o de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), nada dice en contra de su posible control de constitucionalidad a través de un nuevo proceso creado bajo el manto de los arts. 161.1 d), 162.2 y 165 CE. Es irrelevante, a estos efectos, que las reglas de ‘la interposición y sus efectos, legitimación, tramitación y sentencia’ sean las de aquellos, pues tal remisión, por sí sola, ni menoscaba el modelo de jurisdicción constitucional diseñado por el constituyente ni altera la regulación de los procesos de control de constitucionalidad directamente creados por él”; STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 3 d).

²⁸³ El Tribunal Constitucional se ocupa también específicamente de la situación de las Comunidades Autónomas, que no pueden recurrir por previsión legal las Normas Forales Fiscales. Declara el Tribunal que se trata de una opción legítima del legislador al ser razonable y proporcional. Tampoco puede considerarse una norma arbitraria, ya que no carece de toda explicación racional ni consagra discriminación de ninguna clase, STC 118/2016, de 23 de junio, FFJJ 3 y 4.

Cortes constitucionales puedan controlar a través de la vía incidental el Derecho Eurounitario dependerá del tipo de fuente normativa que sea de aplicación en el caso concreto y sobre el que surja la duda de constitucionalidad; las competencias de las Cortes constitucionales podrán entrar en contacto (o en colisión) con la esfera de competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, único órgano encargado de la interpretación del Derecho de la Unión. A esta problemática, entre otras, está dedicado el último capítulo de esta tesis, al que entonces remitimos.

Distinto es el tema del control de constitucionalidad de los Tratados Internacionales. Ahí también tendremos que distinguir entre los Tratados institutivos (o constitutivos) de la Unión Europea, a los que se les aplica lo dicho (es decir, lo que afirmaremos más adelante), y los demás tratados internacionales. Estos suelen, tanto en Italia como en España, ser incorporados en el ordenamiento jurídico nacional a través de una ley ordinaria, que reproduce fielmente el contenido de la norma supranacional. El rango de esta fuente será entonces el mismo rango de la ley ordinaria, que por esta razón no tendrá inconvenientes “jurídicos” en ser objeto de control de constitucionalidad a través de la vía incidental. Otra cosa, claramente, serán las posibles repercusiones de naturaleza política en caso de declararse la inconstitucionalidad de estas normas.

Interesa destacar, aunque muy brevemente, que en España se ha encontrado un remedio a esta problemática en la previsión constitucional de un control previo de los tratados internacionales. En efecto, el art. 95 CE establece que “*1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción*”. El ordenamiento jurídico español, en caso de contraste entre una normativa contenida en un tratado internacional y la Constitución, permite elegir entonces entre renunciar a la ratificación del tratado en cuestión o llevar a cabo una reforma constitucional antes de dicha ratificación, que garantice la eliminación del contraste entre las normativas y la superioridad de la Norma Fundamental²⁸⁴. La previsión de este tipo de control no impide que, posteriormente, las normas del mismo tratado enjuiciado de forma previa constituyan el objeto de una cuestión o de un recurso de inconstitucionalidad.

²⁸⁴ El proceso constitucional ahora reseñado termina con una declaración, y no con sentencia. A lo largo de estos casi 40 años de actividad del Tribunal Constitucional español, dos han sido las declaraciones dictadas en este ámbito: la DTC 1/1992, de 1 de julio, que llevó a la reforma del art. 13.2 CE, y la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, que no necesitó la intervención del poder constituyente constituido.

V. El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

1. El auto de planteamiento en Italia

Hemos mencionado ya en muchas ocasiones que la vía incidental de control de la constitucionalidad de las leyes se compone de dos fases, una ante el juez ordinario y otra ante la jurisdicción constitucional. El acto de “comunicación” por excelencia entre estas dos fases se produce en el momento en el que el juez ordinario eleva el auto de planteamiento al Constitucional.

En Italia, el auto de planteamiento (denominado “*ordinanza di rimessione*” o di “*rinvio*”) representa tanto la resolución que provoca la suspensión del juicio *a quo* como, al mismo tiempo, la que introduce al juicio de constitucionalidad. El juez expresa su parecer sobre la cuestión de inconstitucionalidad, exposición que no podrá ni modificar ni especificar con más detalles en lo sucesivo, dado que no está contemplada la revocabilidad o modificabilidad del auto ni la participación del juez ordinario en el contradictorio ante la Corte constitucional para hacer alegaciones sucesivas.

Este acto tiene una importancia esencial en lo que atañe a la tutela de los derechos que puede esperarse de la Corte constitucional, habida cuenta que fija de forma inmodificable el contenido sobre el que el Alto Tribunal tendrá que pronunciarse, ya que, en atención al principio de congruencia, no podrá modificar el objeto que ante él se sustancia (*ne eat iudex ultra petita partium*, conocido en Italia como “*principio del chiesto-pronunciato*”).

En efecto, el art. 27 de la ley 87/1953 al establecer que la Consulta afirma los contenidos de la cuestión “*dentro de los límites de la impugnación*”²⁸⁵ recibida con el auto de planteamiento, confirma que el auto en cuestión no hace otra cosa sino delimitar el *thema decidendum* del inminente proceso ante la Corte, y marcar un límite a la intervención de aquella. De esto deriva además la imposibilidad de una ampliación o modificación sucesiva del mismo por parte del juez *a quo* o de las partes del proceso que participan en el juicio constitucional. La misma Corte ha afirmado que el objeto del

²⁸⁵ Art. 27: “*La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*”.

juicio de constitucionalidad en vía incidental “*tiene que considerarse limitado a las normas y a los parámetros indicados en los autos de remisión, dado que [...] no pueden estimarse, mas allá de los límites fijados en estos, cuestiones ulteriores o perfiles de constitucionalidad alegados por las partes, tanto los que han sido mencionados por el juez a quo pero no incluidos en los autos, como los que estén dirigidos a ampliar o modificar posteriormente el contenido de los mismos*”²⁸⁶.

La jurisprudencia constitucional italiana ha sentado doctrina sobre la necesidad de que el juez aporte una motivación completa y exhaustiva de la existencia de las condiciones de relevancia y de “no falta manifiesta de fundamento”, así como de la exclusión de una posible interpretación conforme²⁸⁷. La Corte requiere, en efecto, requiere que todos los elementos necesarios para la admisibilidad de la cuestión deban evidenciarse en la decisión de planteamiento, sin que pueda pretenderse extraerlos de los actos del juicio *a quo* o de otras decisiones diversas al auto de remisión²⁸⁸.

Por todo aquello, una jurisprudencia constitucional reiterada y constante descarta que el juez pueda realizar el planteamiento *per relationem* a actos externos al mismo. Así, por ejemplo, también si se presentan como parte integrante del auto, la Corte ha llegado en ocasiones a rechazar la validez de la remisión a las dudas sugeridas por el abogado de la parte, a las motivaciones contenidas en una sentencia de la Corte constitucional, a la opinión del Ministerio público o al informe preliminar de la parte, entre otros.

²⁸⁶ “*Deve ritenersi limitato alle norme ed ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione, poiché (...) non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze*”, Corte cost. n. 273 de 2005.

²⁸⁷ Hablaremos de la interpretación conforme en el Cap. Segundo, VI.1.i.

²⁸⁸ Es este lo que se ha definido el principio de “autosuficiencia del auto de planteamiento”, según el cual la Corte ha llegado a pretender que los datos necesarios para permitirle la verificación de la relevancia de la cuestión propuesta en relación al caso concreto no tengan que “ser deducidos del examen de las actuaciones procesales, no admitido en esta sede de acuerdo con el principio de autosuficiencia del auto de remisión” (“*non possono essere desunti dall’esame degli atti processuali, non consentito in questa sede in ossequio al principio di autosufficienza dell’ordinanza di rimessione*”, Sentencia de la Corte const. n. 260 de 2011) o, de forma análoga, “la omisión o descripción insuficiente del caso, no subsanable mediante la lectura directa de las actuaciones, impedida por el principio de autosuficiencia del auto de remisión, excluye la necesidad de controlar la cuestión de la relevancia” (“*l’omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la diretta lettura degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell’atto di rimessione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza*”, Corte cost. n. 338 de 2011). Si así fuera, resultaría por completo incomprensible cuál ha de ser la razón de la obligación de traslado de las actuaciones procesales a la Secretaría de la Corte constitucional, de manera conjunta al auto de remisión.

Sigue. Dos hipótesis que pueden generar la vulneración de los derechos:

El lapso demasiado largo entre la suspensión del juicio *a quo* y el envío de las actuaciones a la Corte constitucional, y el uso “engañoso” de la cuestión de inconstitucionalidad, lejos de las finalidades propias del instrumento

En algunos supuestos se ha podido verificar que el propio pronunciamiento del auto de planteamiento, o el hecho de que las obligaciones conexas y los requisitos que comprende no hayan sido satisfechos, han ocasionado un efecto negativo para el sujeto en relación con la tutela de sus derechos fundamentales.

Es el caso, por ejemplo, del retraso del juez en el envío de las actuaciones del juicio *a quo* a la Corte constitucional, circunstancia que acarrea efectos y reflejos negativos evidentes sobre la tutela de los derechos involucrados en el juicio principal, pues éste permanece en suspenso a la espera del pronunciamiento de la Corte constitucional.

En una decisión dictada en los primeros años de su actividad²⁸⁹, la Corte constitucional advirtió que no se prevén sanciones para el retraso del juez *a quo* en el traslado de las actuaciones a la Corte, al no disponerse de un plazo perentorio. Sin embargo, posteriormente, el entonces presidente Saja denunció tales demoras ante el Consejo General del Poder Judicial (*Consiglio Superiore della Magistratura*), que dictó una circular señalando lo siguiente: “*reconocida la importancia de la denuncia efectuada por el presidente de la Corte constitucional en orden al frecuente retraso en la remisión de los autos que plantean cuestiones de legitimidad (y de las respectivas actuaciones), dispone que una copia de la mencionada denuncia sea transmitida al primer presidente y al procurador general de la Corte de casación, así como a los presidentes y procuradores generales de las cortes de apelación, llamando su atención sobre la oportunidad de dar noticia a todos los órganos jurisdiccionales*”²⁹⁰.

²⁸⁹ Sentencia de la Corte const. n. 42 de 1957, en la que se lee: “[N]essun termine perentorio é stabilito nella legge 11 marzo 1953, n. 87, per la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e quindi non potrebbe essere motivo di irricevibilità l'eccessivo ritardo col quale la Commissione avrebbe nel caso presente trasmesso gli atti dopo la pronunzia delle ordinanze”.

²⁹⁰ “Riconosciuta l'importanza della segnalazione effettuata dal presidente della Corte costituzionale in ordine alla frequente tardività di trasmissione delle ordinanze che sollevano questioni di legittimità (e dei relativi atti), dispone che copia dell'allegata segnalazione sia trasmessa al primo presidente ed al procuratore generale della Corte di cassazione, nonché ai presidenti e procuratori generali delle corti d'appello, richiamando l'attenzione degli stessi sull'opportunità di darne notizia a tutti gli uffici giudiziari”. ROMBOLI recuerda este anécdota en ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 68-72.

Se ha dado además el caso de que el planteamiento del juicio de constitucionalidad en vía incidental sea en realidad empleado de manera “impropia”, olvidando por completo cuales son las características y los fines de este proceso constitucional. Uno de los casos más recurrente es el del juez *a quo* que, por las razones más diversas, quiere prolongar los tiempos del proceso, para atrasar el momento de dictar su decisión.

A este respecto, quisiéramos traer a colación un caso muy notorio y ampliamente mencionado en doctrina. Es el supuesto en el que se enjuició la constitucionalidad de la normativa que permite la interrupción voluntaria del embarazo a las menores, bajo condición de que cuente con el consentimiento de los padres o con una autorización del juez de menores (*giudice tutelare*). El juez *a quo*, a pesar de que una idéntica cuestión de inconstitucionalidad (planteada por él mismo en el marco de un procedimiento distinto) fuera previamente declarada infundada, reiteró en varios juicios análogos la misma problemática, elevando nuevas cuestiones incidentales. Considerando que la ley del aborto prevé expresamente que la interrupción del embarazo debe producirse en los 3 primeros meses de gestación y que la decisión de la Corte constitucional suele llegar habitualmente, como mínimo, una vez transcurridos entre 7 y 12 meses, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del juez suponía a todas luces, en sustancia y en sus efectos prácticos, la imposibilidad de que las menores pudieran practicar el aborto, pese a que constituyese un derecho que les venía reconocido por la ley. El juez, en suma, empleaba la cuestión de inconstitucionalidad a modo de objeción de conciencia frente de la ley de aborto, obstruyendo su virtualidad²⁹¹.

En algunos casos es posible comprobar un importante retraso entre día en el que el juez ordinario dicta el auto de planteamiento (y suspende así el juicio) y el momento en que la cuestión de constitucionalidad llega efectivamente al Registro de la Corte constitucional.

A título de ejemplo, podemos citar los siguientes ejemplos de retraso: 20 años (Sentencia de la Corte const. n. 202 de 2001); 13 años (Sentencia de la Corte const. n. 348 de 1996); 18 años (Sentencia de la Corte const. n. 196 de 1997); 11 años (Sentencias de la Corte const. n. 302 de 1997 y n. 317 de 2010); 10 años (Sentencias de la Corte const. n. 59 de 2008 y n. 386 de 1994); 8 años (Sentencia de la Corte const. n. 90 de 2000); 7 años (Sentencias de la Corte const. n. 142 de 1997, n. 275 de 1999, n. 72 de 2000, n. 179 de 2011 y n. 180 de 2011); 6 años (Sentencias de la Corte const. n. 433 de 2005 y n. 97 de 1994); 5 años (Sentencia de la Corte const. n. 346 de 1996); 4 años (Sentencia de la Corte const. n. 232 de 1995); 2 años (Sentencias de la Corte const. n. 74 de 1997, n. 23 de 1999 y n. 24 de 2005); 1 año (Sentencias de la Corte const. n. 43 de 1998, n. 197, n. 313 y n. 350 de 2005).

²⁹¹ Sentencia de la Corte const. n. 65 de 1991. La menor, frente a la proposición incorrecto, e incluso podríamos decir “fraudulento” de la cuestión de constitucionalidad, se vio obligada a hablar con sus padres sobre el embarazo, obteniendo su consentimiento para abortar.

2. El auto de planteamiento en España

También en España el acto procesal cardinal de conexión entre el proceso *a quo* y el proceso ante el Tribunal Constitucional se verifica en el auto de planteamiento de la cuestión por parte del juez ordinario²⁹². La LOTC precisa que se elevará dicho auto cuando esté concluso el procedimiento ordinario y dentro del plazo para dictar la resolución jurisdiccional que procediese²⁹³, describiendo asimismo el contenido mínimo de este acto, a saber: la especificación de la disposición con rango de ley de dudosa constitucionalidad, el precepto de la Carta constitucional que aquélla supuestamente vulnera y la exteriorización del juicio de aplicabilidad y relevancia²⁹⁴ -al que están dedicadas algunas de las reflexiones anteriores de este trabajo²⁹⁵-. El auto de planteamiento tendrá que contener también las alegaciones y consideraciones expresadas en su caso por las partes del proceso *a quo* y por el Ministerio Fiscal durante la imprescindible fase de audiencia previa²⁹⁶.

Elevar la cuestión entraña la suspensión del proceso judicial en el que ha surgido la duda de constitucionalidad. Esa consecuencia, no obstante, no fue incontrovertida desde el principio. En efecto, el art. 163 CE dispone que elevar una cuestión de inconstitucionalidad en ningún caso conllevará efectos suspensivos, sin especificar el alcance o concreción de esta prohibición²⁹⁷. La doctrina se preguntó si la previsión constitucional se refería a la paralización del proceso principal o a la suspensión de la

²⁹² Un trabajo específico sobre este tema es el de VIVER PI-SUNYER, C., *El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 7, mayo-agosto 1999, pp. 97-109.

²⁹³ Art. 35.2 LOTC: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese [...]*”. Antes de la reforma de 2007, la LOTC establecía la posibilidad de plantear una cuestión dentro del plazo para dictar “sentencia”. Sin embargo ya desde los años 80 el Constitucional precisó en su doctrina (constantemente reiterada) que en dicha dicción tenían que incluirse también todos aquellos pronunciamientos decisivos de un pleito judicial, tanto si se trataba de una materia de fondo como si se resolvía un problema procesal (SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 6; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 1). La reforma legislativa no tiene otra finalidad entonces que aquella de proporcionar rango legal a un contenido desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

²⁹⁴ Art. 35.2 LOTC: “*El órgano judicial [...] deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”.

²⁹⁵ V. Cap. Segundo, II.1 c).

²⁹⁶ Art. 35.2 LOTC: “*[...] Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días*”. Hablaremos con más detalle de la importancia de la audiencia previa a las partes en las páginas siguientes. V. Cap. Tercero, I.1.

²⁹⁷ Reproducimos una vez más el texto del art. 163 CE: “*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*”.

vigencia de la norma controvertida en al auto de planteamiento, siendo absolutamente mayoría los que postularon la primera tesis²⁹⁸.

La jurisprudencia constitucional, del mismo modo, ha sido constante y estable al interpretar que los efectos suspensivos del auto de planteamiento repercuten exclusivamente en el proceso *a quo*, de modo y manera que elevar una cuestión en ningún caso ocasionará la interrupción de la vigencia de la ley que es objeto de la misma.

La “intensa” reforma²⁹⁹ operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, intervino y tradujo en disposición normativa aquello que en multitud de pronunciamientos se había declarado, estableciendo en un nuevo párrafo tercero del art. 35 LOTC que “*El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.*”.

Convendrá resaltar que dicho efecto podría originar obstáculos para la concreta protección y realización de los derechos en la fase de instrucción del proceso penal, cuando se susciten en su curso dudas de constitucionalidad, particularmente en los supuestos que precisen de medidas cautelares por parte del juez ordinario que ha planteado la cuestión. En cuanto a esa problemática, ya analizada anteriormente

²⁹⁸ Entre otros, sostienen esta segunda interpretación: ARAGÓN REYES, M., *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 7, 1979, p. 191 y ss.; DE VEGA, P., *Comentario al art. 163*, en *Constitución española (edición comentada)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 353; RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, en *Revista de estudios Políticos*, n. 7, 1979, p. 167.

²⁹⁹ Así la define y califica ARAGÓN REYES: “*Ahora bien, aunque la reforma no sea extensa, sí es intensa, en cuanto que afecta profundamente a dos cuestiones de crucial importancia para el Tribunal: su status y el recurso de amparo.*”. ARAGÓN REYES, M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 85, enero-abril, 2009, p. 29.

Considerado el tema objeto de este trabajo de investigación, nos permitimos añadir otro aspecto que se ha visto modificado con la reforma de 2007 de la LOTC y que nos parece muy importante mencionar con respecto a la relación entre el instrumento del control de las leyes en vía incidental y la tutela de los derechos: la previsión de un nuevo párrafo segundo en el art. 37 LOTC que introduce la posibilidad para las partes del juicio *a quo* de personarse ante al Tribunal Constitucional durante la fase *ad quem* (Art. 37.2 LOTC: “*Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días*”). A esta significativa novedad está dedicado el Cap. Tercero, II.3.

respecto de la experiencia italiana³⁰⁰, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los efectos suspensivos del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no paralizan aquellas actuaciones del órgano judicial que resulten necesarias “*para asegurar el objeto del proceso [...] y para llevar a cabo otros actos de instrucción y ordenación del proceso que no guarden relación con la norma cuestionada*”³⁰¹.

También en España se ha acogido el parámetro de la “autosuficiencia” del auto de planteamiento, recalando especialmente que este ha de respetar aquellos contenidos mínimos exigidos en la normativa constitucional y orgánica -enunciados más atrás-. Sin embargo, en no pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha procedido a delimitar por sí mismo el objeto del juicio de constitucionalidad o ha traído a colación como parámetro de control normas constitucionales diferentes a las aducidas, desbordando o reformulando el contenido del auto de planteamiento³⁰².

Sigue. Las hipótesis en las que pueden derivarse efectos negativos para la tutela de los derechos: la elección del juez *a quo* de no plantear una cuestión y la posibilidad, en estos casos, de tutelar los derechos fundamentales de las partes a través del amparo constitucional

A nuestro parecer, uno de los temas de mayor calado concernientes el auto de planteamiento, siempre atendiendo al análisis de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de tutela de derechos, es el debate que gravita alrededor de una eventual obligatoriedad del planteamiento de la cuestión por parte del juez ordinario si

³⁰⁰ V. Cap. Segundo, II.2 c).

³⁰¹ SOSPEDRA NAVAS, F. JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 179-180.

Nos parece evidente la relevancia de estas afirmaciones que modulan los efectos del planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad para lograr una mayor tutela los derechos e intereses de las personas involucradas en el proceso *a quo*.

³⁰² En ocasiones esta “injerencia” del Alto Tribunal ha sido justificada como una aclaración de afirmaciones ya contenidas en el auto; elementos que el órgano judicial no había dejado adecuadamente explicitados. En otras circunstancias, en cambio, el TC ha intervenido porque el juez *a quo* se haya equivocado en determinadas reflexiones (por ejemplo en el juicio de aplicabilidad o en la elección del parámetro de control), sin que se haya estimado por ello que la cuestión deba decaer, al precisar únicamente simples puntualizaciones.

En la mayoría de los casos, el Constitucional suele dedicar a estas “aclaraciones” uno de los primeros fundamentos jurídicos, y empezar con una afirmación parecida a la siguiente: “*Antes de entrar a analizar la cuestión de fondo planteada es necesario realizar una serie de precisiones previas. [...]*”, STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 1.

una de las partes del proceso lo solicitase³⁰³. Aunque, véase, para ser más concretos: el punto crucial sobre el que la doctrina y la jurisprudencia española se interrogaron radica en la posibilidad de que la decisión del órgano judicial de rechazar el planteamiento de una cuestión pudiese llevarse a cabo sin motivación y, sobre todo, si en esa hipótesis se causaba o no la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del sujeto que había solicitado elevar la duda de constitucionalidad ante el Constitucional³⁰⁴.

Desde el principio de su funcionamiento, el Tribunal español consideró que la decisión sobre la promoción de este tipo de proceso constitucional es una manifestación de la que podemos definir, utilizando las palabras de JIMÉNEZ CAMPO, como “*autodeterminación judicial*”³⁰⁵. Plantear o no una duda de constitucionalidad ante el Constitucional es decisión, por tanto, que compete en exclusiva al órgano judicial que conoce del caso específico; una prerrogativa incondicional del juez ordinario³⁰⁶. Es más, para el Alto Tribunal, incluso en un escenario en el que una de las partes del proceso hubiera mostrado su incertidumbre sobre la legitimidad constitucional de la norma aplicable al mismo, la negativa a suscitar la cuestión por parte del juez no vulneraría por sí sola el derecho *ex art. 24 CE*. Llegó más lejos aún en el discurrir de su jurisprudencia, acogiendo una conclusión más rotunda: tan amplia es la libertad del juez ordinario en esta decisión que no conculcaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ni

³⁰³ Tanto en Italia como en España, la normativa establece que la cuestión de inconstitucionalidad pueda solicitarse a instancia de parte o de oficio. Sin embargo, veremos a continuación que el planteamiento de la cuestión depende exclusivamente de la voluntad del órgano judicial, y las problemáticas conexas a esta circunstancia.

³⁰⁴ En Italia este problema no suele presentarse, ya que el juez ordinario que decida no plantear una cuestión de legitimidad constitucional solicitada a instancia de parte, tiene la obligación de emitir un auto autónomo en el que explique y motive su decisión. En la praxis, sin embargo, muchas veces el órgano judicial incluye esta motivación en la misma sentencia con la que resuelve el asunto en el que se intentó elevar una cuestión a instancia de parte.

³⁰⁵ RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 94.

³⁰⁶ Entre muchos otros ejemplos, puede citarse el FJ 2 del ATC 56/2011, de 18 de mayo: “*Como tiene declarado este Tribunal, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable de los órganos judiciales, de suerte que no es posible configurar a la apertura del trámite de audiencia como la estimación de una pretensión incidental deducida por la actora, puesto que el art. 35 LOTC no reconoce a las partes personadas en un proceso ningún derecho al respecto, sino únicamente la facultad de solicitar a los órganos judiciales que insten la apertura del proceso constitucional, a cuyo único criterio la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma legal aplicable al caso (por todos, ATC 65/2001, de 27 de marzo, FJ 1)*”.

siquiera la falta de motivación y justificación del no planteamiento de la cuestión en la sentencia que cierra el juicio en cuestión³⁰⁷.

En la jurisprudencia más reciente, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha modificado su doctrina. Aunque manteniendo idénticas sus previas afirmaciones sobre la exclusiva prerrogativa judicial en la decisión de plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad, ha declarado con reiteración que la falta de motivación, o incluso una motivación que se manifieste incoherente o arbitraria al disponer no elevar la duda de constitucionalidad, sí constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva³⁰⁸.

Absolutamente distintiva es la doctrina que fija la STC 58/2004, de 19 de abril, que podríamos considerar uno de los pronunciamientos principales en este tema.

³⁰⁷ Se lee, en efecto en el ATC 767/1986, de 8 de octubre, FJ 1: “*En primer lugar [...] la Magistratura de Trabajo habría infringido la Constitución porque, sin fundamento ni razón expresa alguna, ha desestimado la petición de que planteara cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral. Aquí el recurrente parece partir de la premisa de que existe un verdadero y propio derecho de la parte a que el Juez plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre un determinado precepto. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la cuestión de inconstitucionalidad es un instrumento puesto en manos del Juez ordinario para resolver las dudas que le suscite la eventual disconformidad a la Constitución de una norma con rango de ley, instrumento que el Juez sólo debe usar cuando tenga dudas razonables sobre el extremo reseñado; y, aun cuando la parte puede proponer que se plantee la cuestión, la decisión del Juez al respecto seguirá siendo libre, y la cuestión misma seguirá siendo instrumento a disposición del Juez y no de la parte que lo pidió (por todos, ATC de 8 de mayo de 1985). Ello revela la falta de fundamento del primer motivo del recurso, habiéndose de tener en cuenta que, como dijimos en el ATC 275/1983, de 8 de junio, no siendo la petición de que se suscite cuestión de inconstitucionalidad «fundamento de ninguna pretensión a la que el juzgador 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»*”.

³⁰⁸ Entre las sentencias más recientes puede verse la STC 263/2015, de 14 de diciembre, en cuyo FJ 2 se afirma: “*De este modo, si un órgano judicial estima que una norma foral fiscal adolece de posibles vicios de inconstitucionalidad, viene obligado a suscitar la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional, y, si no lo estima así, supuesto en el que obviamente no está compelido a plantear la cuestión, debe limitarse a aplicarla, eso sí, razonando los motivos por los cuales considera, en contra de la opinión del recurrente, que la disposición cuestionada no adolece de los vicios que se le imputan, resultando plenamente conforme con el ordenamiento constitucional (SSTC 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, y 240/2015, de 30 de noviembre, FJ 2)*”.

En realidad esta decisión no resuelve una CI sino de una cuestión prejudicial de validez de las Normas Forales fiscales de los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya; sin embargo la misma Disposición Adicional Quinta de la LOTC que regula este tipo de proceso afirma expresamente que al mismo se aplica la regulación prevista por la cuestión de inconstitucionalidad (Disposición Adicional Quinta LOTC: “*1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 31/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las Normas Forales enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley. 2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente. [...]”*).

Será preciso, siquiera de modo panorámico, describir el supuesto de hecho³⁰⁹. Un empresario del sector del juego presentó un escrito dirigido al Jefe de la Sección del Juego de la Delegación Territorial de Barcelona (Generalidad de Cataluña) oponiéndose a la tasa fiscal que le correspondía abonar según lo dispuesto en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, así como, en segundo lugar, contra el recargo autonómico establecido sobre la misma por una Ley del Parlamento de Cataluña, la 2/1987, de 5 de enero, y los incrementos establecidos en aquélla en sucesivas Leyes presupuestarias de diversos ejercicios. Desestimada esa oposición y efectuada la liquidación correspondiente, presentó el interesado una reclamación económico-administrativa, que fue también rechazada, y seguidamente un recurso contencioso-administrativo, que resultó en cambio estimada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

Para sostener su interpretación, citaba el órgano judicial la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 173/1996, de 31 de octubre, que quedó referida al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que incrementaba la cuota anual de la citada tasa para un concreto ejercicio (1990). Igualmente, ahora para analizar "la legalidad del recargo autonómico", establecido en la ley autonómica antes citada, examina el órgano judicial la legalidad de la tasa a la luz de la Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de lo que nos ocuparemos, analizando también y entre otras esta STC 58/2004, al examinar las cuestiones afectantes a la tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia en los ámbitos de protección multinivel.

En el recurso de amparo promovido por la Generalidad de Cataluña se ponían en cuestión los dos pronunciamientos de la Sentencia impugnada, tanto el correspondiente a la tasa estatal como el propio del recargo autonómico. La fundamentación esencial residía, desde en ambos prismas, en la existencia de una desatención del sistema de fuentes, con lesión del art. 24 CE.

Tiene relevancia el pronunciamiento al objeto que en este momento se analiza en razón de que la decisión adoptada por el órgano judicial sobre la tasa prescrita en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que acuerda no aplicar al caso por su

³⁰⁹ Volveremos a analizar esta Sentencia, y por esta razón también nos detenemos en la descripción de los antecedentes, en el Cap. Quinto, III.Sigue.

(pretendida) contradicción con la Norma Fundamental, se produjo sin planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Constitucional.

Dice el Tribunal en la STC 58/2004 que el apartado del fallo que se funda en una pretendida inconstitucionalidad de la tasa fiscal fijada por el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990 no es correcto, pues no fue esa declaración la que hizo la STC 173/1996, de 31 de octubre, referida exclusivamente al art. 38.2.2 de la Ley (un gravamen complementario aplicable exclusivamente durante un ejercicio, el año 1990) y no al art. 38.2.1 (cuota de la tasa), que ahora resultaba objeto de la controversia. Esto así, afirma: *“(e)llo supone que, al extender el órgano judicial los efectos de nuestra declaración de inconstitucionalidad hecha para una figura tributaria (el gravamen complementario) a otra totalmente distinta (la tasa fiscal del juego), se está arrogando una competencia que no le corresponde, incurriendo, también en este caso, en un exceso de jurisdicción”*.

A fin de fundamentar esa conclusión, recuerda la Sentencia constitucional que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley con base en un juicio de incompatibilidad con la Constitución; que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional y, asimismo, que la disposición de ley que, según el juzgador, resulte aplicable en el proceso no puede dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Concluyendo de todo lo dicho: *“ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinamental de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida”,* lesionándose en otro caso, termina el pronunciamiento, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (en el supuesto concreto: *“tanto por no haber planteado el órgano judicial la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE, única vía que le asistía para dejar inaplicada la norma con rango legal aplicable al supuesto de autos, como por haber desconocido la eficacia de una norma legal plenamente vigente”*), y también el art. 24.1 CE (por soslayar el derecho de defensa del interesado, que no tuvo *“oportunidad u*

ocasión de prever tal preterición, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC”9.

Es interesante destacar que, así como el Tribunal ha insistido mucho en que no hay vulneración del art. 24 CE por la decisión motivada de no planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial, cerrando de esa manera la hipótesis de que las peticiones formuladas en ese sentido a instancia de parte puedan acarrear una quiebra de derechos fundamentales cuando si son rechazadas, así también, en cambio, la lesión se da (a modo de excepción a aquella regla general) cuando el no planteamiento de la cuestión va acompañado de un exceso de jurisdicción. Esto es, lo determinante de uno u otro resultado es la efectiva aplicación de la ley al caso, ya que solo puede soslayarse tras una declaración de inconstitucionalidad adoptada por el Tribunal Constitucional.

Un criterio que no puede sino parecernos razonable, pues es obvio que en el diseño español la decisión de planteamiento corresponde al juez ordinario, pero que, del mismo modo, éste no puede convertir ese margen apreciativo en un resultado de desatención de la ley por inconstitucionalidad, sorteando los límites de su jurisdicción e invadiendo los que corresponden al Tribunal Constitucional. En suma, la no elevación de la cuestión es lesiva si el órgano judicial, subvirtiendo el sistema de fuentes, decide la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley sin someter ese juicio al Constitucional en un juicio incidental, desbordando su competencia jurisdiccional.

Un matiz o excepción muy relevante, como se ve, pues rompe el marco o parámetro ordinario en la materia, incluyendo un supuesto paralelo, con distintos efectos, en el que derechos fundamentales y cuestión de inconstitucionalidad salen, en su armonización, íntimamente vinculados, al punto de poder darse la vulneración directa de aquellos en función del comportamiento judicial.

Un encuadramiento de la lesión, en segundo, también trascendente. Es el art. 24.2 CE, por perturbarse el sistema de fuentes, el que queda comprometido en esos supuestos, al asociarse la desatención de éste (inaplicar la ley sin cuestión de inconstitucionalidad) con el derecho a un proceso con todas las garantías, y no con la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (aunque ésta quede también afectada desde el prisma del derecho de defensa, según ha quedado escrito).

Y, finalmente o en tercer lugar, en estrecha relación con los contenidos de nuestro trabajo, una doctrina del Tribunal tuitiva e intensificadora de la cobertura de los derechos fundamentales, pues convierte el no planteamiento de la cuestión de

inconstitucionalidad en una quiebra de derechos fundamentales, dotando así de una lógica de penetración e intensidad de los derechos gracias a las cuestiones de inconstitucionalidad.

Es importante precisar que el juez ordinario conculcaría este derecho fundamental sólo en la hipótesis de haber reconocido dudas sobre la constitucionalidad de la norma rectora del caso y relevante para su resolución, habiéndola aplicado sin proceder a aquel planteamiento ante el Tribunal Constitucional y sin motivar adecuadamente esa decisión³¹⁰.

Esta modificación en la doctrina constitucional tiene evidentes repercusiones positivas en la protección, cada vez más eficaz, de los derechos fundamentales de los individuos. Ante una duda, aunque mínima, de inconstitucionalidad del órgano judicial y la proposición de la parte del planteamiento de la misma, las garantías del derecho a la tutela judicial efectiva se han indiscutiblemente ampliado, al considerarse una vulneración susceptible de amparo constitucional la negativa al planteamiento sin una justificación razonada y razonable.

Para terminar con algunas consideraciones doctrinales (y de parte de quien escribe), CORZO SOSA estima que las partes tienen un derecho subjetivo al planteamiento. De esta forma, el hecho que el juez decida de forma completamente autónoma sobre el planteamiento, podría terminar por no dar el justo espacio a los intereses de las parte, alejando la cuestión de inconstitucionalidad de la concepción subjetiva de la misma³¹¹.

Ahora bien, en contraste con esta orientación, no deberá olvidarse que el juez debe fundar su resolución en Derecho y que no necesariamente se tutelan mejor los

³¹⁰ STC 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2: “[...] ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la norma foral fiscal aplicable al caso concreto y decide por ello, en contra de la opinión del justiciable, no plantear la cuestión al Tribunal Constitucional que se le solicita (SSTC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10; 84/2008, de 21 de julio, FJ 5; 26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3; 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, y 240/2015, de 30 de noviembre, FJ 2). Ahora bien, “el que esta potestad de los Jueces y Tribunales esté configurada de manera exclusiva no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene rango constitucional (art. 120 CE)” (STC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3)”.

³¹¹ CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., pp. 316 y ss.

intereses de las partes si se permite el planteamiento (infundado en opinión del órgano *a quo*) de una cuestión de legitimidad constitucional.

La Constitución ha previsto que este tipo de proceso constitucional no pueda ser desencadenado directamente por elección de las partes, a diferencia de lo que acontece con el recurso de amparo previsto en España. El proceso incidental de constitucionalidad por ello, entre otros elementos definidores y delimitadores de su rol, es un cauce diferente y singular que quiere poner en conexión la jurisdicción ordinaria y la constitucional, ambas encargadas como están de la protección y tutela de los derechos. Y es que, en efecto, a la hora de caracterizar la cuestión de inconstitucionalidad y de advertir su nexo o aptitud en la función de tutela que nos ocupa, no cabe olvidar que el juez ordinario es el órgano natural de protección de los derechos e intereses de las personas, de manera que, siendo esa su función y condición de prestación del servicio jurisdiccional, resultaría muy discutible afirmar que se produce una desprotección de los mismos al atribuirle la decisión sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Además, y siempre en contra de la concepción de CORZO SOSA³¹², debe enfatizarse que cuando el órgano judicial no tiene dudas sobre la legitimidad constitucional de una previsión normativa ésta debe seguir siendo reputada constitucional, sin que esa presunción vulnere ningún derecho. ¿O es que se puede pensar que a la parte se le lesiona el derecho a la aplicación de una ley constitucional en razón, únicamente, de su propia y subjetiva estimación sobre la ilegitimidad de esa norma en contraste con el texto fundamental? La respuesta solo puede ser negativa, particularmente si atendemos a que en el ordenamiento jurídico español existe una presunción de validez constitucional mientras el Tribunal Constitucional, en su caso, no declare lo contrario. Junto a ello, y en una indudable conexión que abunda en la conclusión descrita, es destacable que no se establezca en España un amparo contra leyes.

De cualquier modo, si la parte estimase que se le ha aplicado una ley inconstitucional podrá volver a insistir en su propósito de planteamiento de la cuestión en los sucesivos grados jurisdiccionales, solicitando en ellos que se eleve la cuestión o, en todo caso, que se le restablezca en su derecho en la jurisdicción ordinaria; al igual que podrá, finalmente, si no hubiera obtenido satisfacción en la vía judicial, procurar ese

³¹² CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., pp. 322 y ss.

objetivo a través de la interposición de un recurso de amparo ante el Constitucional (que puede derivar, si en verdad la ley aplicada fuera de dudosa constitucionalidad, en una autocuestión de inconstitucionalidad, más cuando entre los supuestos de especial trascendencia constitucional -requisito que introdujo la reforma de 2007 de la LOTC en los arts. 49 y 50 de la misma ley- se incluye el de que la norma aplicada al caso pueda ser inconstitucional³¹³).

En Italia todo lo expuesto es de más difícil verificación, ya que no existe ni un amparo constitucional ni tampoco un cauce para la autocuestión de inconstitucionalidad.

VI. Una visión de conjunto y algunas consideraciones adicionales: el papel del juez en la tutela de los derechos a través del control incidental de constitucionalidad

1. La ampliación del papel del juez ordinario en Italia

i. la obligación de la interpretación conforme

Como conclusión de este capítulo, dedicado a los problemas relacionados con la tutela de los derechos fundamentales en el juicio incidental de leyes en la fase que se desarrolla ante el juez *a quo*, será pertinente desgranar algunas consideraciones sobre el papel efectivamente desarrollado por éste, deteniéndonos en elementos asociados a la forma en la que el juicio incidental se ha venido practicando en los distintos países.

En cuanto afecta al ordenamiento italiano, hemos desvelado en páginas anteriores la posición destacada que se le atribuye al juez, en tanto que sujeto encargado de “abrir las puertas” de la Corte constitucional. Tan es así que las vías de acceso se han reducido durante mucho tiempo a la vía incidental, actuándose conforme a un diseño en

³¹³ Art. 49.1 LOTC: “El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”.

Art. 50.1 b) LOTC: “El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

Para la interpretación proporcionada por el Tribunal Constitucional del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional, véanse el ATC 188/2008, de 21 de julio, y la célebre STC 155/2009, de 25 de junio.

el que se adivina una “apuesta” o creencia de los legisladores constitucional y ordinario, más o menos consciente, sobre su sensibilidad constitucional, la de la magistratura, así como la confianza de que entre ésta y la Corte constitucional se generaría una relación de colaboración recíproca, indispensable para la realización de todo lo que aquellos legisladores perseguían, ya fuera concretado en una “dimensión objetiva” o en otra “subjetiva” de la justicia constitucional.

Con base en las normas que regulan la fase de iniciación del proceso incidental, se le reconocen al juez dos funciones que pueden ser consideradas diversas: *a*) la de “controlador” de los elementos planteados por las partes en el juicio *a quo*, con el fin de evitar, por un lado, que lleguen a la Corte cuestiones conjeturales, académicas y abstractas o privadas de cualquier consistencia real y, por otro lado, la de reforzar, por parte de un órgano del Estado y contra el riesgo de una “rebelión” del individuo frente a la ley, el valor o la fuerza de la propia ley; y *b*) la de “promotor”, como resultado de la potestad que se le reconoce de plantear de oficio una cuestión de legitimidad constitucional³¹⁴.

Es posible cotejar, valorando la concreta aplicación de esta regulación, si entre estas dos funciones reconocidas al juez ha prevalecido una actitud “pasiva” (si hubiera predominado el valor que se confiere a la solicitud de parte –promoción a instancia de parte- y, por tanto, el interés del individuo frente al general, relegando el planteamiento de oficio a la simple tarea residual de suplir a la parte no solicitante de las cuestiones de inconstitucionalidad que fueran procedentes), o, por el contrario, una actitud “activa”, en nombre del interés público superior, caso de que se calificara la instancia de parte como un simple estímulo o impulso a la actividad del juez.

La realización concreta del juicio en vía incidental ha marcado, sin lugar a género de dudas, la prevalencia de la segunda de las funciones indicadas *supra*. La cuestión de inconstitucionalidad se ha convertido, en efecto, en un instrumento (sobre todo para los miembros más jóvenes de la magistratura) para liberarse de las interpretaciones conservadoras de los “jueces superiores” e inspirarse en los nuevos valores constitucionales, hasta el punto de que ese sector de la magistratura fue acusado de buscar protagonismo o de seguir y apoyar una determinada orientación política (los así llamados “togas rojas”) e incluso de perseguir fines políticos con su actividad.

³¹⁴ ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 63 y ss.

La cuestión de inconstitucionalidad, de hecho, como demuestra con facilidad la lectura de los autos de planteamiento, resulta muy a menudo instada de oficio, e incluso, cuando viene asociada a una solicitud o instancia de parte, resulta casi siempre reelaborada, modificada e integrada por parte del juez.

Asimismo, es importante resaltar que en los autos de planteamiento es posible encontrar a menudo expresiones como, por ejemplo, “evidente contraste” (“*evidente contrasto*”) o “manifiesta violación constitucional” (“*chiara violazione costituzionale*”), que expresan más bien una certeza que una siempre duda.

Estas consideraciones, sin embargo, pueden resultar válidas para un primer periodo de la experiencia del juicio constitucional incidental en Italia, dado que, acaso, en una segunda etapa, aflora una reflexión adicional sobre el papel de los jueces en la tutela de los derechos a través de la utilización del instrumento analizado que queda atravesada por la incidencia que posee, y la transformación que acarrea, la técnica denominada “interpretación conforme a la Constitución” y el recurso a las “decisiones aditivas de principios”. Como veremos, un nuevo parámetro que desemboca en la invitación a contener el empleo del instrumento incidental, proveniente de la propia Corte constitucional.

Si en una primera fase interesa observar qué potestades ha asumido el juez ordinario en tanto que “guardián” de la Corte constitucional³¹⁵, en una segunda etapa de la jurisprudencia constitucional italiana se precipita en el análisis el cambio verificado en el rol del juez que, de simple encargado de la “apertura de las puertas” de la Consulta, ha pasado a convertirse en un agente que resuelve por sí mismo, directamente, las dudas de constitucionalidad, en cierto modo sustituyendo a la Corte constitucional.

Un resultado -un logro, si se prefiere- ampliamente alcanzado gracias a la progresiva valorización de la actividad interpretativa del juez ordinario por parte de la Corte constitucional. Esta Corte, de hecho, a partir de la mitad de los años 90 ha excluido en varias ocasiones³¹⁶ la posibilidad de que el juez le presente una mera duda interpretativa o que impugne una interpretación no compartida de una disposición, subrayando que determinadas controversias hermenéuticas corresponden a la competencia de aquel y resultan extrañas al juicio de constitucionalidad, que estaría

³¹⁵ En realidad, la correcta traducción de la notoria expresión de Calamandrei a la que ya hemos aludido, sería “portero”, locución que sin embargo resulta “antiestética” en español.

³¹⁶ A título meramente ejemplificativo, v. las decisiones de la Corte const. n. 54 de 1999; n. 93, n. 159, n. 233 y n. 283 de 2000; n. 33, n. 86, n.144, n. 150, n. 169 y n. 365 de 2001.

pensado para eliminar las normas viciadas y no para juzgar la falta de certeza en el marco de la aplicabilidad de las mismas.

Como también hemos apuntado al referirnos al ordenamiento español, el Juez constitucional italiano ha sentado con suficiente énfasis, y repetido en una pluralidad de casos, que el juicio de constitucionalidad de las leyes no puede ser empleado por el órgano judicial que utiliza el cauce incidental con el fin de hacer prevalecer una interpretación frente a otra, ni con el propósito de obtener un aval de la Corte para la interpretación que realiza de la norma, al objeto de preservar el pronunciamiento vertido del riesgo de ser anulado por el juez de segunda instancia que ha mostrado seguir una interpretación distinta, como tampoco para protegerse frente a la jurisprudencia, más o menos consolidada, de la Casación.

Ya hemos recordado que la jurisprudencia constitucional ha añadido, junto a las condiciones tradicionales de relevancia y no falta manifiesta de fundamento, un tercer requisito para el juez, es decir demostrar haber intentado, antes de elevar la cuestión de constitucionalidad, resolver las propias dudas mediante una interpretación conforme a la Constitución³¹⁷.

En efecto, desde el 1996, este requisito viene exigido por la Corte constitucional, so pena la inadmisión de la cuestión. De la sentencia más famosa sobre esta temática, que sentó la doctrina referida, fue ponente el Juez Zagrebelsky, que afirmó que “*en línea de principio, las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas porque sea posible otorgarles interpretaciones inconstitucionales (y algún juez estime hacerlo), sino porque resulta imposible otorgarles interpretaciones constitucionales*”³¹⁸.

La Corte constitucional empezará entonces a sancionar con decisiones de inadmisibilidad, simple o manifiesta, los supuestos en los que los jueces ordinarios planteen cuestiones de inconstitucionalidad sin demostrar haber previamente intentado proporcionar una interpretación conforme³¹⁹.

En el seno de la doctrina se ha discutido esta línea jurisprudencial bajo el prisma de su confluencia con las obligaciones tradicionales normativamente previstas e impuestas al juez para la proposición de una cuestión de inconstitucionalidad. Téngase

³¹⁷ Entre otros, puede verse: LUCIANI, M., *Interpretazione conforme a costituzione*, en *Enciclopedia del diritto-Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 y ss.

³¹⁸ “*In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni costituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”, Sentencia de la Corte const. n. 356 de 1996.

³¹⁹ Véanse, por ejemplo las decisiones de la Corte const. nn. 65, 69, 174, 197, 202, 314, 380, 386, 401, 445 de 1999; nn. 13, 27, 69, 177, 233, 276, 277, 289, 592 de 2000; nn. 20, 21, 227, 234, 316, 322, 376, 393, 395, 442, 592 de 2001.

en cuenta que, según la regulación italiana, resultaría suficiente la existencia de una simple duda para poder activar el instrumento incidental, bastando un examen sumario y superficial por parte del juez, de forma que solo quedaría excluido el planteamiento cuando la contradicción entre la ley y la Constitución apareciese *a limine*, ya desde el primer umbral de aproximación, como absolutamente sin fundamento.

La necesidad, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, de tener que acreditar el intento de interpretación conforme de la norma con la Constitución ha sido advertida por algunos autores como una modificación que ha llevado a una transformación del modelo de justicia constitucional italiano, tanto en orden al requerimiento de la “certeza” de la inconstitucionalidad (y ya no de una simple duda, como se interpretó hasta aquel momento el requisito de la “no manifiesta falta de fundamento”), como respecto de la elección de una suerte de control “difuso” y ya no concentrado de constitucionalidad³²⁰.

En opinión de otros autores, la innovación es sin duda trascendente, pero sus efectos no llegan hasta el punto de constituir una “adulteración” del sistema de justicia constitucional italiano, pues inciden solo en las relaciones entre los jueces ordinarios y la jurisdicción constitucional y siguen dejando en exclusiva a la Corte constitucional la competencia para declarar las leyes inconstitucionales (expresión inequívoca del carácter concentrado del sistema de justicia constitucional italiano)³²¹.

Las críticas a la ahora mencionada jurisprudencia sobre la obligación de la interpretación conforme y la notable disminución del número de las cuestiones de legitimidad constitucional en vía incidental han aconsejado a la Corte en estos últimos tres años de volver a plantearse esta temática, especificando mejor sus afirmaciones.

En particular, la Corte constitucional ha precisado que “*la posibilidad de una interpretación adicional y alternativa, que el juez a quo no ha considerado acoger, no tiene ningún relieve trascendente respecto del acatamiento de las reglas del proceso*”

³²⁰ Para tales posiciones v. RESCIGNO, G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 2417; RESCIGNO, G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, en AZZARITI, G., (Coord.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21; PUGIOTTO, A., *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, en *Corr. Giur.*, 2004, pp. 480 y ss.; FALZEA, P., *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo dei giudici nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 104 y ss. y *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005;

³²¹ Véanse, por ejemplo, MODUGNO, F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, en *Giur. cost.*, 2009, pp. 2411-12, que ha calificado al modelo italiano como de “control no difuso, sino colaborativo” (“*sindacato non diffuso, ma collaborativo*”).

constitucional, pues la verificación de la existencia y de la legitimidad de dicha interpretación adicional es una cuestión que concierne al fondo de la controversia, y no a su admisibilidad”; por esta razón, el hecho que “las leyes no se declaren constitucionalmente ilegítimas porque es posible encontrar una interpretación inconstitucional (y algunos jueces quieran encontrarlas)”, no significa que, en aquellos casos en los que fuera difícil hallar una interpretación constitucionalmente orientada, la cuestión no tenga que ser examinada en el fondo. Es más: dicho examen, cuando recurran las citadas condiciones, se manifiesta como necesario, aunque sea con la única finalidad de establecer si la solución conforme a la Constitución rechazada por el juez ordinario proponente sea, no obstante, posible³²².

ii. Sigue: la utilización de las denominadas “sentencias aditivas de principios” por la Corte constitucional

Encontrar la solución a las dudas de constitucionalidad por medio de la exégesis judicial y el recurso a la interpretación conforme nos permite enfatizar, como ha afirmado también la doctrina más experta, que la cuestión de inconstitucionalidad se ha transformado progresivamente en una cuestión de interpretación.

Este efecto, refiriéndonos también ahora a la ampliación del poder de decisión del juez ordinario, se deduce asimismo de la utilización de aquellas decisiones de la Corte constitucional denominadas “aditivas de principios” (“*additive di principio*”).

Para dar una idea de las finalidades y el alcance de este tipo de resoluciones, podemos mencionar las palabras de los dos Presidentes de la Corte constitucional en el cargo en el momento del nacimiento de esa técnica. El primero de ellos, el Juez Ferri, sostuvo que “*normalmente la Corte adopta decisiones aditivas de principios cuando a la ilegítima inactividad del legislador³²³ le corresponde [a la Corte] la discrecionalidad*

³²² “*La possibilità di un’ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice a quo non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell’esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità*”.

Es posible consultar esta jurisprudencia en las decisiones de la Corte const. nn. 221, 262 de 2015; nn. 45, 95, 204 de 2016 y n. 42 de 2017.

En doctrina v. TOMBA, C., *Il “depotenziamento” dell’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un “nuovo” riflesso sulle tecniche decisorie?*, en *Giur. cost.*, 2015, pp. 2063 y ss.

³²³ Sobre el análisis de algunas de las problemáticas relativas a las omisiones del legislador y a la intervención de las Cortes constitucionales, véase Cap. Segundo, III.2.ii.

*de proporcionar la prestación negada” y que “una discrecionalidad similar puede encontrarse también en el caso de negación de tratamientos que corresponden a las libertades fundamentales”*³²⁴; mientras que el segundo, el Juez Granata, precisó que con tales decisiones “*se declara la ilegitimidad inconstitucional de la falta de previsión de un mecanismo idóneo para dotar de efectividad a la protección de los derechos en juego, dejando sin embargo al legislador la potestad de identificar tal mecanismo de forma abstracta y permitiendo, mientras tanto, que el juez ordinario encuentre la regla aplicable al caso concreto en el principio expresado por la Corte*”³²⁵.

La Corte, con la finalidad de, de un lado, seguir respetando las elecciones discrecionales del legislador y, de otro, de poder pronunciarse en orden a la legitimidad constitucional de la ley enjuiciada por la jurisdicción ordinaria, opta por declarar la inconstitucionalidad sin que el pronunciamiento resulte de naturaleza auto-aplicativa (como ocurre con las decisiones de tipo aditivo o sustitutivo), limitándose a fijar un principio que deberá ser objeto de desarrollo infraconstitucional por parte del legislador y, dentro de lo posible, por el juez encargado de resolver el caso concreto³²⁶.

Queremos a este punto destacar que, ciertamente, no puede concluirse que todas las sentencias aditivas de principios poseen las mismas características (y, por ende, la misma eficacia). Así, parece que se registre una sensible diferencia entre, de un lado, los supuestos en los que la Corte ha aportado un principio específico, fácilmente determinable, con respecto a, de otro lado, aquellos casos en los que el principio

³²⁴ *"In genere la Corte adotta decisioni additive di principio, quando all'illegittima inerzia del legislatore corrisponde una sua discrezionalità nell'erogare la prestazione negata" y que "simile discrezionalità può riscontrarsi anche nel caso di negazione di trattamenti che corrispondono a libertà fondamentali"*, rueda de prensa del Presidente della Corte costituzionale Ferri en 1996, cuyo texto puede consultarse en www.cortecostituzionale.it.

³²⁵ *"Si dichiara l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di un meccanismo idoneo a rendere effettivi i diritti in parola, lasciando però al legislatore il potere di individuare tale meccanismo in linea astratta ed abilitando intanto il giudice comune a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla Corte"*, rueda de prensa del Presidente della Corte costituzionale Granata en 1999, cuyo texto puede consultarse en www.cortecostituzionale.it.

³²⁶ Ver, a este propósito, la Sentencia de la Corte const. n. 74 de 1996, en la que la Consulta ha afirmado que “*la declaración de ilegitimidad constitucional de una omisión legislativa [...] de un lado deja al legislador, reconociéndole su innegable competencia, libre de introducir y regular también con carácter retroactivo tal mecanismo en vía de normación abstracta, y de otro proporciona un principio al que el juez común está habilitado a hacer referencia para poner remedio entretanto a la omisión mediante la identificación de la regla del caso concreto*” (“*la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa [...] mentre lascia al legislatore, riconoscendone la innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto*”).

indicado aparece como genérico e indeterminado, o incluso indeterminable si no le sigue una intervención específica del legislador³²⁷.

Las decisiones aditivas de principios están compuestas de dos partes: una de carácter “demoledor” (declaración de inconstitucionalidad) y como tal con efecto

³²⁷ Con el objetivo de señalar los caracteres y el modo de operar de este tipo de pronunciamientos, véanse a título ejemplificativo las declaraciones de inconstitucionalidad:

- de las disposiciones que no preveían el principio de que corresponde al padre percibir, como alternativa a la madre, la indemnización de maternidad, atribuida tan sólo a esta última, observando que “*en el respeto a los principios establecidos por esta Corte, queda reservada al legislador la tarea de proporcionar un mecanismo de aplicación que permite que también al padre trabajador disfrute de una adecuada tutela*” (“nel rispetto dei principî sanciti da questa Corte, rimane comunque riservato al legislatore il compito di approntare un meccanismo attuativo che consenta anche al lavoratore padre un'adeguata tutela”), Sentencia de la Corte const. n. 385 de 2005;

- del art. 45, inciso 1º, d. lgs. 151/2001, en la parte en que preveía que los permisos de los arts. 39, 40 y 41 se aplicasen, también en caso de adopción y de acogimiento, “*dentro del primer año de vida del niño*”, así como “*dentro del primer año de incorporación del menor a la familia*”, considerando que “*corresponde a la discrecionalidad del legislador establecer eventualmente los límites al disfrute de los permisos correlativos a la edad del menor adoptado o acogido*” (“rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire eventualmente i limiti alla fruizione dei riposi correlati all'età del minore adottato o affidato”), Sentencia de la Corte const. n. 104 de 2003;

- de la normativa que preveía que la administración y los concesionarios del servicio telegráfico no asumieran responsabilidad alguna por la falta de entrega de un telegrama, estimando que “*pertenece a la esfera de la discrecionalidad legislativa proporcionar, para el susodicho caso, una derogación del derecho común de responsabilidad civil que mantenga un razonable punto de equilibrio entre las exigencias propias de gestión del servicio telegráfico y las, no menos importantes, de los usuarios de este servicio*” (“appartiene alla sfera della discrezionalità legislativa apportare, per il caso suddetto, una deroga al diritto comune della responsabilità civile che realizzi un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze proprie del gestore del servizio telegrafico e quelle, non meno importanti, degli utenti del servizio medesimo”), Sentencia de la Corte const. n. 254 de 2002;

- de la falta de previsión de una tutela jurisdiccional frente a los actos de la Administración pública penitenciaria lesivos de los derechos de los que están sujetos a restricción de la libertad personal, considerando que “*no permitiendo los instrumentos del juicio de constitucionalidad de las leyes la introducción de normativa dirigida a subsanar tal defecto, no queda más que declarar la inconstitucionalidad de la omisión y llamar contextualmente al legislador al ejercicio de la función normativa sobre que la es competente, en ejecución de los principios constitucionales*” (“gli strumenti del giudizio di costituzionalità sulle leggi non permettendo di introdurre la normativa volta a rimediare a tale difetto, non resta che dichiarare l'incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all'esercizio della funzione normativa che ad esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione”), Sentencia de la Corte const. n. 26 de 1999;

- de la regulación relativa a la aplicabilidad a los menores de la medida de seguridad de recuperación en un hospital psiquiátrico judicial. La Corte declaró en aquella ocasión que “*corresponderá al legislador colmar con las previsiones adecuadas, también en relación a la toma de las consiguientes medidas organizativas y estructurales, la laguna normativa que viene a generarse con la declaración de inconstitucionalidad*” (“spetterà al legislatore colmare con previsioni adeguate, anche in ordine all'apprestamento delle conseguenti misure organizzative e strutturali, il vuoto normativo che si viene a creare con la dichiarazione di incostituzionalità”), Sentencia de la Corte const. n. 324 de 1998;

- de la medida de indemnización debida a los propietarios afectados por servidumbre militar, observando que “*el legislador es libre de adoptar criterios más o menos automáticos para la determinación de la indemnización [...] siempre que las tasas de valoración estén establecidas de tal forma que produzcan un resultado que, confrontado con ese parámetro y teniendo presentes los intereses generales subyacentes a la resolución expropiatoria, pueda considerarse equitativo*” (“il legislatore rimane libero di adottare criteri più o meno automatici di determinazione dell'indennizzo [...] sempre che le tariffe d'estimo siano stabilite in misura tale da produrre un risultato che, confrontato con quel parametro e tenuto conto degli interessi generali sottesi al provvedimento espropriativo, possa considerarsi equo”), Sentencia de la Corte const. n. 138 de 1993. También, entre muchos otros ejemplos, pueden verse las Sentencias de la Corte const. n. 278 del 2013; n. 301 del 2012; n. 61 del 2006; n. 466 del 2002; n. 171 del 1996; n. 78 del 1993.

vinculante y eficacia *erga omnes*; y otra parte que contiene el principio indicado por la Corte constitucional que necesita de un desarrollo sucesivo, y que resulta, aun siendo autoritativo, solo un consejo dirigido tanto al legislador como al juez, y como tal poseedor de una vocación persuasiva pero no vinculante³²⁸. Aunque la indicación del “principio” puede o no ser acatada por el legislador, y/o por el juez, en realidad, mientras el primero no queda verdaderamente obligado a seguirlo (no es sancionable la omisión legislativa), el juez se sitúa en una muy diferente posición³²⁹. La naturaleza concreta del juicio incidental y la obligación de proporcionar una respuesta al sujeto que realiza la petición de impartición de justicia, en efecto, implican en última instancia la sujeción del juez que, a través de sus propias potestades interpretativas y el eventual recurso a la analogía, seguirá el “principio” señalado por la Corte³³⁰.

En sustancia y en definitiva, un determinado tipo de resoluciones (las aditivas de principios), creadas principalmente para respetar las elecciones discrecionales del legislador, han provocado a la postre una ampliación de las potestades interpretativas y de decisión de los jueces ordinarios³³¹.

2. La falta de obligación de interpretación conforme en España

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no otorga como en Italia un mismo papel al juez ordinario en la tarea de interpretar la constitucionalidad de las leyes. En efecto, el Alto Tribunal ha traducido la letra del art. 5.3 LOPJ, que afirma

³²⁸ En doctrina se ha afirmado que esta tipología de sentencias llega a tener un “doble efecto paralizante”, pues, por un lado, la regulación declarada inconstitucional ya no sería aplicable, dada la eficacia *erga omnes* de la decisión estimatoria y, por otro lado, el juez estaría en la situación de tener que llevar el juicio a su conclusión en ausencia de una intervención del legislador. En este sentido, v. PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 327 y ss. Sobre este mismo tema, puede verse el trabajo de DOLSO, G. P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, en *Giur. cost.*, 1999.

³²⁹ ROMBOLI, R., *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, en *Percorsi costituzionali*, 2010, pp. 67 y ss.

³³⁰ A este respecto, véanse las observaciones de RUGGERI, A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi* en *Dir. e soc.*, 1, 2007, p. 516; D'AMICO, M., *Le insidie delle decisioni “di principio” (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 252.

³³¹ V., por ejemplo, la Sentencia de la Corte const. 278 de 2013, que ha declarado la inconstitucionalidad de la disposición enjuiciada en la parte en la que negaba al hijo el derecho de preguntar a la madre natural sobre su relación de filiación, cuando la misma hubiera expresamente requerido quedar anónima. La Corte ha afirmado simplemente que era necesario obtener una solución que garantizara la privacidad de la mujer “en términos rigurosos”.

Dada la inactividad u omisión del legislador sobre el tema, intervino muy recientemente la Corte de Casación, en aplicación de sus facultades nomofilacticas, en la Sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación n. 1946, de 25 de enero de 2017.

que el órgano jurisdiccional planteará la cuestión de inconstitucionalidad “*cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”³³², de una forma bastante laxa, tolerando que el juez ordinario conciba la búsqueda de la interpretación conforme como una simple alternativa al planteamiento de una CI.

Para ser más precisos, en opinión de MEDINA GUERRERO³³³, esta postura del Constitucional es fruto de una evolución de su jurisprudencia, que se inició con una interpretación mucho más literal del artículo citado de la LOPJ. En una de sus primeras sentencias, efectivamente, puede leerse que el órgano judicial estaría legitimado para plantear una cuestión de legitimidad constitucional sólo cuando no haya sido posible por vía interpretativa su adecuación al ordenamiento constitucional. Tratándose de la primera sentencia que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad, parece (en opinión de quien escribe) que esta afirmación sólo pretendía, en realidad, reproducir sintéticamente las reglas básicas de previsión constitucional y legal que disciplinan este tipo de proceso³³⁴.

³³² Dada la trascendencia del art. 5 LOPJ para los temas tratados en este trabajo y especialmente en este párrafo, reproducimos el texto completo del mismo: “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. 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, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. 4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

³³³ MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 59.

³³⁴ STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 1: “El principio en la materia que regula el art. 163 de la Constitución, y que reproduce y en parte desarrolla el art. 35 de la LOTC, es que el Juez o Tribunal que plantea la cuestión considere que una norma aplicable al caso es inconstitucional. El fundamento ha de verse en un doble orden de razones: una, en la indagación del derecho aplicable al caso, el Juez o Tribunal ha llegado a la conclusión de que la norma, salvo que se juzgue inconstitucional, es determinante del fallo; otra, carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución. Cuando la cuestión no está condicionada por la norma o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior con trascendencia al caso o por vías interpretativas cabe su adecuación al ordenamiento constitucional, el planteamiento de la cuestión no está justificado. Es indispensable, por ello, que el Juez o Tribunal de la cuestión exteriorice el juicio que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional y razone sobre la relevancia de la norma para decidir el litigio. En el esquema lógico de la decisión judicial, el Juez o Tribunal considera que una norma, aplicable al caso, pugna con la Constitución, como no puede invalidar la norma y tampoco dejar de aplicarla, plantea la cuestión al Tribunal Constitucional, como órgano al que la Constitución (arts. 161.1 a) y 163 y su LOTC (art. 27.1) atribuye al enjuiciamiento de las Leyes. El que se concrete la Ley cuya

En una sentencia muy reciente, que recoge la doctrina sentada sobre este tema en las últimas décadas, el Tribunal Constitucional expresa con rotundidad que en el ordenamiento español los jueces ordinarios no están obligados a ofrecer una interpretación conforme de la norma que consideren de dudosa constitucionalidad. Esta carga, se afirma, añadiría un nuevo requisito procesal de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad que no está previsto ni en la Constitución ni en la LOTC, de modo que dicha solución debe concebirse, antes bien, como una simple alternativa al planteamiento de la cuestión misma³³⁵. Por esta razón, afirma el Tribunal, aunque la norma sea susceptible de interpretación conforme, no puede automáticamente considerarse la cuestión mal fundada e inadmisibles³³⁶. Por lo demás, en esa misma ocasión el Tribunal subraya que ese procedimiento constitucional no resulta un instrumento idóneo para disipar dudas entre distintas interpretaciones constitucionalmente conformes a la Norma Suprema, sino que tiene que proponerse únicamente si existe una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma aplicable en la resolución del caso concreto.

constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se supone infringido; el que se especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la norma cuestionada y el que la cuestión se plantee cuando se ha llegado al momento de la sentencia, requisitos exigidos en el art. 35.2 de la LOTC, justifican cuanto acabamos de decir”.

³³⁵ STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 c): “Sin embargo, este Tribunal, sobre la base de que los arts. 163 CE y 35 LOTC se limitan a exigir, como único requisito de fondo, que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, ha rechazado reiteradamente, de la mano de la muy citada STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 c), que la exclusión de toda interpretación conforme sea una condición procesal para la viabilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad y no extrae consecuencias en orden a la inadmisión de que en el Auto de planteamiento el órgano judicial apunte alguna lectura conforme de la norma legal en juego [SSTC 222/1992, de 1 de diciembre, FJ 2 b); 126/1997, de 3 de julio, FJ 3; 138/2005, de 26 de junio, FJ 5; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 2]. Se defiende, por lo demás, que ese presupuesto guía la interpretación de la regla establecida en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de que procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento, que no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad [STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 c)]. En caso contrario, como puso de manifiesto la STC 222/1992, de 1 de diciembre, FJ 2 b), se instrumentaría el trámite de admisibilidad de la cuestión, desfigurando su sentido, como ocasión para impartir criterios a los órganos a quo sobre la interpretación secundum Constitutionem de las normas de cuya constitucionalidad duden”.

³³⁶ STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 (parcialmente ya reproducido en la nota anterior): “Hay que señalar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 de la Constitución y el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución”.

Aunque la que acabamos de analizar conforma la jurisprudencia reiterada en todos estos años de actividad del Tribunal Constitucional, existe un supuesto en el que algunos autores³³⁷ aprecian que el Tribunal Constitucional no atendió a esa jurisprudencia e inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad por faltar el requisito exigido en el art. 5.3 LOPJ. Se trata del caso abordado en el ATC 296/1992, de 14 de octubre, en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, planteó una cuestión de inconstitucionalidad acerca de determinados apartados del art. 29 de la Ley 44/1978, del I.R.P.F. (según la redacción dada a dicho artículo por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre). En la opinión del juez *a quo* dicha normativa discriminaba, por omisión, a los contribuyentes que soportan la carga de mantener a un hermano que conviva con ellos, pero que legalmente no forme parte de la “unidad familiar” a efectos fiscales, y que sea mayor de setenta años e incapacitado.

El Tribunal Constitucional inadmitió la cuestión declarando que “*no resulta cumplido el requisito inherente a la cuestión de inconstitucionalidad por no albergar el órgano judicial duda que no pueda el mismo solucionar secundum constitutionem y exija el consiguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional*”.

La doctrina científica ha interpretado que ese pronunciamiento representa el primer (y único) caso en el que el Alto Tribunal ha convertido la interpretación conforme *ex art. 5.3 LOPJ* en requisito de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, con todo el respeto que guardamos a tan prestigiosos autores, nos permitimos discrepar de esta lectura. Estamos más bien, en nuestra opinión, ante un supuesto en el que no concurría el requisito de la relevancia, dado que el pronunciamiento del Constitucional (según las propias afirmaciones del órgano proponente) no era necesario. En efecto, tratándose como era el caso del enjuiciamiento de una ley pre-constitucional, el juez ordinario tenía la posibilidad de declarar directamente la inconstitucionalidad (por derogación) de la norma comprometida en el asunto. Es más: la misma Sala que propuso la cuestión de inconstitucionalidad ya había resuelto otros asuntos similares optando por esta última solución.

³³⁷ CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 374; MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 59.

Puntualizó a este respecto el Constitucional: “*Y no se trata tan solo de que la misma Sala haya adoptado en algún caso idéntico anterior esa solución -estimando, al parecer, el correspondiente recurso- y ahora tenga la duda de si era o no correcta*”, sino que “*en el Auto de planteamiento de la cuestión, la Sala declara expresamente que podría pronunciarse de nuevo -como ya lo había hecho con anterioridad- sobre la «inconstitucionalidad» (por derogación) de los preceptos legales cuestionados, factor decisivo para el fallo. No obstante lo cual, se decide a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional «dada la trascendencia y proyección que su doctrina pudiera tener sobre la cuestión analizada y sobre reformas legislativas posteriores»*”.

Dadas estas circunstancias, como ya hemos mencionado poco antes, el Tribunal se vio en la obligación de inadmitir la cuestión, pues este tipo de proceso constitucional puede activarse solo si se respeta el juicio de relevancia, es decir “*cuando de la validez constitucional de la norma legal cuestionada y, claro está, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la cuestión dependa el fallo en el concreto proceso de que se trate (SSTC 17/1981, 75/1983, 166/1986, entre otras)*”. Requisito que no apreciaba concurrente en el supuesto concreto, ya que el mismo órgano judicial reconocía que no necesitaba de la decisión del Tribunal para resolver el proceso, admitiendo que planteaba la cuestión por los efectos generales que tienen atribuidos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional³³⁸.

Pues bien, en nuestra modesta opinión, cuando el Tribunal sienta que “*no resulta cumplido el requisito inherente a la cuestión de inconstitucionalidad por no albergar el órgano judicial duda que no pueda el mismo solucionar secundum constitutionem y exija el consiguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional*”, no quería referirse al requisito *ex art. 5.3 LOPJ*, sino a la falta de la relevancia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

De cuanto viene analizado resulta que en España el rol del juez ordinario en el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad se acerca al de un *dominus* casi absoluto, siquiera en contraste con las que se impulsan a instancia de parte.

³³⁸ ATC 296/1992, de 14 de octubre, FJ Único: “*Estas circunstancias no concurren en el supuesto de autos, si se tiene en cuenta que el Tribunal a quo considera que puede pronunciarse sobre la conformidad de los preceptos cuestionados a la Constitución, y fallar, en consecuencia, tal como ha hecho en alguna ocasión anterior idéntica en presencia de las mismas circunstancias y partes. Es decir, el pronunciamiento que se solicita de este Tribunal no sería necesario, según la apreciación subjetiva del órgano juzgador, para la resolución del proceso. Sólo sería conveniente, dados los «efectos generales» de una Sentencia del Tribunal Constitucional*”.

En Italia, cuando una parte (o el Ministerio Público) solicite el planteamiento de la cuestión, el órgano judicial tiene el deber de verificar la relevancia y no manifiesta falta de fundamento de la misma, de suerte que el solicitante es titular de un derecho a que su duda se evalúe. Tiene, por lo demás, derecho a recibir una explicación en caso de negativa al planteamiento, pues si juez ordinario encontrara no relevante la cuestión tendría que pronunciar un auto (*ordinanza*) motivado en la que explicite las razones de su decisión³³⁹.

Hemos visto que también en España la jurisprudencia constitucional se ha acercado a esta concepción, estimando necesaria la motivación por parte del órgano jurisdiccional que no compartiese las dudas de constitucionalidad expresadas por la parte o por el Ministerio Fiscal. A pesar de este logro para la tutela de los derechos fundamentales de las partes, parecería que la doctrina científica y el Tribunal tiendan en todo caso a reforzar el papel del juez, reiterando que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es “*prerrogativa exclusiva e irrevisable*” del órgano judicial³⁴⁰.

Todas las reflexiones llevadas a cabo en este capítulo, y especialmente aquellas que se han referido a los poderes de actuación del juez ordinario en la fase de proposición de una cuestión de inconstitucionalidad, nos permiten concluir que la jurisdicción ordinaria juega un papel fundamental como juez de la constitucionalidad (y, por consiguiente, como coadyuvante en la tutela de los derechos e intereses de los particulares a través de la vía incidental). En efecto, lo desvelan de forma diáfana dos de las circunstancias analizadas en estas últimas páginas: de un lado, la creciente atención que demuestran los jueces a la hora de procurar una interpretación conforme antes de plantear una duda de constitucionalidad; y de otra parte, en el caso de no haber podido proporcionar dicha interpretación armonizadora con la Constitución, el hecho de que sigan actuando (aunque en menor medida) como jueces de la constitucionalidad, participando en el control de constitucionalidad de las leyes al promover el proceso ante el Constitucional con el planteamiento incidental.

³³⁹ Esta actuación muchas veces no se verifica y la respuesta del juez ordinario se incluye en la decisión final que resuelve el caso concreto, como ya hemos apuntado.

³⁴⁰ STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2, ejemplo analizado también en PÉREZ TREMPES, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 74.

CAPÍTULO TERCERO

Las partes ante el juez ordinario y ante los Tribunales constitucionales

CAPÍTULO TERCERO

Las partes ante el juez ordinario y ante los Tribunales constitucionales

El nivel de tutela de los derechos fundamentales por medio del juicio en vía incidental encuentra un campo de verificación evidente en la previsión de las potestades reconocidas a sus titulares, sea en aquella parte del juicio que se desarrolla ante el juez ordinario, sea, aún con más razón, en la que tiene lugar ante la Corte constitucional.

Las dimensiones “objetiva” y “subjetiva” que, como hemos mencionado en repetidas ocasiones, conviven en el juicio en vía incidental, encuentran su afirmación (y confirmación) también a través de la previsión de un contradictorio o, cuando menos, de una personación ante las Cortes constitucionales, definiéndose su alcance tanto por la identificación de los sujetos que puedan intervenir y estar presentes en el proceso constitucional, como, sobre todo, a la vista de las potestades específicamente conferidas a los mismos en dicho estadio procesal.

A este respecto, KELSEN subrayaba la relevancia que posee que la decisión del Juez constitucional se forje en un procedimiento que ponga de relieve la contradicción de intereses existente y, por tanto, la atención a la realidad sociológica de la que procede el litigio³⁴¹.

Con cuanto hasta ahora hemos escrito sobre el enjuiciamiento de las leyes en vía incidental, resulta ya claro que carecen de homogeneidad las diferentes voces que van a confluir en el “laboratorio” del proceso constitucional, contribuyendo, con su respectiva intervención, a la conformación de una determinada decisión por parte de la Corte constitucional. Esto es así por la presencia de un juez que eleva la duda de constitucionalidad por decisión directa o, en su caso, a instancia de parte; de unas partes que decidirán si personarse o no comparecer ante el Constitucional y, en caso positivo,

³⁴¹ KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, GERACI, C., (curador), Giuffrè, Milano, 1981, pp. 258-261, según el cual, en la resolución del Juez constitucional “*se contraponen intereses enfrentados y toda resolución viene a decidir sobre el contraste de intereses, es decir, a favor de aquellos correspondientes a una u otra posición o de una mediación entre ambos; de tal forma, un procedimiento contencioso sirve por lo menos para traer a la luz la efectiva situación de los intereses. Empero, todo esto no puede apreciarse si la contraposición de intereses se encuentra enmascarada con la ficción de un interés común o una unidad de intereses, que es algo sustancialmente distinto y sustancialmente mayor de lo que pueda ser, en el mejor de los casos, un compromiso de intereses*” (“si contrappongono interessi contrastanti e ogni decisione decide su contrasti di interessi, cioè a favore di uno o dell’altro di essi o nel senso di una loro mediazione; sicché un procedimento contenzioso serve quanto meno a portare alla luce l’effettiva situazione degli interessi. Tutto questo però non si può vedere se il contrasto di interessi viene mascherato con la finzione di un interesse comune o di unità di interessi, che è qualcosa sostanzialmente diverso e di sostanzialmente maggiore di ciò che vi può essere nel migliore dei casi, vale a dire un compromesso di interessi”).

la posición que defender; de los posibles terceros admitidos al juicio constitucional y de los sujetos institucionales a los que los ordenamientos jurídicos permiten participar en la fase *ad quem*.

Veremos a lo largo de este capítulo la trascendencia de la participación de todos ellos, sobre todo en la fase que se sustancia ante el Constitucional³⁴². La Corte constitucional italiana, para dejar ahora un mero esbozo de la materia abordada en estas páginas, con respecto al significado del contradictorio en el juicio incidental sostuvo que “*en el juicio incidental de legitimidad constitucional aquello que conforma el objeto de escrutinio – y, por tanto, del contradictorio- es la conformidad a la Constitución o a una ley constitucional de una norma con fuerza de ley, en relación, además, con las posiciones subjetivas que esta norma ha involucrado en el juicio principal o que con relación al mismo puedan involucrarse*”³⁴³. Una prueba más de la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad también en su segunda fase, y, por consiguiente, de la atención que dedican los Tribunales constitucionales (no siempre en el mismo grado o medida, es cierto) a las condiciones subjetivas de las partes del proceso de origen y a sus derechos e intereses.

A los efectos que nos ocupan, resultará de notable relevancia el examen de esa problemática, sea en el ámbito del juicio *a quo*, sea, especialmente, ante las Cortes constitucionales, prestando particular atención a aspectos como los que a continuación enunciamos: la noción de “parte”, conforme a los criterios de delimitación del ámbito subjetivo sentados por la jurisprudencia constitucional; la regulación de su personación ante el Constitucional y las potestades que les son reconocidas.

³⁴² El control de legitimidad de las leyes sigue, como es notorio, los criterios del proceso jurisdiccional; por esta razón muchos de los términos y conceptos utilizados en este procedimiento derivan de la tradición del Derecho procesal, como por ejemplo las expresiones “impugnación”, “juez”, “parte”, “sentencia”, etc.

Sin embargo, no puede negarse que el método jurisdiccional seguido por el Juez constitucional se caracteriza por una serie de peculiaridades, en razón de su finalidad sin duda distinta que la de los juicios ante la jurisdicción ordinaria. En estos últimos, se aplica una norma general y abstracta para resolver una controversia concreta; en el control de constitucionalidad en vía incidental el objeto del juicio no es un “hecho” sino la propia ley general y abstracta, enjuiciada porque supuestamente contraria a la Constitución. En razón de todo lo dicho, y en relación con el tema objeto de este capítulo, es importante precisar que, si bien la doctrina italiana utilice habitualmente el término “contradictorio” para referirse al momento de la personación de las partes ante el Constitucional, hay que tener presente que el significado del término tendrá unas peculiaridades debidas a la especial naturaleza del proceso constitucional. El ordenamiento jurídico español, probablemente por estas diferencias entre el proceso constitucional y el ordinario, ha optado por no utilizar el término “contradictorio” en el proceso ante el Constitucional.

³⁴³ “*Nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale ciò che forma oggetto di scrutinio – e dunque di contraddittorio – è la conformità alla Costituzione o ad una legge costituzionale di una norma avente forza di legge, in correlazione, peraltro, con le posizioni soggettive che quella norma ha coinvolto nel giudizio principale, o che in relazione ad esso possono venir coinvolte*”, Sentencia de la Corte const. n. 163 de 2005.

Se analizarán asimismo algunos aspectos específicos y característicos, diferenciados en cada uno de los países objeto de este estudio. Por ejemplo, en relación exclusivamente con el ordenamiento italiano, la necesidad de una defensa técnica; el principio de gratuidad del proceso constitucional o la posición de “terceros” afectados por el juicio *a quo*. Por su lado, ahora en lo que concierne al sistema español, señaladamente las peculiaridades del trámite de audiencia previa y las importantísimas modificaciones introducidas por la reforma de la Ley Orgánica del TC en 2007.

Las conclusiones intentarán proporcionar algunas observaciones sobre el papel asignado a las partes para la tutela de sus propios derechos fundamentales en el ámbito del juicio en vía incidental. El examen que va a desarrollarse resulta fuertemente condicionado por la posición que se pretende asumir (tanto en doctrina, como en este trabajo) sobre la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional, en el sentido ya indicado de plena autonomía o estrecha dependencia³⁴⁴. El elemento en el que nos basaremos principalmente, sin embargo, gravita alrededor del modo en el que el juicio incidental se ha venido practicando en Italia y España en sus años de funcionamiento, expresado en algunas de las decisiones que recogeremos en el texto.

I. La fase *a quo* del juicio incidental: las facultades de actuación de las partes ante el juez ordinario

En ambos países la identificación de la noción de “parte” ante el juez ordinario no ofrece graves o significativos problemas de delimitación.

La fase *a quo* del juicio incidental, en efecto, sigue obviamente las reglas de legitimación y personación propias del procedimiento de que se trate, o sea, del procedimiento civil, penal, contencioso-administrativo, tributario, etc., los cuales cuentan con muy pocas disposiciones expresamente dedicadas al incidente de constitucionalidad. Bajo esas circunstancias, la determinación de quien sea “parte” coincidirá con la atribución de dicha condición por las reglas reguladoras de ese plano subjetivo en las leyes procesales adjetivas.

Para la jurisprudencia y la doctrina españolas ha planteado algunos interrogantes la determinación del concepto de “parte” al que se refiere el art. 35.1 y 2 LOTC, esto es,

³⁴⁴ V. Cap. Segundo, II.2 b).

la consecuencias que pueden derivar de que se sigan las reglas del proceso específico en el que surja la duda de constitucionalidad y quede entonces confiada la especificación subjetiva al órgano judicial que conozca del supuesto concreto. Esta circunstancia podría suponer, efectivamente, una disminución en la tutela de los derechos de todos los sujetos verdaderamente involucrados, y ello porque, siendo esta apreciación prerrogativa del juez ordinario que plantee la cuestión de inconstitucionalidad, no se ha considerado posible “*una revisión de la legalidad del procedimiento seguido para determinar si las partes en el proceso son las que realmente debieran serlo de acuerdo con la legislación vigente*”³⁴⁵.

También la doctrina italiana ha sostenido que las garantías de este orden en relación con el posible y futuro juicio constitucional son, en realidad, bastante escasas. En primer lugar, no se prevé forma alguna de contradictorio sobre la petición de una de las partes al juez para que eleve la cuestión de inconstitucionalidad; parece tratarse de un asunto exclusivo entre la parte proponente y el juez, de la que quedan injustamente excluidos el resto de los sujetos procesales. Estos, a nuestro juicio, deberían tener la posibilidad de expresar su posición sobre el particular y, sobre todo, sobre el planteamiento, sin que resulte suficiente afirmar que también las partes que no hayan solicitado la cuestión de inconstitucionalidad luego podrán personarse ante la Corte constitucional; en efecto, la decisión de elevar una duda de legitimidad constitucional puede ya por sí misma suponer perjuicios para los intereses de algunos de los sujetos que protagonizan el proceso, al menos en consideración del efecto suspensivo de aquella. El juez *a quo*, según la ley, como ya hemos dicho, deberá dar en todo caso una respuesta a la propuesta de elevar la cuestión suscitada a instancia de parte, a través de un auto especial adecuadamente motivado, para favorecer el conocimiento de los fundamentos de su decisión. Se trata ésta, no obstante, de una de las disposiciones menos respetadas del juicio incidental, ya que a menudo el juez no proporciona respuesta alguna o lo hace con unas pocas líneas contenidas en la resolución que decide sobre el fondo, a menudo con una motivación inexistente. Desgraciadamente, tal comportamiento no resulta controlable en sede alguna³⁴⁶.

³⁴⁵ STC 6/1984, de 24 de enero, FJ 1, comentada en RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Universitat de les Illes Balears, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 56-57.

³⁴⁶ Estas consideraciones se refieren al ordenamiento italiano. Con antelación ya nos hemos referido a la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia españolas sobre el régimen de motivación de la falta de

Aún menos garantías existen cuando la declaración de falta manifiesta de fundamento se halla contenida en el auto con el que el juez plantea una cuestión de inconstitucionalidad diferente a la solicitada por la parte. Esta, de hecho, no pudiendo elevar la cuestión directamente ante la Corte, debería primeramente esperar la decisión del Constitucional sobre el incidente de constitucionalidad requerido por el juez competente, luego el reinicio del proceso y su conclusión; en un tercer momento, impugnando la última resolución por motivos diversos a los de constitucionalidad, la misma parte podrá volver a solicitar al juez de apelación la cuestión de legitimidad constitucional de la norma que se le ha aplicado para que, en su caso, suspenda de nuevo el juicio y traslade las actuaciones a la Corte en orden a decidir sobre la cuestión planteada por la parte.

En la jurisprudencia constitucional italiana son pocos y raros los casos en los que la Corte constitucional se ha expresado sobre estas problemáticas que encuentran sus terrenos de manifestación en la fase que se sigue ante el juez *a quo*. Lo hizo, por ejemplo, en 1990, en una decisión de devolución de las actuaciones al juez *a quo* porque “*el auto de planteamiento no resulta motivado sobre puntos relevantes que han constituido el objeto de específicas excepciones y alegaciones de las partes en el curso del juicio a quo y sobre las cuales las propias partes habían permanecido también en el juicio constitucional*”³⁴⁷.

1. Peculiaridades: El tramite de audiencia previa a las partes en España como único momento de “comunicación” entre las partes del juicio *a quo* y el Tribunal Constitucional

Si conforme a lo descrito, en la experiencia italiana, la fase *a quo* del juicio incidental sirve exclusivamente para identificar cuáles podrán ser los sujetos legitimados para comparecer ante la Consulta, en España, de su lado, las partes del juicio ordinario pueden ya en esta primera etapa de la cuestión de inconstitucionalidad expresar sus alegaciones sobre las dudas que, en el caso de plantearse finalmente la cuestión, se sustanciarán en la fase que se deduce ante el Tribunal Constitucional.

planteamiento de una cuestión en el caso en el que se haya solicitado por una de las partes. Nos remitimos por lo tanto a dichas consideraciones. V. Cap. Segundo, V.2.

³⁴⁷ “*L’ordinanza di rimessione non risulta motivata su punti rilevanti che hanno formato oggetto di specifiche eccezioni e deduzioni delle parti nel corso del giudizio a quo e sui quali le parti stesse si erano soffermate anche nel giudizio costituzionale*”, Corte const. n. 88 de 1990.

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar anteriormente, el sistema de justicia constitucional español no preveía la posibilidad de que las partes del proceso *a quo* participaran en la fase *ad quem* del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes. Solo con la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que analizaremos a continuación, se introdujo esa facultad de constitución y comparecencia ante el Tribunal.

La precedente situación de indefensión (solo aparente, según la mayor parte de la doctrina) resultaba amortiguada gracias a un expediente técnico que permitía – y sigue consintiendo – la intervención de las partes y del Ministerio Fiscal en un momento anterior al planteamiento del incidente de constitucionalidad. Una fórmula, que concreta un trámite de alegaciones, que sitúa a los sujetos del proceso ante una suerte de diálogo con la autoridad judicial³⁴⁸, y, sucesivamente (aunque indirectamente), con el Tribunal Constitucional.

La trascendencia de este momento procesal, denominado “trámite de audiencia previa”, era particularmente intensa antes de la reforma de 2007, encontrando su razón de ser en la vocación de dar voz a las consideraciones, intereses y derechos de los protagonistas del proceso judicial. De esta forma, como es obvio, se procura y atiende al carácter concreto de este tipo de proceso constitucional, recibiendo el Tribunal información sobre la utilidad y alcance que conllevará su decisión en el caso específico, prestada además directamente por los sujetos implicados en el mismo³⁴⁹.

Por la trascendencia de este trámite, típicamente español, estimamos imprescindible examinar con detalle el rol y posición de las partes en este momento procesal.

³⁴⁸ MEDINA GUERRERO cita algunos autos del TC en los que se confirma el papel de instrumento de colaboración del trámite de audiencia (ATC 145/1993, de , FJ 2), tanto en el sentido de que las alegaciones de las partes puedan servir al juez para razonar sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión (ATC 185/1990, de , FJ 1), como para que el órgano proponente pueda delimitar mejor el objeto del planteamiento (ATC 875/1985, de , FJ 1); MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 54.

³⁴⁹ El TC ha reiterado en múltiples ocasiones que “*El trámite de audiencia previa que establece el citado art. 35.2 de la LOTC, tiene el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una decisión judicial de trascendencia, como es la de apertura de un proceso constitucional, y permitir, al mismo tiempo al Juez el conocimiento de la opinión de los interesados sobre esa decisión*”; véanse, por ejemplo, entre las decisiones anteriores a la reforma de 2007: STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ1; AATC 263/2006, de 4 de julio, FJ Único; 299/2005, de 5 de julio, FJ 2; 308/2004, de 20 de julio, FJ 2; 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 2; 242/2002, de 26 de noviembre, FJ 2.

El art. 35.2 LOTC establecía en la versión legal antecedente que el juez ordinario, antes de elevar el Auto de planteamiento, “*oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días*”.

Esta disciplina, que ha sido parcialmente modificada con la reforma de 2007³⁵⁰, ha dado lugar a un importante cuerpo doctrinal de interpretaciones del Tribunal Constitucional. Además de exteriorizar la finalidad del trámite de audiencia previa, al que ya hemos aludido hace un momento, la jurisprudencia constitucional precisa que esta fase procesal no constituye una actuación propia del proceso *a quo*, sino una etapa previa del posterior y eventual proceso ante el Constitucional³⁵¹. Se define, por lo demás, como una condición procesal obligatoria, ya que su omisión produciría la cierta inadmisión de la cuestión³⁵², por contradecir el art. 37.1 LOTC³⁵³.

Por lo que incumbe a su forma y contenido, dicho trámite de audiencia previa tiene que iniciarse con una providencia que identifique las normas de cuya constitucionalidad se duda, los preceptos constitucionales que se consideran eventualmente violados y el razonamiento sobre esa sospecha de ilegitimidad constitucional. La jurisprudencia del Tribunal ha reiterado de manera permanente e insistente la necesidad de que todos estos contenidos estén suficientemente identificados ante las partes y el Ministerio Fiscal, si bien acepta una exposición escueta o sucinta de

³⁵⁰ La reforma ha añadido la posibilidad que las partes aleguen también sobre el fondo de la CI. El art. 35.2 LOTC en su nueva redacción establece que el juez ordinario, antes de elevar el Auto de planteamiento, “*oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta*”.

³⁵¹ ATC 108/1993, de 30 de marzo, FJ 2 b).

³⁵² ATC 295/2006, de 26 de julio, FJ 1: “*Entre las condiciones procesales exigidas por nuestra Ley Orgánica para la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad figura el trámite audiencia a las partes del proceso del que la cuestión dimana y al Ministerio Fiscal para que puedan alegar sobre la pertinencia de su planteamiento (art. 35.2 LOTC). [...] Es, por lo tanto, un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada*”. Véanse también: STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; AATC 164/2006, de 9 de mayo, FJ único; 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 152/2000, de 13 de junio, FJ 2; 136/1995, de 9 de mayo, FJ único.

³⁵³ En efecto, el art. 37.1 LOTC establece: “*Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada*”. El TC ha afirmado reiteradamente en la jurisprudencia citada en estas páginas que el correcto cumplimiento del trámite de audiencia previa tiene que considerarse uno de los requisitos procesales exigidos *ex art.* 37.1 LOTC. Entre las decisiones más reciente puede verse el ATC 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a).

los mismos³⁵⁴. El Tribunal atribuye y reconoce a éste trámite la función de delimitar el contenido del eventual y sucesivo Auto de planteamiento, llegando a inadmitir aquellas cuestiones de inconstitucionalidad en las que la providencia que activa la audiencia previa se haya demostrado imprecisa e insuficiente para permitir a las partes conocer los argumentos que fundaban el planteamiento de la cuestión. De otro lado, aunque en algunas ocasiones el Tribunal Constitucional haya estimado que la omisión de uno de estos datos supone una simple irregularidad y no tiene necesariamente que conducir a una decisión de inadmisión³⁵⁵, en muchas otras ha inadmitido cuestiones de inconstitucionalidad (o partes de ellas) porque el auto de planteamiento añadía contenidos novedosos respecto de los formulados en el trámite de audiencia previamente desarrollado (sea otra norma objeto del control de constitucionalidad o sea otra disposición constitucional parámetro de dicho control), al no haber podido ser objeto de consideraciones y alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal³⁵⁶.

Más adelante, una vez que abordemos la temática referida a la reforma de 2007 de la LOTC y sus repercusiones en la participación de las partes en la cuestión de

³⁵⁴ Entre otras, STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2: “*En cuanto a las denunciadas deficiencias sufridas en el trámite de audiencia, [...] procede advertir que, como recuerda la STC 166/2012, de 1 de octubre, FJ 3, «Para cumplir adecuadamente con el trámite previsto en el artículo 35.2 LOTC, el juez no está obligado a detallar cada uno de los extremos de la cuestión de inconstitucionalidad sobre cuya conveniencia pueden pronunciarse las partes. Basta ‘identificar mínimamente la duda de constitucionalidad (indeterminación relativa) ante quienes han de ser oídos, para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él, de modo que se haga posible cumplir con total garantía la finalidad del trámite’ (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6)»*”.

³⁵⁵ Por ejemplo puede verse la STC 166/1986, de 19 de diciembre, cuyo FJ 4 afirma que es necesario “*que la providencia que otorga la audiencia concrete los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos.*

En el supuesto de autos, la providencia no cumple dichas especificaciones, ya que se limita a hacer referencia genérica a la presumible inconstitucionalidad de la Ley 7/1983, privando así a las partes y al Ministerio Fiscal del conocimiento que necesitan para formular debidamente sus alegaciones. Es cierto que la duda judicial puede proyectarse sobre la totalidad de una Ley; pero también que, aun en este caso, la providencia debe señalar, con la concisión que se quiera, los preceptos constitucionales que puedan oponerse a la Ley, así como expresar el sentido y dirección de la duda judicial.

Procede, en su consecuencia, coincidir con el Ministerio Fiscal en que la providencia judicial ha incurrido en defectuoso entendimiento del alcance de la audiencia ordenada por el citado art. 35.2, por carecer de las precisiones que exige su finalidad, y en tal sentido debe responderse a su petición de clarificación de este tema, que dice haber sido ya formulada en otras cuestiones; dicho reconocimiento, sin embargo, no impide que el indicado defecto sea calificado de mera irregularidad desprovista de consecuencia de inadmisión, ciertamente no pretendida expresamente por el Ministerio Fiscal, pues, siendo inconveniente otorgar la audiencia en términos genéricos e imprecisos, ello carece de suficiente entidad para ser elevado a la categoría de falta de condición procesal en el sentido del art. 37.1 de la LOTC, pues, en definitiva, lo relevante es que la precisión que demanda el Ministerio Fiscal se cumpla en el Auto de planteamiento de la cuestión”.

³⁵⁶ Entre las más recientes, incluso después de la reforma de 2007, pueden citarse en este sentido: SSTC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2 y 50/2015 de 5 de marzo, FJ 2 b); ATC 83/2016, de 26 de abril, FJ 2.

inconstitucionalidad, ofreceremos algunas reflexiones conclusivas sobre el valor y trascendencia de este trámite de audiencia previa.

Ahora, para terminar con el tema de la delimitación del concepto de “partes” en el proceso *a quo* y su participación en la reseñada audiencia, mencionaremos un caso significativo, que precisa la doctrina del Tribunal sobre la intervención de ciertos sujetos en dicho trámite. En efecto, en su ATC 49/2010, de 14 de abril, el Tribunal declaró improcedente la participación en la audiencia previa del Abogado del Estado, irregularmente permitida por el juez ordinario aunque la Administración del Estado no hubiera sido parte en el juicio contencioso-administrativo en el que se elevó la cuestión. El órgano judicial *a quo* justificó dicha concesión por “*ser el Estado el autor de la norma cuestionada*”. El Constitucional, en cambio, no aceptó esta rendija de ampliación de los sujetos legitimados para intervenir en el trámite (que tiene que ser limitada a aquellos expresamente previstos en el art. 35.2 LOTC), sin llegar, aun así, a considerarla una causa de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad³⁵⁷.

II. La identificación de la noción de “parte” legitimada para participar en la fase *ad quem* en la jurisprudencia constitucional

1. Peculiaridad destacable: Las problemáticas conexas con la notificación del auto de planteamiento en Italia

Centrados ahora en la fase *ad quem* e iniciando el razonamiento con el ordenamiento italiano, diremos que la identificación de los sujetos legitimados para constituirse como parte o intervenir en el proceso constitucional se desencadena con la notificación del auto de planteamiento. El fin de éste, como resulta claramente de las

³⁵⁷ ATC 49/2010, de 14 de abril, FFJJ 2 y 3: “*Antes de exponer las razones que determinan la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por la incorrecta formulación del llamado juicio de relevancia debemos dejar constancia de dos irregularidades que se aprecian en la providencia de apertura del trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, fechada el 24 de septiembre de 2008. En primer lugar ese trámite se ofreció no sólo a los sujetos expresamente mencionados en el citado art. 35.2 LOTC, esto es, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, sino también al Abogado del Estado, pese a que la Administración del Estado no era parte en el proceso contencioso-administrativo en el que se eleva esta cuestión de inconstitucionalidad. Esta apertura del ámbito subjetivo del art. 35.2 LOTC se justifica, en el proveído de referencia, por «ser el Estado el autor de la norma cuestionada». Es indudable que la norma de cuya constitucionalidad se duda ha sido aprobada por el legislador estatal, pero ello no autoriza a los órganos judiciales a desconocer la literalidad del art. 35.2 LOTC, ofreciendo el trámite de audiencia a quien no es parte en el proceso ni actúa -en dicho trámite- en defensa del interés general que entraña la preservación del sistema de fuentes y su conformidad con la Constitución. [...] 3. La[s] irregularidad [es] reseñada[s] no determina[n] la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad”.*

trabajos preparatorios (en el curso de los cuales, empleando un término distinto, se quiso distinguir visiblemente esa “notificación” de la “comunicación” a los presidentes de las cámaras), es el de participar de la cuestión a los sujetos particulares que protagonizan del proceso judicial, “cualificados” que son por el hecho de poder constituirse como parte o intervenir ante la Corte constitucional. El art. 23.4 de la ley 53/1987, dispone que el auto debe ser notificado, por parte de la Secretaría del juez *a quo*, a las partes del litigio y al presidente del Consejo de Ministros o de la Junta Regional.

La necesidad de esa práctica se ve confirmada por el art. 2.1 de las Normas de Integración, con base en el cual el auto no notificado regularmente no debería ni siquiera ser publicado en el Boletín Oficial del Estado (*Gazzetta Ufficiale*). Estas disposiciones establecen que “*el presidente de la Corte, comprobada la regularidad del auto y de las notificaciones, dispone que el mismo auto sea publicado en la Gazzetta Ufficiale de la República y, cuando proceda, en el Boletín Oficial de las Regiones*”³⁵⁸. La Corte constitucional, por tanto, ha atribuido a la notificación y al respeto de las reglas de ejecución un significado primordial para el curso del proceso constitucional, rechazando esa teoría defendida por la doctrina conforme a la que los posibles vicios inherentes a aquéllas constituirían meras irregularidades no excluyentes de una respuesta de fondo por parte de la Corte (una posición doctrinal que pretende sostenerse en el carácter puramente facultativo de la personación de las partes en el juicio *ad quem*³⁵⁹).

La Consulta se ha enfrentado en varias ocasiones a la determinación de criterios sobre los vicios de notificación del auto de planteamiento³⁶⁰, recordando de modo

³⁵⁸ Art. 2.1 Normas de Integración: “*Il presidente della Corte, accertata la regolarità dell’ordinanza e delle notificazioni, dispone che l’ordinanza stessa sia pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e, quando occorra, nel Bollettino ufficiale delle regioni*”.

³⁵⁹ En este sentido se expresó PIZZORUSSO, A., *La restituzione degli atti al giudice “a quo” nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 86-87.

La previsión en España de un régimen completamente opuesto puede provocar una situación de menor protección de los derechos e intereses de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, en la legislación española falta la previsión de notificación o emplazamiento a aquéllas para comunicar la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida durante su proceso. Como tendremos la ocasión de mencionar, el apartado segundo del art. 37 LOTC solo establece un plazo, desde la publicación de la admisión a trámite de la CI en el BOE, en el que quienes hubiesen sido parte en el procedimiento judicial tienen posibilidad de personarse ante el Tribunal Constitucional. Un plazo, por lo demás, relativamente breve (15 días), por lo que es necesario que los sujetos que tengan un interés en comparecer ante el Alto Tribunal estén especialmente pendientes de las publicaciones en el Boletín Oficial del Estado, para evitar perder la ocasión de poder formular alegaciones por su falta de comparecencia.

³⁶⁰ Puede suceder, en primer lugar, que el auto sea notificado a sujetos distintos a aquellos que lo son por derecho o, al mismo tiempo o no, no notificada a los destinatarios legítimos. Por ejemplo, se ha dado en algunas ocasiones el caso de que, aun estando impugnada una ley regional, el auto no se haya notificado

reiterado, al referirse al planteamiento de una cuestión incidental de legitimidad constitucional, que el auto de traslado de las actuaciones a la Corte debe ser notificado a las “parte en el litigio” (“*parti in causa*”) y, asimismo, remitido posteriormente a la Corte con una prueba que acredite fehacientemente, además de las comunicaciones prescritas, la ejecución de las notificaciones destinadas a garantizar el conocimiento del auto por los sujetos que pueden comparecer ante ella, para ejercitar así sus derechos de defensa en el juicio incidental de legitimidad constitucional en la fase *ad quem*.

El plazo para esa personación en el juicio ante la Corte cuenta desde la recepción de dicha notificación. De otro lado, la Corte ha declarado que son “parte en el litigio” (y que, por ello, todas deben ser destinatarios de la notificación del auto) los sujetos que han verificado su legitimación con su constitución como partes en el juicio principal en curso, lo que no excluye, sin embargo, a quienes hayan permanecido en rebeldía en el mismo. Ha establecido la Corte, adicionalmente, que el art. 23.4 de la ley 87/1953, según el cual la autoridad judicial que eleva la cuestión incidental debe ordenar la notificación del auto a las “partes en el litigio”, es una norma especial y específica de todo proceso constitucional incidental; una regla jurídica aplicable, en consecuencia, en cualquier tipo de procedimiento judicial en el que la cuestión pueda ser planteada, pues

al Presidente de la Junta Regional pero sí al Presidente del Consejo de Ministros (así ocurrió en el caso de la cuestión decidida en Corte const. n. 372 de 1995). En estos supuestos, resulta de todo punto evidente que aquel al que se le notifica el auto no adquiere la legitimación para intervenir ante la Corte. En cambio, la falta de notificación a un sujeto que sí tenía derecho constituye un vicio que impide que la Corte pueda juzgar el fondo de la cuestión.

Hubo un caso en el que la defensa de una de las partes se opuso a la admisibilidad de la cuestión, aduciendo que la resolución de reenvío fue notificada a la partes del juicio *a quo* pero no a aquella recurrida que permaneció en rebeldía en aquel proceso. La Corte consideró que la falta de notificación podía entenderse paliada por efecto de la notificación posterior del auto de remisión a todas las partes del juicio, también a las rebeldes. V. Corte const. n. 199 de 2002.

En otros casos, la Corte ha declarado la cuestión manifiestamente inadmisibile “*faltando un cumplimiento adecuado del procedimiento previsto en el art. 23 l. 87/1953*”, el cual incide sobre la instauración ritual del contradictorio, “*dado que el vicio ni tan siquiera ha sido subsanado por la constitución en juicio de la región interesada*” (“*dato che il vizio neppure è stato sanato dalla costituzione in giudizio della regione interessata*”), ver. Corte const. n. 395 de 1997.

En términos generales, la Corte constitucional ha reputado el vicio que afecta en la notificación del auto de remisión como no subsanable, ni siquiera a través de la constitución en el juicio del órgano al que iba dirigida la notificación. En ese sentido, excluye explícitamente que esa constitución en juicio opere una subsanación del vicio de la notificación, toda vez que los defectos atinentes a la identificación del sujeto llamado a juicio serían en todo caso no subsanables, sin que pueda servir frente a ello el acto de constitución de la parte dirigido precisamente a señalar el vicio de la notificación (Corte const. n. 215 y n. 653 de 1988).

Por último, presenta interés el caso en el que la Corte ha considerado que existía una divergencia entre el texto del auto que le fue remitido y el notificado a las partes del juicio *a quo* y al Presidente del Consejo de Ministros, resultando el segundo tener más amplio tenor que el primero. Un vicio que conecta con el principio de congruencia, dado que la Corte siempre ha sostenido que debe limitar su juicio a la cuestión tal y como ésta resulta del auto de remisión (Corte const. n. 462 de 1999).

queda solo condicionada a que, en el tipo de proceso de que se trate, el sujeto cuente efectivamente con dicha condición³⁶¹.

La actitud de la Corte constitucional frente a los vicios de notificación ha evolucionado en los años. En un primer momento, dos eran las respuestas posibles: la adopción de una medida de retroacción de las actuaciones al juez *a quo* o la declaración de inadmisibilidad (o manifiesta inadmisibilidad). Un sector de la doctrina³⁶² se manifestó favorable a la primera solución (que tutelaría mejor los intereses de la parte), razonando que, a su través, el vicio podía ser subsanado por el juez y que, además, resultaba preferible por su carácter paliativo, favorecedor del replanteamiento de la cuestión (a diferencia de la declaración de inadmisibilidad que conlleva un efecto preclusivo de la canalización de la duda de constitucionalidad).

En los últimos años, pese a tales elaboraciones y postulados doctrinales, en la jurisprudencia constitucional ha prevalecido abiertamente el recurso a la adopción de la decisión de inadmisibilidad³⁶³, si bien, recientemente, se ha registrado un explícito cambio de tendencia en las resoluciones constitucionales. En efecto, la Corte ha mutado conscientemente su criterio previo, partiendo de que, a tenor del carácter subsanable del vicio, la supervisión corresponde en verdad al Presidente de la Corte y que es a ese órgano al que le cumple verificar la regularidad de las notificaciones antes de proceder a la publicación del auto de remisión en el Boletín Oficial (*Gazzetta ufficiale*), de acuerdo con lo prescrito en el ya citado art. 2 de las Normas de Integración. En consecuencia, siguiendo con esa lógica de discurso, considera ahora que el Presidente, si aprecia la falta de notificación a una de las partes en el litigio, puede no acordar la publicación oficial del auto (en la *Gazzetta ufficiale* o en el Boletín regional, según el caso) y devolver de oficio el expediente al juez remitente para que su Secretaría proceda a la notificación en forma, siguiendo posteriormente la tramitación con un nuevo traslado de

³⁶¹ Véanse, por ejemplo las sentencias de la Corte constitucional. n. 13 y n. 377 de 2006, que han declarado manifiestamente inadmisibles la cuestiones elevadas por la falta de cumplimiento adecuado del procedimiento previsto en el art. 23 l. 87/1953.

³⁶² ROMBOLI, R., *Variabili effetti della mancata notifica dell'ordinanza di rinvio*, en *Foro italiano*, I, 1987, pp. 2944 y ss.

³⁶³ La decisión de inadmisibilidad conlleva la imposibilidad por el juez de plantear otra vez la misma cuestión en el ámbito del mismo juicio. Por esta razón la Corte utilizaba este instrumento con la intención que el órgano judicial, aunque cuando el vicio hubiera sido sanable, no volviese a elevar la cuestión. Esta actuación ayudó mucho a la Consulta en aquellos momentos en los que las cuestiones planteadas eran demasiadas y la acumulación de trabajo difícil de gestionar.

Una vez que la situación se normalizara, gracias a la eliminación de dicha acumulación, la Corte ha vuelto a utilizar el instrumento (menos “sancionador” para el órgano judicial) de la remisión de oficio del expediente al juez remitente, con el que muestra la voluntad de solicitar que el juez ordinario vuelva a plantear la cuestión, después que haya eliminado el vicio evidenciado por el Constitucional.

las actuaciones a la Corte. Una lectura que, en efecto, puede evitar que el Pleno de la Corte constitucional venga forzado a declarar la manifiesta inadmisibilidad. Ahora bien, no sería razonable entender esa elaboración (a contrario) como una objeción a la facultad del Pleno (en lugar de su Presidente) para devolver las actuaciones al remitente, si así lo acordase, reduciendo su capacidad a declarar la manifiesta inadmisibilidad de la cuestión durante la audiencia pública o en reunión a puerta cerrada.

Sea como fuere, no será necesario hacer un esfuerzo sobresaliente para justificar, a mayor abundamiento, que el uso del instrumento de la devolución de las actuaciones, en lugar de la directa adopción de una decisión de manifiesta inadmisibilidad, encuentra fundamento adicional en razones de economía procesal³⁶⁴.

Estrechamente vinculada con la problemática de la notificación a las partes del auto de planteamiento en Italia se encuentra una circunstancia que se da en España, que parecería provocar una significativa reducción de la protección de las partes que quieran personarse ante el Tribunal Constitucional. Nos referimos a la ausencia de una previsión normativa que ordene la notificación o emplazamiento para comunicarles la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida durante su proceso. Como tendremos ocasión de reflejar con más detalle³⁶⁵, el apartado segundo del art. 37 LOTC solo establece un plazo desde la publicación de la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad en el BOE a fin de que, quienes sean parte en el procedimiento judicial, puedan personarse ante el Tribunal Constitucional. Un plazo, por lo demás, relativamente breve (15 días), que obligará a los sujetos que tengan interés en comparecer ante el Tribunal a estar especialmente pendientes de las publicaciones en el diario oficial, evitando con ello perder la ocasión de formular alegaciones por la expiración del plazo previsto para su personación.

2. El estudio “de campo” en la identificación de la noción de parte: algunos supuestos de sujetos excluidos del juicio *ad quem*

a) Las partes que se incorporan en el proceso *a quo* después de su suspensión

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional consolidada, la identificación de las “partes” del futuro juicio constitucional debe realizarse respecto del estado del

³⁶⁴ Corte cost. n. 47 de 2012, comentada por ROMBOLI, R., en *Foro italiano*, I, 2013, p. 1407.

³⁶⁵ V. Cap. Tercero, III.1.

proceso *a quo* en el momento mismo del planteamiento, atendiendo incluso a sus posibles vicios, en el momento en el que el juez dicta el auto de planteamiento de la cuestión a la Corte constitucional³⁶⁶. Pueden constituirse como partes ante la Corte constitucional, por tanto, solo aquellos que en ese preciso momento cuenten formalmente con esa condición.

Acogiéndose a ese parámetro subjetivo, la Corte constitucional ha rechazado en ocasiones la personación de un sujeto que quiso ser parte en el juicio principal en un momento posterior a su suspensión, o que lo hizo *ad adiuvandum* tras la publicación del auto de planteamiento en la *Gazzetta ufficiale*³⁶⁷. En un caso determinado, por ejemplo, la Consulta declaró inadmisibile la constitución como parte de un sujeto que quiso intervenir en un juicio contencioso-administrativo *a quo* cuando este mismo procedimiento se había ya suspendido por incidente de constitucionalidad; el Juez constitucional estimó la constitución como parte en el proceso principal palmariamente instrumental al propósito de hacer valer sus propias razones en el juicio constitucional³⁶⁸.

b) Las partes que ostentan un “interés legítimo” a personarse, pero no participaron (pudiendo hacerlo) en el proceso *a quo*

³⁶⁶ En referencia a esta jurisprudencia, vale citar un supuesto en el que algunos intervinientes en el proceso constitucional se habían constituido como partes en el juicio *a quo* después de que el mismo se hubiera suspendido tras la remisión de la cuestión de constitucionalidad. La Corte había constantemente declarado inadmisibile la intervención de aquellos que, no habiendo adquirido la condición formal de parte en el proceso *a quo*, sostenían ser contradictorios legítimos (entre otras, puede verse la decisión de la Corte const. n. 226 de 1994). Por contra, en este caso la Corte ha considerado admisible la intervención en el proceso constitucional de las contrapartes, afirmando que puede prescindirse del momento exacto de “*su constitución en ese juicio, en tanto que destinatarios, como contrapartes, de la notificación del acto introductorio del juicio y estando, por el contrario, excluida la intervención a quien no posee la cualidad de parte en el juicio a quo*” (“a prescindere dal momento della (ed anche dalla) loro costituzione in quel giudizio, in quanto destinatari, quali controinteressati, della notifica dell’atto introduttivo del giudizio ed essendo, per converso, l’intervento precluso a chi non riveste la qualità di parte nel giudizio *a quo*”) (Corte const. n. 361 de 2004).

Siempre sobre la admisibilidad de las partes en supuestos peculiares, puede verse la Sentencia de la Corte const. n. 21 de 2002.

³⁶⁷ Corte const. n. 80 y n. 295 de 2008, n. 223 de 2012.

³⁶⁸ Corte const. n. 366 de 2010.

Siempre en relación con el procedimiento administrativo, la Corte ha considerado admisible la constitución del sujeto contraparte, si bien no constituido en el juicio *a quo*, considerando “las partes en litigio”, a las que viene notificado el auto de remisión, todos los sujetos entre los cuales se desarrolla el juicio principal, no teniendo relevancia si la parte está constituida, por lo que, teniendo el auto de remisión que ser notificado a tales “partes en el litigio”, para la integración del contradictorio, consecuentemente, la constitución del sujeto como parte en el proceso constitucional resulta admisible (Corte cost. n. 270 e n. 289 del 2010).

En una ocasión el Tribunal Constitucional español denegó la personación de una entidad aseguradora que sostuvo tener un interés legítimo para actuar en defensa de sus asociados, algunos de los cuales fueron partes en el proceso en cuyo seno se planteó la CI³⁶⁹. La aseguradora pretendía que se aceptara su personación en la fase *ad quem*, para actuar como portavoz de los derechos e intereses de los asociados. El TC rechazó la solicitud, señalando que ni siquiera era necesario analizar la doctrina constitucional sobre la posible comparecencia en una cuestión de inconstitucionalidad de sujetos distintos a los taxativamente enumerados en el art. 37.2 LOTC, habida cuenta que la entidad solicitante no compareció ni se personó como parte, pudiendo hacerlo, en el proceso judicial del que traía causa la cuestión de inconstitucionalidad objeto de examen. Y es que, en efecto, es doctrina constitucional reiterada que, cualquiera que sea la interpretación del art. 37.2 LOTC, nunca podrá dar lugar a la personación de quienes no fueron parte en el proceso judicial del que la cuestión de inconstitucionalidad dimana, ya que lo contrario supondría la desnaturalización del mecanismo incidental de control de constitucionalidad de la ley tal y como queda configurado en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁷⁰.

³⁶⁹ ATC 166/1998, de 14 de julio, FJ 1: “La «Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras» (UNESPA) solicita que se la tenga por personada y se le permita formular alegaciones en las cuestiones de inconstitucionalidad 3.536/96 y acumuladas. Esta solicitud se fundamenta en el interés legítimo que dice ostentar, en tanto que Asociación Profesional de las empresas del sector del seguro, a las que directamente afecta el juicio de constitucionalidad que en su día se realice acerca del art. 1.2 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuestionado en el proceso constitucional de referencia así como en las demás cuestiones de inconstitucionalidad a él acumuladas”.

³⁷⁰ ATC 166/1998, de 14 de julio, FJ 2: “Con independencia del interés legítimo que pueda ostentar la entidad solicitante para actuar en defensa de los intereses de sus asociados, es lo cierto que, pudiendo hacerlo, no compareció ni se personó como parte en el proceso judicial del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3.536/96, ni en ninguno de los que se encuentran en el origen de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas a aquélla. La constatación de esta circunstancia hace innecesario el análisis de la argumentación vertida por la entidad UNESPA acerca de la doctrina constitucional elaborada por este Tribunal, en punto a la posible comparecencia en una cuestión de inconstitucionalidad de sujetos distintos a los taxativamente enumerados en el art. 37.2 LOTC y la eventual repercusión que, respecto de esa doctrina, pudiera tener la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 (asunto Ruiz Mateos). Es claro que el debate jurídico-doctrinal, del que se hace eco UNESPA en su escrito de solicitud de personación, únicamente cobra sentido en relación con quienes hubiesen sido parte en el proceso judicial a quo, circunstancia que, como queda expuesto, no concurre en el presente caso.

Desde una perspectiva puramente teórica, y teniendo presente una doctrina constitucional reiterada (AATC 132/1983, 378/1993, 174/1995 y 178/1996, entre otros muchos) que debemos una vez más reafirmar, no parece discutible que, cualquiera que sea la interpretación del art. 37.2 LOTC no podrá ésta incluir la eventual personación de quienes no fueron parte en el proceso judicial del que la cuestión de inconstitucionalidad dimana, pues ello supondría, sencillamente, la absoluta desnaturalización de ese mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, tal como está configurado en la Constitución (art. 163) y en la Ley Orgánica de este Tribunal”.

c) Las partes en los juicios “similares” al juicio suspendido, a la espera de la decisión de la Corte: los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” de los tribunales ordinarios en Italia

La Corte constitucional, siguiendo una jurisprudencia consolidada, ha excluido la constitución como parte de sujetos que declararon haberlo sido en juicios ordinarios “similares” a aquél en el que se suscita la duda de constitucionalidad y se emite el auto de planteamiento, o en los que tenía que aplicarse la misma norma impugnada. En este último caso, recordó que la solución contraria contradiría el carácter incidental del juicio de legitimidad constitucional y los requisitos propios de este proceso, dado que el acceso de las partes a dicho juicio tendría lugar sin la verificación previa de la relevancia y de la “no falta manifiesta de fundamento” de la cuestión por parte del juez *a quo*, incluso cuando una cuestión análoga hubiese sido propuesta pero aún no aprobada por el juez competente³⁷¹.

Con una cierta frecuencia, por evidentes razones de economía procesal, los jueces ordinarios suelen limitarse a suspender el juicio principal sin elevar cuestión de constitucionalidad, a la espera de que la Corte decida una cuestión idéntica planteada por otros jueces o incluso por el mismo juez, pero con relación a otro proceso (el denominado auto-piloto, “*ordinanza-pilota*”). Esta práctica ha sido objeto de críticas de la Corte, que estima que con tal conducta el juez impide a las partes legítimas de los procedimientos suspendidos poder personarse en el proceso constitucional, con perjuicio tangible para la protección de sus derechos e intereses.

Por todo lo dicho, precisamente, en opinión de la doctrina dominante, resulta discutible aquella jurisprudencia constitucional que tiende a declarar inadmisibles la constitución de tales sujetos como partes en el juicio *ad quem* en curso, quedando indefensos frente a un comportamiento ilegítimo del juez ordinario³⁷². A este respecto se ha sostenido que, pese a ser cierto que la Corte ha negado siempre la posibilidad de que el juez se limite a suspender un juicio en espera del pronunciamiento de la Corte sobre una cuestión que tenga el mismo objeto, planteada por él mismo o por otro juez, no puede soslayarse la posición “inocente” o “sin culpa” (“*incolpevole*”) de la parte que, a pesar de contar con todas las condiciones a tal efecto, no puede participar en un juicio

³⁷¹ Se trata de una jurisprudencia constitucional absolutamente consolidada. V., por ejemplo, Corte const. n. 119, n. 393 de 2008; n. 151, n. 393 de 2009; n. 48, n. 138 y n. 288 de 2010; n. 49 de 2011, n. 119 de 2012; n. 32 de 2013.

³⁷² Entre otras, sentencias Corte constitucional n. 96 de 2008 y n. 304 de 2011.

(constitucional) que concluirá con un pronunciamiento que le será de repercusión en su posición y en sus intereses. Si la razón latente en los escasos casos en los que la jurisprudencia constitucional ha ampliado el acceso al juicio *ad quem* (como ha señalado expresamente la Corte) ha sido la de garantizar el derecho de defensa de las partes (art. 24 de la Constitución italiana), cabría plantearse, con la doctrina, si tal finalidad no debería conducir a la aceptación, en casos como aquellos, de la comparecencia de los mencionados sujetos “sin culpa”, pues no parecen, en efecto, “insuperables” las justificaciones esgrimidas por la Corte para negar la admisibilidad de su intervención³⁷³.

d) Sigue. Las acumulaciones y los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegítima” del Tribunal Constitucional español

Queremos ahora analizar una circunstancia que se refiere al sistema jurídico español.

El art. 83 de la LOTC regula expresamente la acumulación de cuestiones de inconstitucionalidad admitidas a trámite que tengan un objeto similar: “*El Tribunal podrá, a instancia de parte o de oficio, en cualquier momento, y previa audiencia de los comparecidos en el proceso constitucional, disponer la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión. La audiencia se hará por plazo que no exceda de diez días*”. La letra de la disposición, que no se ha modificado con la reforma de la LOTC de 2007, consiente una interpretación favorecedora, en caso de acumulación, de la audiencia a las partes del proceso *a quo* que hubieran decidido personarse ante el Tribunal Constitucional.

Debe destacarse, a este respecto, una práctica del Tribunal Constitucional que enlaza con los problemas que venimos de analizar (suspensión de procesos cuando existe una cuestión de inconstitucionalidad nacida de otro procedimiento y pendiente ante el Tribunal, referente a la misma norma que ha de ser aplicada por el juez *ad casum*). En efecto, en determinadas ocasiones, es el propio Tribunal Constitucional el que ha optado por suspender, no “en sentido técnico” sino que “paralizando de facto”, la tramitación de ciertas cuestiones de inconstitucionalidad susceptibles de acumulación,

³⁷³ En tal sentido, ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 99.

esperando al dictado de Sentencia sobre el primero de los casos de similar naturaleza que estuviera en curso de pronunciamiento³⁷⁴. Frente a ello, aplazar la decisión de admisión a trámite no permitiría la personación de las partes del proceso *a quo* ante el Constitucional, ya que, como hemos visto, la LOTC la prevé solo una vez “*Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad*”, por lo que esa praxis menguaría la efectiva protección de los derechos e intereses de tales sujetos.

e) La sucesión en el estatus de parte del juicio *a quo*

El hecho de considerar exclusivamente la posición formal de los sujetos del proceso principal en el momento de elevar el auto de planteamiento para reconocer la legitimación para personarse en la fase *ad quem*, ha generado en ciertas situaciones controversia en los supuestos de sucesión de las partes en el proceso; la incertidumbre concierne a la posibilidad de que la parte que, desde el punto de vista sustantivo, sucede a la parte formalmente presente en el proceso principal se constituya como parte ante la Corte constitucional.

Este problema se ha planteado por lo menos en dos ocasiones en la jurisprudencia constitucional italiana: en una primera se trataba de una asociación voluntaria, regularmente constituida como parte ante la Corte; con posterioridad a la emisión del auto de planteamiento, la asociación había sido suprimida y sus funciones habían sido asignadas a las administraciones regionales. La Corte constitucional sostuvo, de manera discutible en opinión de algunos comentaristas, la irrelevancia para el juicio constitucional de los eventos procesales relativos al procedimiento *a quo*, rechazando por tanto la petición de la Región de participar en el proceso ante ella (Sentencia de la Corte constitucional n. 40 de 1982).

En una segunda ocasión, se personó una entidad bancaria que pretendía fundar su legitimidad para ser parte en el juicio *ad quem* en el hecho de haber absorbido a otra entidad bancaria, que sí contaba con la condición de parte en el juicio *a quo*, reemplazándola como sucesora a título universal en todas las relaciones de las que era titular. En este caso la Corte constitucional consideró admisible la sucesión en el estatus

³⁷⁴ LOPEZ ULLA nos presenta algunos ejemplos, todos sin embargo anteriores a la reforma de 2007. LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 316 y ss.

de parte, en cuanto que la solicitante era, efectivamente, sucesora universal de la entidad bancaria asimilada legalmente (Sentencia de la Corte constitucional. n. 471 de 1994)³⁷⁵.

f) El Ministerio Público, el abogado de la parte y los órganos del Estado

A pesar de que la ley prevea que el auto de planteamiento debe ser notificado al Ministerio público, la Corte constitucional ha excluido su presencia como parte en el juicio constitucional³⁷⁶. La Corte funda esa decisión, sobre todo, en la posición particular que el Ministerio público asume en el juicio *a quo*, en tanto que “órgano de justicia” (“*organo di giustizia*”) que actúa en el interés objetivo del ordenamiento, lo que no permite equiparar su posición con la de las partes del litigio ni, por ello, extenderle la regulación prevista para estas últimas en orden a su intervención en el proceso constitucional³⁷⁷. En razón de ese criterio, la Corte ha estimado carente de todo fundamento la cuestión de constitucionalidad de los arts. 23 y 25 l. 87/1953, en la medida en que la exclusión (o no previsión de) la constitución como parte en el juicio constitucional del Ministerio público no representa una opción legislativa que pueda tacharse de irrazonable³⁷⁸.

La Corte, también fundándose en su doctrina anterior, en decisiones más próximas en el tiempo recordó las limitaciones derivadas de la normativa vigente y la peculiaridad del rol del Ministerio Público, que no permiten la controvertida asimilación a la posición de parte. La Consulta se centró en aquellas ocasiones en la interpretación del art. 111 de la Constitución italiana sobre el denominado “proceso justo”³⁷⁹ y en el principio de paridad de armas entre acusación y defensa, tanto con respecto al proceso

³⁷⁵ Podría mencionarse un tercer caso, sin embargo menos emblemático que los anteriores, en opinión de quien escribe: un caso en el que se personó en el proceso constitucional un sujeto privado que aducía ser sucesor a título particular de una de las partes que protagonizaban el proceso principal. La Corte constitucional no admitió esta vez su comparecencia, dado que la falta de la condición de parte en el juicio *a quo* derivaba en un defecto de legitimidad para personarse en el proceso constitucional, que no puede tener un ámbito subjetivo distinto y más extenso que el primero (Sentencia de la Corte constitucional n. 459 de 2000).

³⁷⁶ V. a este respecto: LEONE, S., *Sulla costituzione del pubblico ministero nel giudizio dinanzi alla Corte*, en BIN, R., BRUNELLI, G., GUAZZAROTTI, A., PUGIOTTO, A., y VERONESI, P. (Coords.), *Il lodo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 158 y ss.; ODDI, A., *La parte afona*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 3730; ROMBOLI, R., *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, en *www.rivista.AIC.it*, 2010; PACE, A., *Sull'ammissibilità della costituzione del p.m. (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, *ivi*, 2015, p. 2.

³⁷⁷ Corte const. n. 327 de 1995; n. 1, n. 375 de 1996.

³⁷⁸ Corte const. n. 361 de 1998.

³⁷⁹ Art. 111 Constitución italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge [...]*”

penal, como con relación al constitucional. Para el primer caso, el principio no supone, a juicio de la Corte, una identidad de potestades procesales, pudiendo estar justificado un tratamiento diverso, dentro de los límites de la razonabilidad, de las exigencias relacionadas con la correcta administración de la justicia, así como en consideración a la particular posición del Ministerio público.

Con respecto al proceso constitucional, y en razón de su especificidad, afirmó sin embargo que el mismo principio no exige necesariamente que al Ministerio público se le deban reconocer idénticas potestades que a las partes privadas, por lo que no le resulta irrazonable la exclusión del primero de la posibilidad de constituirse como parte ante la Corte constitucional³⁸⁰.

En España, de su lado, ni el apartado segundo ni el tercero del artículo 37 LOTC reconocen al concreto Fiscal que participa en el proceso judicial de origen la facultad de personarse en la fase *ad quem* (que solo tendrá oportunidad de formular alegaciones en la fase del trámite de audiencia previa al planteamiento de la cuestión, *ex art. 35.2 LOTC*), pero sí, y tiene sentido en función de las características y de la naturaleza constitucional del procedimiento, al Fiscal General del Estado (art. 37.3 LOTC)³⁸¹.

Centrándonos en otro supuesto específico, en Italia no se ha admitido la constitución como parte en el juicio constitucional del abogado de la parte del juicio *a quo* en su propio nombre, no en calidad de abogado de aquélla. Postulaba este señor que en el concepto de “parte” debe incluirse al abogado cuando se discuta de la legitimidad constitucional de una norma referida al régimen jurídico del defensor, que incida en su

³⁸⁰ Corte const. n. 262 del 2009.

Para una posición crítica frente a esta jurisprudencia, v. ROMBOLI, R., *La presenza cit.*, quien entiende que la constitución del Ministerio Público ante la Corte constitucional podría encontrar justificación ya en su posición específica en el proceso común con relación al caso particular, permitiéndole aportar argumentos para la defensa de la propia estrategia procesal, ya en razón de su naturaleza de “órgano de justicia”.

³⁸¹ Art. 37 LOTC: “2. *Publicada en el “Boletín Oficial del Estado” la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. 3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.*

posición profesional. Sin embargo, la Corte ha excluido siempre esta legitimación, dado que el defensor no puede considerarse parte en el juicio *a quo*, sino simplemente asistente letrado de la parte actora, que es la que cuenta con *ius postulandi* ante el juez³⁸².

Aludiendo ahora a otra previsión sobre la legitimación para comparecer ante la Corte constitucional, convendrá mencionar el art. 20.2 de la ley 87/1953, que prevé que *“los órganos del Estado y de las regiones tienen el derecho de intervenir en juicio”*³⁸³ y que ha levantado algunas dudas interpretativas.

De esta formulación podían, en efecto, derivarse dos diferentes lecturas: una primera, fundada más en el significado literal del texto y que entonces habría reconocido a los sujetos indicados en la norma el derecho sustantivo de personarse en el proceso *ad quem*. Una segunda interpretación de tipo “sistemático”, sin embargo, se centraba más en que dicho precepto se insertaba en una disposición dedicada a la defensa técnica, estableciendo entonces que los órganos del Estado y de las regiones no necesitaran personarse asistidos por un abogado. En consideración de las afirmaciones expresadas en ocasión de los trabajos preparatorios de la ley, habría tenido que prevalecer la primera lectura.

Cuando en 1998 la Corte constitucional tuvo la posibilidad de pronunciarse directamente sobre este tema, eligió sin embargo la segunda interpretación y afirmó que *“también la relativa a los órganos del Estado es, por tanto, una regla que se refiere a la representación y defensa en el juicio, ya que se establece que no se exige una defensa profesional para tales órganos. Esto sin embargo no atañe, ni por tanto modifica, la regulación de la legitimación para ser parte o intervenir en un juicio”*³⁸⁴. La decisión

³⁸² Corte cost. n. 97 de 1970, n.16 del 1995, en un juicio que tenía por objeto la legitimidad constitucional de las disposiciones que limitan a los abogados de confianza (y no a los de oficio) de lengua madre distinta a la del proceso el desarrollo en su propia lengua de las intervenciones orales, con plasmación en la lengua del proceso, n. 37 de 1999; n. 163 de 2002, con relación a una cuestión de constitucionalidad relativa a los límites territoriales dentro de los que se admite el ejercicio de la actividad de los fiscales en ejercicio admitidos en la actividad judicial.

³⁸³ Art. 20.2, ley 87/1953: *“Gli organi dello Stato e delle regioni hanno diritto di intervenire in giudizio”*.

³⁸⁴ *“Anche quella relativa agli organi dello stato è, dunque, una regola che riguarda la rappresentanza e difesa nel giudizio, giacchè si stabilisce che non è richiesta, per tali organi, una difesa professionale. Ciò tuttavia, non riguarda, nè vale quindi a modificare, la disciplina della legittimazione ad essere parte o ad intervenire in giudizio”*, Sentencia de la Corte constitucional n. 350 de 1998. La decisión ha sido luego reiterada en las sentencias de la Corte constitucional n. 163 de 2005 y n. 232 de 2006.

En España el art. 37.3 LOTC reconoce a una “generosa” lista de sujetos institucionales la posibilidad de personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en un plazo de quince días, para (en principio) permitirles defender la constitucionalidad de la disposición enjuiciada. Art. 37.3 LOTC: *“3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por*

de la Corte negó por lo tanto un genérico derecho a personarse ante ella misma a los órganos del Estado y de las regiones.

g) Los “auto interlocutorio” y su utilidad para difundir una doctrina sobre sujetos admitidos o no en el juicio *ad quem*

Para terminar con el análisis de los aspectos más relevantes sobre el tema de la legitimidad en el juicio *ad quem* según la normativa y la jurisprudencia italianas, conviene señalar que la decisión con la que la Corte constitucional resuelve las cuestiones sobre ese particular está contenida en una decisión denominada “auto interlocutorio” (“*ordinanza dibattimentale*”, en italiano) o “sin numeración”.

Hasta un cierto momento este acto parecía emplearse e interpretarse como la respuesta a una petición específica de intervención en el proceso constitucional, carente por tanto de interés general y no necesitado de unas formas rituales específicas al objeto de su publicidad. Los autos de este tipo (denominados también “sin numeración”, por no estar publicados en la Gaceta Oficial y no tener asignado un número de serie) se introducían en un repertorio oficial de sentencias y autos de la Corte constitucional, de modo que, no poseyendo otra forma de publicidad, acababan por ser ignorados.

A partir de 1995³⁸⁵, la Corte inició la práctica de adjuntar a la sentencia definitiva el auto sobre el contradictorio leído en audiencia pública, otorgándole así la misma publicidad que aquella de la resolución definitiva, con su publicación en el Boletín Oficial del Estado (*Gazzetta ufficiale*) y, a menudo, en las revistas que suelen publicar sentencias.

La doctrina considera que la decisión de publicar los autos “sin numeración” a la que hemos hecho ahora referencia, fue tomada por la Corte cuando abandonó su posición de absoluto cierre respecto a la identificación de los sujetos que pueden participar en el juicio constitucional en vía incidental. Desde aquel momento, en efecto, la misma se hizo consciente del trascendente significado de la motivación de la decisión de admisión o inadmisión, con el fin de sentar una doctrina constitucional sobre este

conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. [...]”.

³⁸⁵ Los primeros dos supuestos de este tipo se refieren a las sentencias de la Corte constitucional nn. 154 y 178 de 1995.

punto, no siendo ya suficientes las meras referencias al hecho de que aquel determinado sujeto no hubiese sido parte en el juicio *a quo*³⁸⁶.

Si se analizan los autos interlocutorios dictados en los más de 20 años sucesivos al momento de la decisión de su publicación³⁸⁷, se advierte cómo esa práctica ha sido ciertamente oportuna, ofreciendo a menudo interpretaciones relativas a los plazos, a la legitimación de algunos sujetos específicos y, en sentido amplio, sobre el proceso constitucional, que se relevan de gran interés general como precedentes que orientan el comportamiento de los sujetos que tienen la intención de personarse en el proceso *ad quem*.

De entre todos, el aspecto que la doctrina ha reconocido como el más relevante se aprecia en los autos “sin numeración” que explican las razones por las que no podía acogerse *ad casum* que el sujeto reclamante tuviera un “interés cualificado” (“*interesse qualificato*”, en italiano) que legitimase su comparecencia en el juicio constitucional. Importancia de esas motivaciones porque, habitualmente, en efecto, la sentencia definitiva precisa solamente, en la parte de los antecedentes o de los fundamentos jurídicos, la conclusión alcanzada por la Corte (“*ha intervenido el sujeto X, quien ha sido considerado como admisible o inadmisible*”³⁸⁸), remitiendo la justificación al auto leído en audiencia y adjunto al pronunciamiento³⁸⁹.

Sin embargo (y esto disminuye claramente la trascendencia del instrumento), en algunos casos, los autos interlocutorios contienen una motivación muy sucinta o casi inexistente – como cuando se limitan a estimar la falta de cualificación de parte- y la sentencia final suele plasmar el contenido de los mismos, siendo bastante excepcional que contenga, sobre este punto, un contenido más amplio o que proceda a profundizar en la problemática.

³⁸⁶ ROMBOLI, R., *Le forme di pubblicità delle ordinanze dibattimentali senza numero della Corte costituzionale sul contraddittorio e l'intervento del terzo nei giudizi costituzionali di parti*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 3161 y ss.

³⁸⁷ En realidad, la jurisprudencia constitucional ha procedido, en los mismos casos, unas veces a dictar el auto interlocutorio, separado de la resolución final, mientras que otras veces ha optado por incorporar los eventos del proceso y las correspondientes soluciones y motivaciones en el cuerpo de la sentencia.

Sin pretensiones de exhaustividad, v., a partir de 1996, los autos sin numeración adjuntos a las resoluciones: 173 y 313/1996; 38, 248, 277/1997; 344/1998; 183 y 426/1999; 511/2000; 189 y 291/2001; 145, 284, 505 y 536/2002; 346/2003; 196, 389/2004; 150, 345 y 378/2005; 172, 232, 279, 329, 352 y 369/2006; 25, 149, 195, 222, 245, 257, 344, 349, 352, 380/2007; 119, 128, 151, 232, 233, 251 e 254/2009; 121, 138, 225, 289 e 325/2010; 44, 69, 304/2011; 150, 245, 272, 296/2012; 59, 60, 82, 85, 134, 220, 230, 231, 285, 318/2013; 100, 120, 128, 146, 162, 170/2014.

³⁸⁸ “*Ha spiegato intervento il soggetto X, il quale è stato ritenuto ammissibile o inammissibile*”.

³⁸⁹ ROMBOLI, R., *L’“interesse qualificato” che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp.1810 y ss.

3. La condena del TEDH a España (caso *Ruiz Mateos*) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007 que abre las puertas del proceso ante el Tribunal Constitucional a las partes del proceso *a quo*

Como ya hemos apuntado, una parte de la doctrina española había manifestado su desacuerdo con la regulación orgánica que no contemplaba la personación de las partes en el juicio *ad quem*, reputando insuficientes las garantías proporcionadas a través del trámite de audiencia del art. 35 LOTC³⁹⁰.

Sin embargo, no fueron las sugerencias de ilustres autores las que impulsaron el legislador español a modificar la LOTC, sino más bien las consecuencias que derivaron de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a España, entre otras razones, por negar a ciertos sujetos la participación en el proceso ante el TC con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad.

La trascendencia del caso, muy notorio en España, hace oportuno dedicar unas palabras al resumen de lo sucedido³⁹¹. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid promovió una cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados artículos de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre «expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo "Rumasa, Sociedad Anónima"», a instancia de uno de los afectados por la aplicación de la mencionada ley singular, don José María Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada. Las características de la expropiación, y en particular el hecho de ser ordenada a través de una ley singular, habían imposibilitado la defensa de los sujetos destinatarios de la medida, pues no tenían la posibilidad de instar un recurso contencioso-administrativo, ni de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, al no ser idóneo ese proceso constitucional para la impugnación directa de leyes. La cuestión, cuyo planteamiento se fundó en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), fue desestimada por el Constitucional en la STC 166/1986, de 19 de diciembre.

La duda de legitimidad constitucional de la misma ley singular volvió a plantearse con una segunda cuestión de inconstitucionalidad, esta vez por vulneración

³⁹⁰ V. Cap. Tercero, I.1.

³⁹¹ Es posible encontrar un comentario a este caso y a sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español en VIDAL FUEYO, M. DEL CAMINO, *Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional*, en SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., BELADIEZ ROJO, M. Y ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizus Menos, 2013, pp. 131-152.

de los arts. 14 (principio de igualdad ante la ley) y 33.3 CE (límites al derecho a la propiedad)³⁹², que el Alto Tribunal desestimó nuevamente, ahora en la STC 6/1991, de 15 de enero. En ambas ocasiones, así como estaba previsto en la regulación española, las partes no pudieron personarse ante el Constitucional en la fase *ad quem*.

Los sujetos afectados por la expropiación recurrieron entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del art. 6.1 del Convenio (derecho a un proceso equitativo)³⁹³, alegando la excesiva duración del proceso y la violación del derecho de defensa, en razón de la imposibilidad de participar en el contradictorio. El Tribunal Europeo condenó a España en la Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, por vulneración del artículo mencionado. Las fundamentaciones de la condena del TEDH se detienen, de un lado, en la efectiva duración excesiva del proceso, y, de otra parte, en la vulneración del derecho de defensa de Ruiz Mateos. Sobre este último tema, el Tribunal de Estrasburgo nada dijo que alcanzara a la normativa española referida al acceso o personación de las partes procesales ante el Tribunal Constitucional con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad (semejantes valoraciones, seguramente, habrían constituido una injerencia indebida en las potestades del Estado español, no dejando espacio a aquel legítimo margen de apreciación nacional que las instituciones supranacionales tienen la obligación de respetar³⁹⁴). Pese a ello, y no obstante ese límite, el Tribunal de Estrasburgo sí que percibió la peculiaridad del caso, señaladamente al ser de aplicación una ley singular, y advirtió cómo los destinatarios no habían tenido la posibilidad de defenderse a través de

³⁹² Art. 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Art. 33 CE: “*1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes*”.

³⁹³ Art. 6.1 CEDH “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia*”.

³⁹⁴ Sobre el margen de apreciación nacional puede verse, entre otros: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; y del mismo Autor, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

un contradictorio. Bajo esas circunstancias, resolvió que si el caso tiene como objeto “una ley que concierne directamente a un círculo restringido de personas” y “la cuestión de constitucionalidad de la ley es deferida al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de carácter civil y en el que son partes sujetos que pertenecen al susodicho círculo, es necesario en principio garantizarles el libre acceso a las observaciones de las demás partes y una real posibilidad de comentarlas” ante el Tribunal Constitucional mismo³⁹⁵.

La decisión de la Corte Europea se dirigía así, por consiguiente, a consagrar o estimular a la participación en la fase procesal ante el Constitucional de los sujetos destinatarios de una ley singular, siquiera cuando hubiesen actuado como partes en el proceso principal en el que traía origen la cuestión de inconstitucionalidad. Es importante enfatizar lo anterior (nos referimos a las peculiaridades de este caso concreto y las consideraciones, fundadas en ellas, del Tribunal de Estrasburgo) para entender las sucesivas actuaciones del Tribunal Constitucional, que rechazó las solicitudes de quienes querían personarse en el proceso *ad quem* fundando tal pretensión en la necesaria aplicación de la jurisprudencia del TEDH³⁹⁶.

Como se ha mencionado justo antes de empezar a analizar el caso *Ruiz Mateos*, la razón probablemente principal que ha determinado la modificación del régimen de personación ante el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad se encuentra en esa sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 23 de junio de 1993. Es la misma Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, la que en su tercera exposición de motivos lo confirma: “La [presente] ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la

³⁹⁵ Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, n. 63 : “Il peut arriver qu’elles aient trait, comme ici, à une loi qui concerne directement un cercle restreint de personnes. Si en pareil cas la question de la constitutionnalité de la loi est déférée au Tribunal constitutionnel dans le cadre d’une procédure relative à un droit de caractère civil et à laquelle sont parties des personnes de ce cercle, il faut en principe leur garantir un libre accès aux observations des autres parties et une possibilité véritable de les commenter”.

³⁹⁶ El Tribunal, como consecuencia de la sentencia del TEDH sobre el caso *Ruiz Mateos*, recibió varias solicitudes de personación de las partes de procesos *a quibus* en los que se plantearon CCI; véanse por ejemplo los AATC 260/2003, de 15 de julio; 239/1999, de 13 de octubre; 178/1996, de 26 de junio. Para un análisis doctrinal sobre las consecuencias de la decisión del TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede verse: CASTELLÁ 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 STEDH de 23 de junio de 1993*, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 2º semestre 1999, pp. 293-316.

cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Sea como fuere interpretada la intrahistoria del cambio legislativo, ciñéndonos ahora a las modificaciones normativas de la disciplina del contradictorio durante la fase *ad quem*, se comprueba que la nueva redacción legal añade, de un lado, un inciso en el art. 35.2 LOTC por el que las partes del proceso *a quo* podrá alegar sobre el fondo de la cuestión en el trámite de audiencia previa³⁹⁷ y, de otro, un nuevo apartado segundo al art. 37 LOTC (pasando el antiguo segundo a tercero), que tiene la siguiente redacción: *“Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días”*³⁹⁸.

La reforma, en cambio, no ha tenido como efecto la modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor del trámite de audiencia previa a las partes y

³⁹⁷ Art. 35.2 LOTC: *“El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o 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 oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá 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”.*

³⁹⁸ El art. 37 LOTC en su redacción actual afirma entonces lo siguiente: *“1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada. 2. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. 3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.*

al MF (art. 35 LOTC). Podría pensarse que en el nuevo sistema jurídico trazado por la LO 6/2007 dicha audiencia previa, ante el juez *a quo*, pueda perder el papel cardinal que venía anteriormente a desempeñar, dado que ahora las partes pueden presentar sus consideraciones directamente al Constitucional. Ello no es óbice, no obstante, para que el Tribunal siga manteniendo sus criterios previos sobre el particular, ponderando el trámite de audiencia del art. 35 LOTC como un momento primordial del procedimiento que revisa con detalle en el juicio de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad³⁹⁹. En nuestra opinión, esa posición responde a la distinta finalidad que cumplen los dos momentos con los que cuentan las partes para formular alegaciones. En el momento previo al planteamiento de la cuestión, el objetivo de su intervención no es exclusivamente garantizar que tengan eco sus intereses subjetivos, sino también que el órgano judicial reciba las consideraciones y valoraciones de los involucrados en el litigio para poder decidir sobre la conveniencia o no del planteamiento de la duda de constitucionalidad. Aunque no excluya por supuesto la motivación de constitucionalidad, tiene la audiencia, así, un valor ligado a la defensa de la oportunidad o impropiedad de instar el procedimiento. El destinatario de las alegaciones es entonces el juez *a quo*, de modo que solo indirectamente las opiniones de

³⁹⁹ Véase por ejemplo el reciente ATC 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a): “*La admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, requiere, entre otras ‘condiciones procesales’ (art. 37.1 LOTC), el correcto cumplimiento del denominado trámite de audiencia, esto es, la preceptiva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes de elaborar el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial promotor de la misma. Así lo exige expresamente el art. 35.2 LOTC [...]. Es por tanto «... un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada» (entre otros muchos, AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 4; y 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2).*

La doctrina constitucional (por todas, STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2) subraya «la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, este Tribunal ha destacado también que el mismo no puede minimizarse, reduciéndolo a un simple trámite, carente de más transcendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas» (por todas, STC 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3)”.

El TC ha recordado sin embargo en el mismo FJ que estas afirmaciones no siempre se han aplicado rígidamente: “*Esta doctrina ha admitido excepciones, esto es, que las variaciones en la identificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la inadmisión de la misma por falta de los requisitos procesales. Esto ocurrirá cuando el defecto en que incurre la providencia de apertura del trámite de audiencia no alcanza a producir confusión en los destinatarios, de modo que éstos pueden superar ese defecto y entender correctamente cuál era la duda que se les plantea, pues en estos casos no se habrá impedido a las partes el efectivo ejercicio de su derecho de audiencia en el trámite previsto por el art. 35.2 LOTC (ATC 136/2015, de 21 de julio, FJ 2)”.* Pueden consultarse también las SSTC 95/2015, de 16 de mayo, y 50/2015, de 5 de marzo, y los AATC 83/2016, de 26 de abril; 73/2016, de 12 de abril, y 36/2016, de 16 de febrero.

las partes llegarán al Tribunal Constitucional reproducidas en el auto de planteamiento. La nueva fase de audiencia a las partes durante el proceso *ad quem*, por contra, constituye el escenario en el que los directamente afectados en el proceso judicial muestran sus razonamientos de constitucionalidad al Alto Tribunal. Tiene esta segunda “audiencia”, así, un valor estrictamente argumentativo, ligado al juicio sustantivo de constitucionalidad, por más que nada impida a las partes argumentar, por ser razón y fundamento de su intervención ante el Tribunal, sobre las concretas circunstancias del caso enjuiciado en el proceso *a quo* que resulten atravesadas por la respuesta que la cuestión vaya a merecer en el pronunciamiento del Tribunal.

Con base en la nueva regulación, entonces, las partes del proceso *a quo* pueden comparecer ante el Tribunal Constitucional y presentar directamente sus alegaciones y consideraciones⁴⁰⁰. La reforma satisfizo a la mayoría de la doctrina, que observa en la modificación legislativa un avance decisivo para la tutela de los derechos e intereses de los individuos, especialmente de los sujetos comprometido en el proceso ordinario en el que se origina la cuestión. Como nos recuerda muy claramente LÓPEZ ULLA, “*afirmar que las partes del proceso a quo son ajenas al juicio [del TC] es negar lo evidente. [...] En este sentido podríamos hablar, como hace la doctrina italiana, de un cierto carácter híbrido de este proceso constitucional pues si es bien claro que éste tiene por objeto el examen objetivo de la constitucionalidad de una ley – con independencia de los intereses enfrentados en el proceso a quo - este interés público no contradice ni niega su posible utilidad como instrumento de defensa de derechos particulares*”⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Como ya hemos mencionado al principio del capítulo, en España no se habla de un verdadero “contradictorio” ante el Juez constitucional, expresión que sin embargo es empleada comúnmente en Italia.

⁴⁰¹ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 199.

Entre los autores que sostenían la necesidad de esta reforma ya desde hace muchos años podemos mencionar, además del mismo LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, también RUBIO LLORENTE, F., y ARAGÓN REYES, M., *La jurisdicción constitucional*, La Constitución española de 1978. *Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRIA, E., Civitas, Madrid, 1981, pp. 836, y 863; GARCÍA ROCA, J., *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992, pp. 101-138, p. 121.

Podemos concluir, comprobando las estadísticas⁴⁰² y apoyándonos en las valoraciones de ilustres juristas⁴⁰³, que la cuestión de inconstitucionalidad ha llevado efectivamente a cabo (y no dudamos que así seguirá ocurriendo en el futuro) una labor crucial en la protección de los derechos e intereses subjetivos en supuestos en los que su eventual lesión proviene directamente de una normativa con fuerza de ley. Y es que no se puede en efecto olvidar la concurrencia de un interés subjetivo de las partes del proceso *a quo*, que no puede ser por complejo soslayado o ajeno en la decisión del Tribunal Constitucional, pues ésta será determinante para la resolución de la *litis* en uno u otro sentido, con evidentes efectos sustantivos.

En suma, consideramos que las modificaciones introducidas con la LO 6/2007, de 24 de mayo, contribuyen a reforzar la naturaleza (también) subjetiva de la cuestión de inconstitucionalidad, alejándola de la más clásica concepción objetiva que veía este tipo de proceso constitucional como un cauce abstracto de depuración del ordenamiento jurídico. Aunque el objeto (probablemente) principal de la cuestión de inconstitucionalidad en España siga centrado en ese juicio abstracto de constitucionalidad de la norma con rango de ley, la participación de las partes en el proceso *ad quem* abre las puertas y refuerza indudablemente la dimensión subjetiva del procedimiento, así como los efectos subjetivos de la resolución del mismo, afianzando tanto aquélla y éstos como el derecho de defensa de los ciudadanos y la relevancia de sus intereses particulares, sustanciados en el proceso judicial, en la mirada del Tribunal Constitucional.

⁴⁰² Como ya hemos aludido en el Capítulo I de este trabajo, la cuestión de inconstitucionalidad se ha utilizado principalmente invocando la vulneración de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales.

Siempre hablando de datos, y en consideración del tema desarrollado en este capítulo, hay que registrar un “tímido” incremento en la participación de las partes del proceso *a quo* en la fase ante el Constitucional. Pueden citarse, como ejemplos muy recientes en los que las partes se han personado en la fase *ad quem*, las SSTC 197/2016, de 28 de noviembre, y 23/2017, de 16 de febrero.

⁴⁰³ LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 200-201.

III. La fase *ad quem* y la participación de las partes ante el Juez constitucional para la defensa de los derechos constitucionales implicados. Algunos supuestos controvertidos

1. La obligatoriedad de los plazos en la personación de las partes

En Italia, con base en la normativa contenida en la ley de 1953 y en las Normas de Integración, las partes del juicio *a quo* se constituye en la fase *ad quem* mediante el depósito en la Secretaría de la Corte de la denominada “*procura speciale*”, con señalamiento de domicilio en Roma y presentación de las alegaciones, incluidas las conclusiones. En el mismo plazo previsto para la constitución se pueden incluir nuevos documentos referidos al juicio de legitimidad constitucional. La parte comparecida, tras haber leído las alegaciones de los demás sujetos que eventualmente hayan intervenido tras personarse como partes, tiene la facultad de depósito de memorias “ilustrativas”, en un plazo de hasta 20 días antes de la audiencia o de la reunión a “puertas cerradas” (*Camera di Consiglio*) (art. 10 N.I.). Interviene asimismo en la audiencia pública, exponiendo de forma sintética sus propias conclusiones (art. 16 N.I.)⁴⁰⁴.

El art. 25.2 de la ley 87/53 prevé, en referencia específicamente al momento en el que comienza a correr el plazo para la constitución como parte, que “*en 20 días desde la recepción de la notificación del auto [...] las partes pueden examinar las actuaciones depositadas en la Secretaría y presentar sus alegaciones*”⁴⁰⁵; un plazo que parecería iniciar su cómputo, como es obvio, desde el momento de la notificación.

Unos años más tarde, la Corte constitucional, introdujo una modificación sustancial en la ley a través de las Normas de Integración de 1956, intentando no obstante no causar un conflicto entre fuentes normativas. Así, el art. 3.2 N.I. estableció que “*en el plazo arriba indicado [art. 25.2 de la ley 87/53] no se computan los días comprendidos entre aquel de la última notificación y el de la publicación del auto en el*

⁴⁰⁴ Art. 10 N.I.: “1. È ammesso il deposito nella cancelleria della Corte di una memoria illustrativa, in un numero di copie sufficiente per le parti, fino al ventesimo giorno libero prima dell’udienza o della riunione in camera di consiglio. 2. In caso di deposito oltre il termine di cui al precedente comma, il cancelliere provvede ad annotare la circostanza sull’atto prima della trasmissione di cui all’art. 11”.

Art. 16 N.I.: “1. All’udienza il giudice relatore espone in modo sintetico le questioni della causa. 2. Dopo la relazione, i difensori delle parti svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni. 3. Il Presidente regola la discussione e può indicare i punti e determinare i tempi nei quali essa deve contenersi. 6 4. Si osservano, oltre agli articoli 15, 16 e 17 della legge 11 marzo 1953, n. 87, gli articoli 128, comma secondo, e 129 del Codice di procedura civile”.

⁴⁰⁵ Art. 25.2: “Entro venti giorni dall’avvenuta notificazione dell’ordinanza [...] le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni”.

*Boletín Oficial del Estado*⁴⁰⁶, de suerte que, con ello, el plazo corriera a partir de este último momento.

Actualmente, el nuevo art. 3 N.I.⁴⁰⁷, atendiendo a la experiencia aplicativa de la disposición que es objeto de sucesión normativa, dispone ahora, directamente, que “*la constitución de las partes [...] debe producirse en el plazo de 20 días desde la publicación del auto en el Boletín Oficial del Estado*”, contradiciendo lo que parece deducirse de la Constitución y de la ley 87/1953⁴⁰⁸.

Los plazos referidos han sido considerados de naturaleza perentoria por la Corte constitucional, en una jurisprudencia consolidada y constante que conlleva un efecto de inadmisibilidad a partir del momento en el que haya vencido el término previsto⁴⁰⁹.

La Consulta, en efecto, en algunas ocasiones ha excluido expresamente la remisión en plazo por parte de sujetos que se habían constituido extemporáneamente (véanse las Sentencias de la Corte constitucional n. 41 de 2011 y n. 75 de 2012), por ejemplo excluyendo expresamente la aplicabilidad al proceso constitucional de la suspensión durante los festivos de los plazos, en consideración de las peculiares exigencias de celeridad y seguridad al que el mismo proceso debe responder (Sentencia de la Corte constitucional n. 46 de 2011)⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ “*Nel termine su indicato [art. 25, 2° comma, l. 87/53] non sono computati i giorni compresi tra quello dell’ultima notificazione e quello in cui l’ordinanza è pubblicata nella Gazzetta ufficiale*”.

⁴⁰⁷ Art. 3 N.I. “*1. La costituzione delle parti nel giudizio davanti alla Corte ha luogo nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza nella Gazzetta Ufficiale, mediante deposito in cancelleria della procura speciale, con la elezione del domicilio, e delle deduzioni comprensive delle conclusioni. La procura può essere apposta in calce o a margine dell’originale delle deduzioni con la sottoscrizione della parte, certificata autografa dal difensore. Nello stesso termine possono essere prodotti nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale*”.

⁴⁰⁸ Con base en lo previsto en el art. 137 de la Constitución italiana, “*una ley constitucional establecerá las condiciones, formas y plazos para la propuesta de juicios de legitimidad constitucional [...]. Por ley ordinaria se establecerán las otras normas necesarias para la constitución y el funcionamiento de la Corte*” (“Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale [...]. Con legge ordinaria sono stabilite le *altre norme necessarie* per la costituzione e il funzionamento della Corte”), parecería que tales fuentes deberían agotar la regulación.

El art. 22 de la ley 87/1953 hace en cambio referencia a dos fuentes ulteriores, estableciendo que “*en el procedimiento ante la Corte constitucional [...] se observan, en cuanto aplicables, también las normas del reglamento para el procedimiento ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional. La Corte podrá establecer normas complementarias en su reglamento*” (“nel procedimento davanti alla Corte costituzionale [...] si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento”), poniendo de relieve su posición subordinada con respecto a la ley.

⁴⁰⁹ Véanse, entre otras: Sentencias de la Corte constitucional n. 279 de 2013 y n. 25 de 2007.

⁴¹⁰ En la doctrina se ha hecho famoso un caso (entre otros: ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di proceso costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 93), resuelto en la Sentencia de la Corte constitucional n. 37 de 2006. En aquella ocasión una de las partes, que actuó fuera de plazo, defendió la naturaleza no perentoria del plazo, aduciendo para sostener su tesis que ni consta una calificación normativa explícita en este sentido ni concurren razones de celeridad que impongan otro criterio. En su opinión resultaba de relevancia, sin embargo, que en juicio constitucional no existen partes contrapuestas, sino solo sujetos que pueden presentar a la Corte sus aportaciones colaborativas para

2. El principio de gratuidad y la paradoja, en Italia, de la necesaria defensa técnica por parte de un abogado “cassazionista”

Un argumento que corroboraría el interés público que subyace y caracteriza el proceso constitucional que nos ocupa, lo encontramos en el principio de gratuidad del proceso constitucional. Son expresión de este principio el art. 21 de la ley 87/1953, que dispone que “*los actos del procedimiento ante la Corte constitucional están exentos de cualquier tipo de tasas*”; así como el artículo 30 N.I., según el cual “*en los juicios ante la Corte constitucional no se pronuncia condena en costas*”, y el artículo 13.3 N.I, que prevé que “*los gastos por la asunción [de los medios de prueba] corren a cargo del presupuesto de la Corte*”⁴¹¹.

La Corte constitucional ha tenido ocasión de establecer que resulta totalmente desconocido y extraño al proceso constitucional el concepto de “*soccombenza*” (perder un pleito), dado que aquél no concluye con vencedores ni vencidos. Idea que tiene un nexo con esas determinaciones normativas que excluyen todo tipo de carga pecuniaria, aún exigua, ya que podría generarse en otro caso un freno o disuasión de la colaboración entre los sujetos que participan en las distintas fases del juicio de constitucionalidad (que, en los límites previstos por la ley, es sin duda útil o necesaria⁴¹²).

Aún así, en la regulación italiana se advierte una gran paradoja en este punto. La gratuidad del proceso constitucional no exime, en realidad, de la asunción de gastos a la parte que decide personarse ante la Corte constitucional –normalmente más gravosos que el pago de algún impuesto o sello -. Como es obvio, nos referimos a los honorarios del abogado defensor. La contradicción descrita, desde el prisma del gravamen económico por la participación en la fase *ad quem*, nace de la previsión que contiene el art. 20.1 de la ley 87/1953, a cuyo tenor “*en los procedimientos ante la Corte*

mantener la legitimidad o ilegitimidad de la norma. La Consulta, también en este caso, invocó su jurisprudencia consolidada, de sentido contrario, de la que no consideró que existieran razones para apartarse.

⁴¹¹ Art. 21 de la ley 87/1953: “*Gli atti del procedimento davanti alla Corte costituzionale sono esenti da tasse di ogni specie*”.

Art. 30 N.I.: “*Nei giudizi davanti alla Corte costituzionale non si pronuncia condanna alle spese*”.

Art. 13.3 N.I.: “*Le spese per l’assunzione [dei mezzi di prova] sono a carico del bilancio della Corte*”.

⁴¹² Sentencia de la Corte const. n. 75 de 1965, que ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 l. 798/65 y 3, 4 l. 289/63, en la parte en la que establecían el pago de dos tipos de contribuciones también en los procesos constitucionales.

*constitucional la representación y la defensa de las partes puede ser encomendada sólo a los abogados habilitados a ejercer ante la Corte de casación*⁴¹³.

En varias ocasiones se ha planteado la cuestión de la legitimidad constitucional de tal disposición, aduciéndose que limita o grava excesivamente la posibilidad de defensa de la parte, al comprometerse su personación en función de sus posibilidades económicas, pese a tratarse de un juicio que, por su naturaleza, trasciende los intereses particulares y posee una eficacia *erga omnes*⁴¹⁴.

La Corte constitucional ha declarado siempre infundada esa cuestión. Razona que la disposición impugnada “*no hace necesariamente gravosa la carga de la defensa de las partes ante la Corte constitucional y es fruto de una elección racional del legislador en relación con los requisitos profesionales necesarios para el tratamiento de cuestiones que exigen particular pericia*”⁴¹⁵. Así pues, queda ratificada la legitimidad de la elección legislativa, que se dice asociada al propósito de asegurar una suficiente pericia profesional para la intervención en el proceso constitucional (desarrollado en un nivel superior y con reglas procedimentales particulares que requieren una singular cualificación de los abogados). No con otro fundamento podría afirmarse que a esas normas y exigencias “*deba conformarse tanto el ejercicio del derecho de defensa del abogado que quiera ejercer su actividad ante la Corte constitucional, como la libre elección del abogado por las partes*”⁴¹⁶.

Todavía en relación con esta problemática de la defensa técnica, se ha suscitado la posibilidad de que el defensor sea un abogado de nacionalidad distinta a la italiana (en este caso, española). La Corte constitucional sostuvo que un abogado perteneciente a la Unión Europea sí puede ejercer su actividad ante la Corte, siempre que opere en

⁴¹³ Art. 20.1 de la ley 87/1953: “*Nei procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale la rappresentanza e la difesa delle parti può essere affidata soltanto ad avvocati abilitati al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione*”.

⁴¹⁴ V. Sobre este particular, entre otros, DANOVI, R., *Un avvocato spagnolo alla Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1995, pp. 1833 y ss. y, sobre el principio de gratuidad del proceso constitucional, VAGLIO, G., *La rappresentanza processuale delle parti private nei giudizi costituzionali*, *ivi*, 1997, V, pp. 329 y ss.

⁴¹⁵ “*Non rende eccessivamente gravoso l’onere difensivo delle parti davanti alla Corte costituzionale ed è frutto di una razionale scelta del legislatore in ordine ai requisiti professionali necessari per la trattazione di questioni che richiedono particolare perizia*”, Sentencias de la Corte constitucional n. 222 de 1982, n. 154 de 1995 y n. 173 de 1996.

⁴¹⁶ “*Deve conformarsi sia l’esercizio del diritto di difesa dell’avvocato che voglia esercitare il patrocinio avanti alla Corte costituzionale, sia la libera scelta del difensore ad opera delle parti*”, Sentencias de la Corte constitucional n. 222 de 1982, n. 154 de 1995 y n. 173 de 1996.

cooperación con un letrado italiano poseedor de la habilitación requerida por las leyes nacionales⁴¹⁷.

En España el debate no se ha producido, al no existir ninguna previsión normativa que prescriba que el abogado que represente el sujeto que se persona ante el Tribunal Constitucional deba estar habilitado para ejercer ante los Tribunales de más alto rango.

3. Las facultades de actuación de las partes y su posible reducción derivada del mayor recurso a la deliberación “a puertas cerradas” (*Camera di Consiglio*) con respecto a la audiencia pública y de la acumulación de asuntos

Las potestades de las partes constituidas ante la Corte constitucional italiana son relativamente limitadas, sobre todo tras la jurisprudencia que sitúa el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad sólo y exclusivamente en el contenido del auto de planteamiento (la así denominada “autosuficiencia del auto”⁴¹⁸). Una línea de la doctrina constitucional que vincula íntimamente las normas de la ley ordinaria impugnadas y los parámetros constitucionales que se entienden vulnerados. Las partes personadas (incluso la propia Corte constitucional) no tienen capacidad de ampliar, integrar o corregir -en caso de error- cuanto resulta de la decisión de remisión, que fija el *thema decidendum*⁴¹⁹.

Un sector de la doctrina propuso una solución dispar, fundada en una lectura del art. 27 de la ley 87/1963 que toleraría a las partes la acción de ampliar, integrar o corregir eventuales errores contenidos en la resolución de remisión, manteniendo sin embargo la identidad de la disposición impugnada. A juicio de estos autores, se habría puesto de manifiesto en el discurrir de la jurisprudencia de la Corte sobre esta materia la necesidad de un reequilibrio de los papeles asumidos por el juez y las partes

⁴¹⁷ Sentencias de la Corte constitucional n. 154 y n. 249 de 1995.

La Corte constitucional se ha referido al art. 8 de la ley 31/1982, según el cual se admiten a actuar en Casación a los abogados que sean ciudadanos miembros de la Unión Europea que demuestren haber ejercido la profesión al menos durante 8 años o de haber sido admitidos al ejercicio de la profesión en el Estado miembro de procedencia ante la autoridad jurisdiccional correspondiente.

⁴¹⁸ V. Cap. Segundo, V.I.

⁴¹⁹ Hemos visto como en España la interpretación proporcionada por el TC es diferente, interviniendo en muchas ocasiones el Alto Tribunal para delimitar o corregir el contenido del auto de planteamiento.

protagonistas del proceso, apuntando hacia una presencia más activa de éstas y al estímulo de una mayor participación en el proceso constitucional⁴²⁰.

Más allá de lo dicho, retornando al análisis del desarrollo del juicio incidental en Italia, lo cierto es que las alegaciones de las partes tendrán que moverse necesariamente dentro de los márgenes fijados por el juez *a quo*, con aporte del comparecido, dentro de ese cuadro definido por el juzgador, de los argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas que estime pertinentes. Por lo común, quienes postulan la aceptación de la cuestión, hacen amplia referencia al contenido del auto de planteamiento y a las razones por las que el juez ha calificado aquella como fundada (las cuales son a menudo, ya se dijo, expresiones de una “certeza” de inconstitucionalidad, más que la formulación de dudas sobre la legitimidad de la norma en su contraste con el Texto Fundamental). Más articuladas son, acaso, las razones de quienes postulan que se rechace la cuestión, considerándola infundada, en contraposición con el auto de planteamiento (aducen frecuentemente motivos de inadmisibilidad, con el propósito de evitar el juicio de fondo).

Desde otro enfoque, constatamos que las potestades de las partes en el juicio constitucional pueden sufrir una reducción significativa, no de derecho sino de hecho, según cual sea la articulación de la fase *ad quem*, conforme a la decisión de la Corte o de su Presidente, pues aquéllas no resultan de igual intensidad en supuestos de audiencia pública que en otros que cursan la modalidad “a puertas cerradas” (*Camera di Consiglio*), como tampoco idéntica la situación que se deriva si llega a darse la acumulación de diversos casos pendientes.

En relación con el primero de los escenarios enunciados, lo previsto en los arts. 26 de la ley 87/1953 y 9 N.I.⁴²¹, conduce generalmente a la discusión del caso en audiencia pública, en la que la parte tiene un margen muy significativo para debatir y exponer sus propias posiciones.

⁴²⁰ CARLASSARE, L., *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. n. 87/1953?*, en *Dir. e soc.*, 1997, p. 443; en la misma dirección también CRIVELLI, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 21 ss.; DOLSO, G.P., *Giudici e corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 361 ss.

⁴²¹ Art. 26.2 de la ley 87/1953: “*Qualora non si costituisca alcuna parte o in caso di manifesta infondatezza la Corte può decidere in camera di consiglio*”.
Art. 9 N.I.: “*Se nessuna delle parti si è costituita in giudizio, il Presidente può convocare con decreto la Corte in camera di consiglio*”.

Siguiendo el dictado de la ley y de las Normas de Integración, en efecto, se puede deducir que la regla debería ser el desarrollo de la fase *ad quem* en audiencia pública, mientras que solo en determinados casos (que enunciamos a continuación) se podría recurrir a la *Camera di Consiglio*, que constituye por tanto la excepción. En la realización concreta del juicio incidental, sin embargo, se ha verificado exactamente lo contrario, siendo la praxis más recurrente la deliberación “a puertas cerradas”.

El fenómeno se debe, de un lado, a la ampliación de los casos en los que es posible decidir en *Camera di Consiglio*, (a la “falta manifiesta de fundamento”, se han añadido los supuestos de manifiesta inadmisibilidad, de extinción del juicio y de remisión de las actuaciones al juez *a quo*⁴²²) y sobre todo a una interpretación más amplia del concepto de “manifiesta falta de fundamento” y más estricta de la noción de “parte”.

Esta última, en efecto, desde el 1983⁴²³, se ha restringido a las partes del juicio *a quo*, excluyendo de este concepto el Presidente del Consejo de Ministros o de las Juntas regionales. Es evidente la consecuente ampliación del número de supuestos que podían ahora resolverse en *Camera di Consiglio*, pues es sin duda más frecuente la personación de las instituciones respecto de los individuos partes del proceso *a quo*.

Como se ha resaltado, la decisión de proceder a la deliberación “a puertas cerradas” puede comportar una limitación y una reducción de las potestades de los sujetos que participan en el proceso constitucional. De todas formas, en ese escenario, aunque no puedan defender su pretensión en audiencia pública, tienen ciertamente la posibilidad de presentar una memoria ilustrativa, como reconoce el art. 10 N.I. Sin embargo, en realidad, la comunicación de la decisión de la Corte de deliberar “a puertas cerradas”, por presunta manifiesta falta de fundamento, ante el riesgo patente que ese dato anuncia de decaimiento de la cuestión, conduce a concentrar los argumentos de la citada memoria (cuando es, en efecto, presentada) en los motivos por los que se ha decretado la *Camera di Consiglio* (esa falta manifiesta de fundamento). Y es que, aunque la decisión del Presidente de la Corte en este sentido, oído el Juez ponente, no tiene carácter definitivo, la solución final queda fuertemente condicionada, en buena

⁴²² La sesión “a puertas cerradas” encuentra su justificación, entonces, en las situaciones que vienen de enunciarse (es decir, manifiesta falta de fundamento, manifiesta inadmisibilidad, extinción o devolución de las actuaciones al juez remitente), toda vez que la simplicidad e inconsistencia real de la cuestión propuesta, tras ser advertida alguna de esas objeciones, aconsejan evitar las mayores formalidades de la audiencia pública, perfectamente soslayable en dichas hipótesis a través de un instrumento más ágil y rápido. Algo similar cabe decir en el caso de falta de constitución de las partes, donde la clara justificación de la opción por la otra solución reside en la inutilidad misma de la audiencia pública.

⁴²³ Sentencia de la Corte constitucional n. 210 de 1983.

medida anunciada: la parte que pretendía defender la inconstitucionalidad de la ley conoce de sus pocas probabilidades de éxito, mientras que la favorable a una resolución denegatoria sabe del más que probable éxito de su posición⁴²⁴.

Nos parece también relevante volver ahora a un tema que fue analizado anteriormente con respecto a España⁴²⁵, y que constituye el segundo supuesto de posible reducción de las facultades de actuación de las partes: la acumulación de asuntos. A tales efectos el art. 15 N. I dice: “*el Presidente, de oficio o a instancia de parte, puede disponer que dos o más causas se debatan en una misma audiencia o se traten en la misma reunión a puertas cerradas para ser discutidas de manera conjunta*”⁴²⁶.

Esa circunstancia ejercerá influencia en la posición de las partes (y, consecuentemente, en la protección de sus derechos e intereses), ya que, cuando la misma cuestión de constitucionalidad es planteada por diferentes jueces, que la “propia” causa sea reunida con la primera de la “serie” supone que la parte podrá participar “plenamente” en el juicio constitucional, mientras que, en caso contrario (cuando la “propia” causa venga examinada de manera sucesiva y separada), será resuelta casi con seguridad por manifiesta falta de fundamento o manifiesta inadmisibilidad (y entonces las partes no podrán participar en el debate), en el caso de haber sido decidida la precedente en términos de falta de fundamento o de inconstitucionalidad.

IV. La presencia en el juicio constitucional de sujetos distintos a las partes del juicio *a quo*: el reconocimiento de la legitimación en favor de “terceras partes” titulares de un “interés cualificado”

La identificación de los sujetos legitimados para personarse o intervenir ante la Corte constitucional nos coloca delante, como a la doctrina y la jurisprudencia, de su carácter taxativo o enunciativo y abierto, dejando expedito el camino a la presencia de otros sujetos diferentes a los citados, aunque, como es obvio, no a cualesquiera imaginables.

⁴²⁴ ROMBOLI, R., *Passato e avvenire della "manifesta infondatezza"*, en *Giur. cost.*, 1983, I, pp. 1120 ss.

⁴²⁵ V. Cap. Tercero, II.2 d).

⁴²⁶ Art. 15 N. I.: “*Il Presidente, d'ufficio o a richiesta di parte, può disporre che due o più cause siano chiamate alla medesima udienza o trattate nella medesima riunione in camera di consiglio per essere congiuntamente discusse*”.

Resulta claro que la apertura o flexibilización subjetiva del contradictorio dependerá del modo en que venga configurado el proceso constitucional y de los intereses que en el mismo se vean garantizados o tutelados de forma prioritaria. En otras palabras, vuelve a comparecer la contraposición entre la dimensión subjetiva y la objetiva y la relación entre el juicio principal y el juicio constitucional.

La apertura del contradictorio en el proceso constitucional más allá de los sujetos específicamente indicados en la ley, así como la existencia de diferentes categorías concebibles de “terceros”, comporta la tarea de identificar criterios de selección y, a estos fines, reflexionar sobre el “proceso” constitucional y el papel de los sujetos que lo conforman.

Se podría pensar en una apertura muy expansiva o amplia, que no fomente la legitimación de la intervención de todos los individuos, obvio es, pero sí de todos aquellos que pudieran acreditar un interés “cualificado” en la cuestión, sea de tipo individual, sea colectivo, a través de la figura del *amicus curiae*. Alternativamente, puede postularse una solución más contenida, limitada a aquellos terceros que estén directamente vinculados al interés sustantivo hecho valer en el juicio *a quo* y, por tanto, en condición de padecer directamente los efectos de la decisión de la Corte constitucional, aunque no se dieran los presupuestos para su participación en el juicio principal. Aún más restrictivamente, no podría descartarse la hipótesis de la apertura del contradictorio a los sujetos titulares de un interés específico, esto es, a aquellos que podrían haber estado en condición de partes legitimadas en el juicio en cuyo ámbito la cuestión de constitucionalidad fue elevada, aunque finalmente no se constituyeran como tales.

La última hipótesis, que ha culminado con su exclusión del proceso constitucional, ha sido considerada uno de los puntos oscuros de la jurisprudencia de la Corte, pues representa la más rigorista válvula de cierre, la frontera más rígida en los planos subjetivos de la jurisprudencia constitucional, que elige así reforzar la exclusión de participación en la fase *ad quem* de todo sujeto distinto de las partes del juicio *a quo*, del Presidente del Consejo de Ministros o de la Junta regional⁴²⁷.

⁴²⁷ En doctrina, sobre la intervención de terceros en el proceso constitucional pueden verse, entre otros, TIRIO, F., *Due ragioni per l'intervento dei terzi davanti alla Corte costituzionale: il sapere extragiuridico e il diritto straniero e internazionale*, en Studi senesi, 2009, pp. 167 y ss; D'AMICO, M., *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo a quo) ad intervenire nel processo costituzionale*, en Giur. it., 1992, I, 1, p. 385 y ss.; BORRIELLO, R., *L'intervento nel processo costituzionale di parti provenienti da giudizio “analogo” sospeso senza rimessione, tra esigenze di tutela dell'incidentalità in senso esterno e garanzia del contraddittorio*, en Giur. cost., 2003, pp. 1393 y ss.;

La posición de la Corte constitucional sobre la posible presencia de terceros en el proceso constitucional incidental, en efecto, ha sido durante muchos años de inamovible y absoluto formalismo. Existe, en ese sentido, una pacífica y constante jurisprudencia constitucional que afirma que únicamente pueden constituirse como partes en el juicio los sujetos destinatarios de la notificación del auto de planteamiento, lo que descarta a otros sujetos, sean individuos con un interés sustancial en la cuestión debatida en el juicio constitucional o entes o asociaciones que pretendan defender los intereses de una determinada categoría, en cuanto que no poseerían la condición de “partes del juicio *a quo*” en el momento de dictarse el auto de planteamiento. Se ha argüido que tal solución encuentra soporte en los arts. 23 y 25 de la ley de 11 de marzo de 1953 n. 87 y en los arts. 2 y 3 de las Normas de Integración⁴²⁸, que atribuyen la

GIUFFRÉ, F., *L'intervento di terzo nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Cedam, Padova, 1997, I, pp. 501 y ss; ROMBOLI, R., *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, en *Giur. cost.*, 1992, I, pp. 2605 y ss.

⁴²⁸ Art. 23 l. 87/1953: “1. Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. 2. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. 3. La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente. 4. L'autorità giurisdizionale ordina che a cura della Cancelleria l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non se ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa ed al Pubblico Ministero quando il suo intervento sia obbligatorio, nonché al Presidente del Consiglio dei ministri od al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione. L'ordinanza viene comunicata dal cancelliere anche ai Presidenti delle due Camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato”.

Art. 25 l. 87/1953: “1. Il Presidente della Corte costituzionale, appena è pervenuta alla Corte l'ordinanza con la quale l'autorità giurisdizionale promuove il giudizio di legittimità costituzionale, ne dispone la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e, quando occorra, nel Bollettino Ufficiale delle Regioni interessate. 2. Entro venti giorni dall'avvenuta notificazione della ordinanza, ai sensi dell'art. 23, le parti possono esaminare gli atti depositati nella Cancelleria e presentare le loro deduzioni. 3. Entro lo stesso termine, il Presidente del Consiglio dei ministri ed il Presidente della Giunta regionale possono intervenire in giudizio e presentare le loro deduzioni”.

Art. 2 N.I.: “1. Il Presidente della Corte, accertata, sulla base delle verifiche effettuate dal cancelliere ai sensi del regolamento di cancelleria, la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, dispone che l'ordinanza stessa sia pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e, quando occorra, nel Bollettino Ufficiale delle Regioni. 2. Il Presidente accerta altresì, con le modalità di cui al comma precedente, che siano state eseguite le comunicazioni ai Presidenti delle due Camere legislative, a norma dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87. 3. Le ordinanze di cui all'art. 23 della legge predetta, pervenute alla Corte, sono annotate dal cancelliere nel registro generale con l'indicazione, in apposita colonna, delle date delle notificazioni e della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale delle Regioni interessate”.

facultad de personarse ante la Corte sólo a las partes destinatarias de la notificación del auto de remisión, esto es, a las “partes en el litigio” del juicio *a quo*, y que disponen adicionalmente, además de la notificación a tales sujetos y no a otros, que la regularidad de la notificación será controlada por el Presidente antes de la publicación en la *Gazzetta Ufficiale* o que el plazo para la constitución computará desde la última notificación.

La Corte, con esta jurisprudencia, había demostrado no querer seguir las sugerencias de una muy buena parte de la doctrina que era favorable a una ampliación del contradictorio para una mejor y más completa representación de los intereses presentes en el juicio constitucional.

Desde los años noventa del siglo pasado, la Corte constitucional italiana abandonó, sin embargo, esa actitud de cierre o resistencia a la presencia de terceros en el juicio constitucional de leyes, elevado en vía incidental, admitiendo la presencia de sujetos, diversos del Presidente del Consejo de Ministros o de la Junta Regional, que no habían contado en el momento de dictarse el auto de planteamiento con la condición de parte en el juicio *a quo*.

Una primera señal de este “deshielo” se reconoce comúnmente en doctrina en la sentencia n. 429 de 1991, que admitió en la fase *ad quem* la intervención de un ciudadano que había activado el procedimiento de desconocimiento de paternidad, pero que no se pudo personar en el juicio *a quo* por no ser sujeto legitimado directamente para ejercitar la acción de desconocimiento. La Corte aceptó su comparecencia después de que el juez *a quo* planteara la cuestión de inconstitucionalidad por falta de una previsión normativa de legitimación para los padres naturales que pudieran pretender personarse en tales procedimientos. Como es patente, el reconocimiento al interesado del derecho a intervenir en el juicio principal dependía de la decisión de la Consulta, razón que llevó a la Corte a consentir su personación en el juicio *ad quem*, aunque solo a esos concretos efectos.

En los años inmediatamente sucesivos han sido señaladas afirmaciones muy importantes de la Corte constitucional, siempre en la dirección de justificar una

Art. 3 N.I. “1. La costituzione delle parti nel giudizio davanti alla Corte ha luogo nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza nella Gazzetta Ufficiale, mediante deposito in cancelleria della procura speciale, con la elezione del domicilio, e delle deduzioni comprensive delle conclusioni. La procura può essere apposta in calce o a margine dell’originale delle deduzioni con la sottoscrizione della parte, certificata autografa dal difensore. Nello stesso termine possono essere prodotti nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale”.

ampliación de los sujetos legitimados para participar en la fase ante el Juez constitucional. Entre otras, podemos recordar aquella resolución en la que la Corte sostiene, ya con nitidez, que en el ordenamiento constitucional italiano no puede admitirse que “*exista un juicio que incida de manera directa en las posiciones jurídicas subjetivas sin que se dé la posibilidad jurídica de que los titulares de las mismas posiciones «las defiendan» como partes del mismo*”⁴²⁹.

Esta concepción fue más adelante perfilada y delineada mejor, afirmándose que no es suficiente para legitimar la intervención en el proceso constitucional un interés genérico, común a todos los destinatarios posibles del acto impugnado, sino que “*debe demostrarse un interés directo e individualizado, reconocible, en el caso de los sujetos que no poseen un título para intervenir en el juicio a quo, cuando la resolución del juicio de constitucionalidad está destinada a afectar directamente la posición jurídica específica del interviniente*”⁴³⁰.

En los años posteriores, la Corte constitucional ha mantenido esta lectura matizada pero permisiva de la presencia potencial de terceros en el proceso constitucional, si bien dando lugar a pocos supuestos de aceptación frente a los muy numerosos casos en los que tal pretensión de personación es rechazada.

Se ha evidenciado, por ende, tras la consolidación de la referida jurisprudencia, la necesidad de especificación o aclaración en vía jurisprudencial de lo que deba entenderse por “*interés directo e individualizado*”, de cuándo la decisión de la Corte esté destinada “*a incidir directamente en una posición jurídica específica*”, y, en fin, de cuando concurre un “*interés cualificado*”. Para ese propósito no ha sido ciertamente de

⁴²⁹ “*Che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di 'difenderle' come parti nel processo stesso*”, Sentencia de la Corte constitucional n. 314 de 1992.

⁴³⁰ “*Deve essere dimostrato un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio a quo, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente*”, Sentencia de la Corte constitucional n. 421 de 1995.

Resulta significativa la posición asumida por la Corte (evidenciada también en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 115-116), la cual, en un procedimiento que tenía por objeto la cuestión de constitucionalidad de la regulación sobre la asignación de asistentes sanitarios a los servicios hospitalarios de análisis y virología, admitió la intervención de la Federación nacional de colegios profesionales de medicina, cirugía y odontología, razonando que en ese caso se planteaban cuestiones atinentes a la esfera de competencias de los colegios profesionales, pues se hacía referencia al objeto de la profesión médica y su actividad. Con tal pronunciamiento se viene a implementar una ampliación bastante notable, en contraste palmario con lo sostenido por la Corte en supuestos análogos (Sentencia de la Corte constitucional n. 456 de 1993).

ayuda la falta de cualquier tipo de concreción o sugerencia de criterios que limiten o encaucen la decisión de la Corte constitucional⁴³¹.

El examen de la jurisprudencia constitucional, y en particular de los autos “sin numeración”, muestra cómo la Corte, tras un primer momento en el que había interpretado de manera bastante amplia la noción de “interés cualificado”⁴³², ha restringido con posterioridad el concepto, admitiendo pocas veces en los últimos quince años a “terceros” en el juicio de constitucionalidad⁴³³, siquiera si lo comparamos con las peticiones presentadas. En concreto, la Corte ha rechazado que resulte un “interés cualificado” el de los sujetos, portadores de un interés sustancial, que formalmente no hayan sido partes del juicio *a quo* y tampoco ha admitido, normalmente, la intervención de quienes representan intereses de un colectivo o de una categoría (asociaciones sindicales, asociaciones profesionales, federaciones empresariales, asociaciones para la tutela de derechos, etc.)⁴³⁴.

El reconocimiento de la presencia de terceros, pero sólo en algunos casos y por razones determinadas, habría aconsejado motivar con atención y detenimiento los supuestos de admisión y exclusión, a fin de generar precedentes relativamente seguros en los que pudieran inspirarse los sujetos que tuvieran intención de presentar una solicitud de intervención en otros casos. Pero ese esfuerzo de motivación, desgraciadamente, no se ha verificado y resulta extremadamente difícil distinguir por qué en ciertos casos se decide la admisibilidad y, en otros, aparentemente bastante similares, la denegación de la personación. La falta de creación de esos precedentes seguros nace del carácter muy sumario de las motivaciones, a menudo reducidas a unas pocas líneas.

⁴³¹ ROMBOLI, R., *L'“interesse qualificato”*, cit., p. 1813.

⁴³² Sent. n. 263/1996, en relación a la intervención adelantada por el gobierno de los EEUU; n. 171/1996, en relación con el Consejo Nacional Forense en representación de las diversas entidades asociativas, ya de los individuos no pertenecientes a asociación alguna; n. 178/1996, sobre la congregación cristiana de los Testigos de Jehová; n. 235/1997, en relación a las comunidades judías italianas; nn. 67/1998 y 346/2001, sobre la Federación italiana de guarderías.

⁴³³ Para algunos supuestos de este tipo, v.: la sentencia n. 284/2002, que admitió la intervención en juicio de la RAI en relación a la constitucionalidad de la regulación del canon televisivo; n. 50/2004, referida al CONI, en una cuestión que tenía por objeto la regulación del impuesto único sobre las apuestas y sobre el pago de las tasas correspondientes; n. 389/2004, relativa al padre de un alumno en la cuestión de constitucionalidad del crucifijo en las aulas de las escuelas; n. 172/2006 que ha admitido la intervención de Parmalat s.p.a., destinataria directa de la resolución emitida por la Corte constitucional; n. 128/2008 sobre un sujeto privado en la cuestión concerniente a la expropiación del teatro Petruzzelli de Bari; n. 38/2009, en torno a la intervención de la Federación italiana de guarderías.

⁴³⁴ LECIS COCCO-ORTU, A.M., *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, en *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013, p. 347.

Teniendo presente la mencionada jurisprudencia constitucional que abre el contradictorio, aunque de forma o con tendencia restrictiva, a sujetos diversos a los arriba mencionados, la misma Corte ha procedido a modificar el art. 4 N.I., tanto en su título (“Intervinientes en el juicio” en lugar de “Intervención en el juicio del Presidente del Consejo de ministros y del Presidente de la junta regional”), como en su contenido, añadiendo dos apartados ulteriores en los cuales se contempla la posibilidad de admitir la intervención en juicio de terceros, es decir, de sujetos distintos de las partes del juicio principal y del Presidente del Consejo de Ministros y del Presidente de la Junta Regional: “*eventuales intervenciones de otros sujetos, sin perjuicio de la competencia de la Corte para decidir sobre su admisibilidad, deben tener lugar en la modalidad mencionada en el apartado anterior. El acto de intervención al que se refieren los apartados precedentes debe ser depositado no más tarde de 20 días tras la publicación del acto introductorio del juicio en el Boletín Oficial del Estado*”⁴³⁵.

Por tanto, la Corte llega a formalizar la ampliación del contradictorio a sujetos distintos de los directamente recogidos en el elenco legal.

V. Algunas consideraciones sobre el papel de las partes en el proceso constitucional de control incidental

Una aproximación posible al papel desplegado por las partes en el juicio constitucional podría consistir en observar las estadísticas, esto es, el dato numérico de personaciones en el juicio ante los Tribunales constitucionales.

En Italia, la constitución como parte en el juicio *ad quem* se materializa en un número relativamente limitado de casos, aunque ciertamente no insignificante (menos de una de cada cuatro veces), de forma que puede desmentirse la previsión realizada por Francesco Carnelutti tras la entrada en vigor de la Constitución. De acuerdo con el reputado jurista, “*el litigante individual, frente a la augusta asamblea, que [...] por la eficacia general de su juicio, traspasa los límites del juicio individual, acabará por hacerse cada vez más pequeño, al punto de perder toda importancia y casi desaparecer.*”

⁴³⁵ Art. 4 N.I: “[...] *Eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente. L’atto di intervento di cui ai commi precedenti deve essere depositato non oltre venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell’atto introduttivo del giudizio*”.

Dios me perdone, pero mientras ante el juez ordinario la parte es un hombre, ante la Corte constitucional temo que tomará el aspecto de una marioneta". Aún menos significativos, los datos en la experiencia española⁴³⁶.

Ciertamente, las razones que llevan a participar o no en el juicio *ad quem* son diversas y van, entre otros, desde los gastos del juicio (en el sistema italiano, por ejemplo, piénsese en el caso de la parte que en el juicio ordinario tiene un defensor no habilitado para comparecer ante la Corte de Casación – “*avvocato cassazionista*”- y se ve obligada a contratar a otro abogado con esa cualificación), pasando por el desinterés por la cuestión planteada (sobre todo en cuestiones relativas a normas procesales o aspectos de ningún interés para la parte), hasta la convicción de que es frecuentemente escasa la incidencia de su presencia.

La doctrina⁴³⁷ ha procurado delinear el papel de las partes del proceso *a quo* en el juicio constitucional, individualizando los intereses que su personación pretende tutelar y que fundamentarían tal legitimación⁴³⁸. Las posiciones expresadas a este respecto pueden sumariamente reducirse a tres grandes líneas.

La primera identifica el interés del sujeto que se persona en el juicio constitucional con aquello que justifica su presencia en el juicio ordinario en cuyo ámbito se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad. El segundo planteamiento considera el rol de las partes equivalente al de *amici curiae*, es decir de sujetos que se personan ante el Constitucional con la finalidad de ayudar esta misma en la resolución

⁴³⁶ "Il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale [...] per la efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto da perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte Costituzionale ho paura che assumerà l'aspetto della marionetta", CARNELUTTI, F., *Intervento*, en *Atti I° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 68.

En Italia, si tomamos una muestra en el periodo 2005-2013, en 2.131 cuestiones en vía incidental las partes se constituyeron en 627 ocasiones, es decir, como hemos afirmado, casi una de cada cuatro veces (el Presidente del Consejo de Ministros ha intervenido en 1.524 juicios, más del doble de veces, por tanto). Sobre la experiencia española, v. Cap. Tercero, II.3.

⁴³⁷ Las reflexiones que siguen han sido desarrolladas principalmente por autores italianos, ya que la personación en el proceso *ad quem* es algo reciente en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, muchos autores españoles (entre los cuales, por ejemplo, LOPEZ ULLA y CORZO SOSA) afirmaban antes de 2007 la necesidad de una reforma que permitiese abrir el acceso en el juicio ante el TC a las partes del proceso *a quo*, fundando sus argumentaciones justo en esta doctrina, que es por tanto aplicable también a la experiencia española.

⁴³⁸ Sobre el tema: ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* cit.; D'ORAZIO, G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988 y 1992; D'AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991; D'ANDREA, L., *Verso una "democratizzazione" del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Giur. cost.*, 1994, pp. 552 y ss.; BIANCHI, P., *Dal "processo senza parti" alla "rappresentazione processuale degli interessi"* y *La Corte ancora alla ricerca del "suo" contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*, *ivi*, 1994, pp. 3045 y ss., y 1995, pp. 891 y ss.; CALIFANO, L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Giappichelli, Torino, 2003.

del caso, sobre todo en atención al interés público en la eliminación de las leyes inconstitucionales.

Una tercera teoría, a la que nos adherimos, asume una posición en cierto modo intermedia respecto a las dos mencionadas, sosteniendo que la legitimación de la parte del juicio *a quo* encuentra su justificación en el hecho de soportar directamente los efectos de la ley de cuya conformidad a la Constitución se duda, pero su interés, específico y concreto en el juicio *a quo*, aparece en relación al proceso constitucional no en su especificidad, sino más bien en su tipicidad, en tanto que situación representativa de otras análogas.

Al hablar de la legitimación para participar en el proceso constitucional, los Tribunales constitucionales italiano y español suelen hacer referencia exclusivamente a la condición formal de parte en el juicio principal, refiriéndose, como se ha dicho, con sus vicios e irregularidades, a la situación en el momento de dictarse el auto de planteamiento y, por tanto, prescindiendo de cualquier tipo de valoración y afirmación sobre la existencia de un interés específico de ésta para comparecer en el juicio constitucional.

La parte puede así asumir y sostener cualquier posición relativa a la constitucionalidad de la ley impugnada, también en contraposición con cuanto hubiera afirmado ante el juez *a quo* y aunque fuera contrario a su interés sustancial. En Italia, incluso, puede permanecer ante la Corte constitucional y proporcionar su propia contribución a la solución de la cuestión de constitucionalidad también cuando el juicio principal haya finalizado y hay cesado, por tanto, cualquier interés sustancial directo (por ejemplo en caso de extinción del juicio principal por desistir una de las partes).

Analizando las experiencias concretas, lo común es que, cuando una parte se persona, se expresa siempre a favor de la solución más conforme con la realización de su propio interés sustancial, coincidente con el que deduce en el juicio ordinario⁴³⁹.

La circunstancia que la presencia de las partes en el proceso *ad quem* no sea obligatoria y además no encuentre un fundamento en la necesidad de expresar ante el Constitucional un determinado interés específico (como en los procesos ordinarios), ha

⁴³⁹ Como hemos apuntado, algunos han sostenido, no obstante, que la parte asumiría el rol ocasional de representante de todos aquellos sujetos que se encuentren en una posición análoga. ANDRIOLI, V., *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, Atti 1° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1953, pp. 60-61, en efecto, afirma que se trataría de un sujeto “elegido, entre la multitud informe de los destinatarios de la norma impugnada” (“eletto, nella folla incolore dei destinatari della norma incriminata”).

llevado algunos autores a definir el proceso constitucional un “proceso sin partes”⁴⁴⁰, o “proceso con partes eventuales”⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* cit.

⁴⁴¹ ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V., *La Giustizia costituzionale* cit., p. 314.

CAPÍTULO CUARTO

Los Tribunales constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales a través de sus sentencias

CAPÍTULO CUARTO

Los Tribunales constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales a través de sus sentencias

I. Los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad: nulidad y expulsión de la norma del ordenamiento jurídico bajo el prisma de su regulación...

1. La normativa

No puede pasar desapercibida la trascendencia de los aspectos de actividad de las Cortes constitucionales en el juicio de constitucionalidad de las leyes en vía incidental que poseen incidencia en la tutela de los derechos fundamentales. Nos referimos, en particular, al momento en el que se dicta la decisión de la Corte sobre la constitucionalidad de una norma, así como a la tipología de instrumentos que ha creado con la finalidad de desplegar su tarea de una forma más eficaz, garantizando una mayor y más intensa tutela de los derechos fundamentales.

Tanto en Italia como en España, la Constitución y las normas de desarrollo (y probablemente también las intenciones de los constituyentes y legisladores que las aprobaron) atribuyen a los Tribunales constitucionales un abanico rígido de soluciones para resolver sobre la problemática de fondo que se suscite en una cuestión de inconstitucionalidad, a saber: o estimar la cuestión con un pronunciamiento que declare la inconstitucionalidad de la ley, o desestimarla por carecer de fundamento⁴⁴².

Los efectos asociados a las sentencias constitucionales recaídas en procesos de declaración de inconstitucionalidad, planteados en un momento posterior a la entrada en vigor de la norma de ley⁴⁴³, dependerán consiguientemente, siendo ese el esquema normativo, solo y no de otra cosas que del signo del pronunciamiento, esto es, de que sea la primera opción⁴⁴⁴ (estimación de la cuestión) o la segunda⁴⁴⁵ (desestimación) la que culmine el proceso ante el correspondiente Tribunal Constitucional.

⁴⁴² MORALES ARROYO, J.M., GÓMEZ CORONA, E., *Las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en AA.VV., *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 412-424.

⁴⁴³ Es oportuno precisar que nos referimos solo a aquellas características que pueden generalizarse por ser comunes a la mayoría de los países que han elegido el modelo europeo de justicia constitucional.

⁴⁴⁴ No hay que olvidar que en España, a diferencia de Italia, también existen otras formas de terminación del proceso constitucional, sin respuesta del Tribunal a lo planteado. Nos referimos, particularmente, a la hipótesis ya analizada anteriormente de desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, o de desistimiento de una de las partes del proceso principal.

Cada país ha regulado esta materia en sus respectivas Constituciones o en las leyes de desarrollo, pudiendo advertirse particularidades en el contraste. Sin embargo, en lo concerniente a los dos ordenamientos jurídicos que delinear y enmarcan nuestro análisis, se observan, sin duda, características comunes. Así, en primer lugar y de manera muy destacada (por definirse con ello el alcance de los efectos de la sentencia dictada) debe resaltarse que la declaración de inconstitucionalidad provoca la nulidad de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y su expulsión del ordenamiento jurídico a partir del momento de la publicación de la decisión en el Boletín Oficial del Estado y (como regla general, que cuenta con excepciones), con eficacia, por lo demás,

⁴⁴⁵ Las Cortes constitucionales pueden decidir desestimar una cuestión por la presencia de vicios formales o por razones de fondo. En el primer caso viene aceptándose la posibilidad de replantear la duda de constitucionalidad sobre la misma norma. El ordenamiento jurídico español permite incluso que se formule una cuestión que tenga el mismo objeto que un recurso de inconstitucionalidad inadmitido, al establecer en el art. 29 de la LOTC: “1. La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante: a) El recurso de inconstitucionalidad. b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales. 2. La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso”. Sin embargo la doctrina se ha preguntado si es posible reiterar en una CI el mismo objeto de otra (o de un RI) precedentemente planteada y desestimada por el TC después de un análisis sobre el fondo.

En España, como nos recuerda LOPEZ GUERRA, L., *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1451-1452, la apreciación sobre la admisibilidad de ese tipo de cuestiones se remite al Tribunal Constitucional. El debate ha tenido como eje el primero de los artículos de la LOTC que pertenece al Capítulo IV (Título XI), que regula los efectos de las sentencias del Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad. El art. 38.2 LOTC prohíbe, en efecto, volver a plantear recursos de inconstitucionalidad (o conflictos en defensa de la autonomía local, después de la reforma de la LOTC a través de la LO 7/1999, de 21 de abril) con idéntico objeto en caso de previa resolución desestimatoria, al establecer que “Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional”, sin mencionar, en cambio, la CI. De modo que, en el caso de existir un pronunciamiento desestimatorio, ya recaído en el ámbito de un RI, ya resolviendo una CI, no parecería haber objeción a que cualquier juez ordinario replantee la misma duda de constitucionalidad a través de la vía incidental, dando así la posibilidad al Tribunal Constitucional de modificar su doctrina (o de volver a desestimarla, esta vez por el efecto de cosa juzgada material que tienen sus resoluciones). Sobre este tema véanse también, entre otras, las reflexiones de GARCÍA DE ENTERRÍA, que ya en 1981 afirmó que “Es importante notar que la desestimación de un recurso directo contra una Ley no es un obstáculo para que el mismo motivo de inconstitucionalidad pueda ser planteado ulteriormente en una «cuestión de constitucionalidad»” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, enero-abril. Madrid, 1981, pp. 50-51). En opinión del mismo autor, cuyo parecer comparten también otros prestigiosos miembros de la doctrina, como RUBIO LLORENTE y ARAGÓN REYES, dejar abierta esta posibilidad permite superar el riesgo de una petrificación de la doctrina constitucional y garantiza una beneficiosa evolución de la interpretación de la Constitución, que tiene que adecuarse a las específicas circunstancias de cada momento histórico; RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *La jurisdicción constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático (Dirigido por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA)*, Civitas, Madrid, 1981, p. 870.

En la jurisprudencia constitucional española son varios los casos resueltos por el TC en este sentido. Para citar un ejemplo muy notorio sirve la STC 155/1996, que resuelve una CI planteada contra un precepto precedentemente impugnado en un RI, que había sido desestimado en la STC 160/1987.

ex tunc. Junto a ese primer parámetro y en segundo lugar, dado el rol de la Corte o Tribunal Constitucional como legislador negativo y máximo intérprete de Constitución, la decisión vinculará a todos, poderes públicos e individuos.

Bajo esas circunstancias, siendo como es tan penetrante el alcance recién enunciado de los pronunciamientos de constitucionalidad, la rígida e inflexible alternativa entre desestimación y estimación (con los efectos antes recordados) encorsetó a los Tribunales en su vocación de tutela y garantía eficaz de los derechos, lo mismo que en su función de aseguramiento de la supremacía de la Constitución. La constatación de ello desencadenó la articulación de fórmulas diferentes para la resolución del fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad, buscándose terrenos intermedios entre las dos expresiones clásicas de respuesta constitucional o, siquiera, cauces que consintieran asignar a los pronunciamientos efectos peculiares⁴⁴⁶.

En concreto, los Tribunales constitucionales comenzaron a acudir a expedientes técnicos de modulación de la eficacia de las sentencias, especialmente en sus efectos en el tiempo y en el alcance y fuerza del fallo a la hora de declarar la nulidad de la norma objeto del juicio de constitucionalidad⁴⁴⁷. Este escenario evolutivo, que articula soluciones parcialmente distintas y en todo caso renovadoras en cuanto a los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad, responde a menudo a la intención del Constitucional de proporcionar una tutela más honda a los derechos o una cobertura más vigorosa a los intereses constitucionales, aunque (como tendremos modo de evidenciar) no siempre van acompañadas de la efectiva protección de los derechos de las partes del proceso *a quo*⁴⁴⁸.

A lo largo de este capítulo analizaremos estos distintos tipos de decisiones y sus diferentes efectos, prestando una atención específica a las reacciones de los demás órganos del Estado frente a esa tendencia expansiva de las cortes constitucionales en sus potestades.

⁴⁴⁶ AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 220 y ss.

⁴⁴⁷ En este segundo caso, AGUIAR DE LUQUE (AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002, pp. 221) nos recuerda que CARDOSO DA COSTA utilizaba la denominación “sentencias intermedias”; MOREIRA CARDOSO DA COSTA, J. M., *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l’Etat (Rapport general)*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, 1987.

⁴⁴⁸ Concretaremos estas afirmaciones en las próximas páginas.

2. Algunas dudas “iniciales” sobre la regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, resueltas por la Corte constitucional italiana

Entre las decisiones emitidas por los Tribunales Constitucionales para culminar un juicio en vía incidental, como es notorio, las que satisfacen en mayor grado la tutela de los derechos fundamentales comprometidos e invocados en el proceso constitucional serán aquellas que lleven al Juez constitucional a expulsar del ordenamiento jurídico normas que limitaban, por su contradicción con la Constitución, la efectividad de un derecho consagrado en ésta.

La gran importancia de dichas decisiones anulatorias, por tanto, confirma lo deseable que resultará un régimen conocido y diáfano sobre sus efectos, dado que en esos pronunciamientos, y antes aún en sus consecuencias jurídicas una vez emitidos, fundan sus expectativas legítimas los sujetos que han instado al juez el planteamiento de un cuestión de inconstitucionalidad, como también la perspectiva del juez que sigue el procedimiento previsto y eleva la duda, para poder después resolver el pleito, o la del propio Juez constitucional que, tras declarar fundada la cuestión suscitada, responde sobre ella y, en su caso, declara la necesidad de eliminar del ordenamiento jurídico la ley inconstitucional.

Esto explica que en Italia con independencia del camino un tanto sinuoso, incluso tortuoso, que siguió la consagración de la justicia constitucional⁴⁴⁹, se estimase apropiado incluir en el texto constitucional (art. 136 Const. italiana) una regulación específica de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

Nos concentraremos ahora en la regulación vigente sobre la materia y particularmente en la dimensión temporal de la declaración de inconstitucionalidad, lo que conduce a los arts. 136.1 Const. y 30.3 de la Ley 87/1953⁴⁵⁰.

Según la primera de ellas, cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una ley “*la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión*”; la ley ordinaria precisa por su parte que: “*las normas declaradas inconstitucionales no pueden aplicarse desde el día siguiente a la publicación de la decisión*”.

⁴⁴⁹ V. Cap. Primero, I.1 y 2.

⁴⁵⁰ Art. 136.1 Constitución italiana: “*Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”.

Art. 30.3 l. 87/1953: “*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”.

Como ya fue señalado en su momento⁴⁵¹, esa regulación de la eficacia de las sentencias estimatorias fue establecida “bajo el velo de la ignorancia” sobre cuáles serían las principales vías de acceso a la Corte y, asimismo, sobre la evolución y los términos en los que vendría a desarrollarse el control de las leyes en Italia⁴⁵².

Es evidente que la ley de 1953, con su art. 30.3, quiso expresamente inclinarse por el sistema incidental y la “utilidad” y efectos del juicio constitucional realizado sobre el proceso en el que la cuestión se hubiera planteado⁴⁵³.

Sin embargo, dado que los efectos del juicio incidental en el proceso *a quo* (inaplicabilidad en éste de la norma declarada inconstitucional) no fluía pacíficamente de lo dispuesto en el art. 136 de la Constitución italiana, se planteó en 1996 una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición de la ley ordinaria mencionada, por supuesta violación de la norma constitucional. La Consulta la calificó como infundada a través de una sentencia interpretativa, subrayando la diferencia de efectos entre el mecanismo de la abrogación (*ex nunc*) y el de la inconstitucionalidad (*ex tunc*). Precisó además la Corte que el principio del *tempus regit actum* no puede aplicarse en los supuestos de inconstitucionalidad, que tienen, estos últimos, que respetar otros principios distintos, propios, en efecto, de la regulación de la anulación.

En esta misma ocasión la Corte afirmó que “*el tercer párrafo del art 30 de la ley 87/1953 [...] en su contenido sustancial, no contrasta con el precepto constitucional*” y que “*no es productivo debatir sobre la formulación diferente del tercer párrafo del art. 30 con respecto al art. 136 de la Constitución. Este en efecto establece, según líneas generales y objetivas, cual es la consecuencia en el ordenamiento de la decisión de inconstitucionalidad: el tercer párrafo en cuestión precisa los efectos de la misma en el*

⁴⁵¹ V. Cap. Primero, I.1 y 2.

⁴⁵² Para una reconstrucción histórica de la aprobación de los art. 136 Const y 30 l. 87/1953, v. D’AMICO, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, espec. pp. 71 y ss.

⁴⁵³ Puede verse al respecto SILVESTRI, G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 47 y ss.

Recientemente se ha afirmado que el mecanismo incidental ha convertido en inutilizable el sistema delineado en el art. 136 Const. italiana. A este problema habría puesto remedio el art. 30 de la ley 87 de 1953, por el hecho que las fórmulas utilizadas en las dos disposiciones (“cese de eficacia” y “no aplicación” - “*cessazione di efficacia*” y “*non applicazione*” -) no son equivalentes, sino expresión de ideas distintas; la primera regula los efectos futuros y abstractos de la decisión, mientras que la segunda los efectos sobre las relaciones pasadas y concretas en los juicios particulares de que se trate (ZAGREBELKY, G. y MARCENO³, V., *Giustizia costituzionale* cit. pp. 350-351).

proceso en curso, con respecto a la desaplicación consiguiente a la declaración de ilegitimidad”⁴⁵⁴.

Como consecuencia de esa sentencia y de la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional consolidada, prevalece hoy la tesis favorable a una interpretación sistemática de las dos disposiciones, a saber: que la norma ordinaria representa una aclaración del artículo de la Constitución y que la falta de aplicación de la norma declarada inconstitucional es una consecuencia lógica de la cesación de su eficacia. El mecanismo incidental confluiría de ese modo, armónicamente, con la tipología de efectos que derivan de la declaración de inconstitucionalidad⁴⁵⁵.

No perviven en la actualidad discrepancias en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la inaplicabilidad en el juicio *a quo* de la disposición declarada inconstitucional, ni en los juicios en curso ni en los juicios futuros, con la única excepción de los efectos de la sentencia, por lo que concierne la eficacia *ex tunc*, en las denominadas “relaciones agotadas” (*rapporti esauriti*), es decir, respecto a decisiones jurisdiccionales o en general a actos que hayan necesitado la aplicación de la disposición declarada ilegítima y que ya se hayan convertido en definitivos o que no puedan de ninguna forma impugnarse.

Sin embargo, como veremos a continuación, aunque esta sea la regla unánimemente aceptada desde el punto de vista teórico y formal, en la práctica jurisprudencial se han permitido numerosas excepciones.

⁴⁵⁴ “*Il terzo comma dell’art. 30 della l. n. 87 (...) nel suo contenuto sostanziale, non diverge in alcun modo dal precetto costituzionale*” e che “*non giova in contrario richiamarsi alla diversa formulazione del terzo comma dell’art. 30, rispetto all’art. 136 della Costituzione. Questo infatti stabilisce, in linea generale ed obiettiva, quale sia la conseguenza nell’ordinamento della pronunzia di incostituzionalità: il terzo comma in contestazione ne precisa gli effetti nel processo in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità*”, Corte const. n. 127 de 1966. La misma sentencia hace referencia a la relación sobre la ley 87/1953 y a las declaraciones del Presidente de la Comisión parlamentaria, es decir “*que la formula que se utiliza en el citado tercer párrafo interpreta e integra la norma constitucional, dado que aclara que la decisión de ilegitimidad tiene efectos en todos los procesos en curso*” (“che la formula adoperata nel citato terzo comma è interpretativa e integrativa di quella costituzionale, in quanto chiarisce che la pronunzia di illegittimità vale per tutti i processi in corso”). Más recientemente puede verse sobre esta temática el estudio de SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999, pp. 1778 y ss.

⁴⁵⁵ Sobre este tema puede verse: POLITI, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 10 y ss.

Sigue: ...y de la praxis

1. La eficacia en el tiempo

Uno de los aspectos más delicados y sustanciales relativos a la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad en la tutela de los derechos fundamentales reside en la hipótesis del aplazamiento en el tiempo, por decisión del Juez constitucional, de los efectos de la sentencia estimatoria (incluso hasta permitir que la misma no tenga valor alguno para la conclusión del juicio *a quo* ni para las partes del mismo, derogando todas las reglas antes enunciadas sobre la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad).

En Italia, al final de los años '80 y al principio de los '90 (1988-1992) y con respecto al juicio en vía incidental, se introdujo en vía jurisprudencial la posibilidad de modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. La finalidad buscada era superar los (que fueron denominados) “obstáculos políticos”⁴⁵⁶ que podrían “frenar” al Juez constitucional en la adopción de la decisión de inconstitucionalidad, así como garantizar el respeto a las elecciones discrecionales del legislador.

Dichos obstáculos se asocian a situaciones en las que la anulación de una ley pudiese ocasionar de manera mediata otros escenarios gravemente perturbadores (también, incluso, de inconstitucionalidad) o alterar el orden y la aplicación de los principios constitucionales, lo mismo que originar consecuencias relevantes en el ámbito económico o social.

Se inauguraron por ese motivo las fórmulas de decisión, aplicadas alternativamente según los casos, de “ilegitimidad constitucional sobrevenida” (“*illegittimità costituzionale sopravvenuta*”), las “sentencias de estimación antigua” (“*sentenze di accoglimento datato*”)⁴⁵⁷, la “inconstitucionalidad progresiva”

⁴⁵⁶ Esta terminología es de PACE, A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 53.

⁴⁵⁷ CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 268.

(“*incostituzionalità progressiva*”)⁴⁵⁸, o las resoluciones “estimatorias desde el momento en el que [...]” (“*accoglimento dal momento in cui [...]*”)⁴⁵⁹.

En realidad, aunque la Corte se haya esforzado en situar las decisiones de ese estilo, sin distinción, en la *ilegitimidad constitucional sobrevenida*⁴⁶⁰, la doctrina ha afirmado como sea posible distinguir dos diferentes modalidades de actuación del Juez constitucional en esa tipología de casos, a saber: la ilegitimidad constitucional sobrevenida en sentido estricto y, de otra parte, la limitación de la eficacia retroactiva de la inconstitucionalidad como consecuencia de una ponderación entre valores o principios constitucionales⁴⁶¹.

En el primer caso (ilegitimidad sobrevenida en sentido estricto) la Corte afirmaba que una determinada disciplina, de acuerdo al dictado constitucional en el momento de su entrada en vigor, se había convertido en inconstitucional posteriormente, como consecuencia de eventos sucesivos. Por esta razón, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad tendría que actuar solo desde el momento en el que dicha condición de alteración se hubiese presentado. La peculiaridad en ese supuesto, en cuanto a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, reside como es de ver en que la ley impugnada no pierde eficacia desde el día de su entrada en vigor, sino únicamente desde un momento sucesivo (el momento en el que se ha convertido en inconstitucional, según cuanto afirmado por la Corte). La efectividad de la ley en el caso concreto dependerá, entonces, del tiempo de los hechos enjuiciados, esto es de si tuvieron lugar antes o después del momento en el que la ley devino inconstitucional⁴⁶².

⁴⁵⁸ PANUNZIO, S., *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, en *Effetti temporali* cit., pp. 279 y ss.

⁴⁵⁹ En este sentido ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità: possibilità e limiti*, en *Effetti temporali* cit., p. 209.

⁴⁶⁰ Esta situación, que puede con frecuencia presentarse con respecto al control de las leyes anteriores a la Constitución, se produce cuando una determinada ley aprobada posteriormente a la Constitución y que es perfectamente conforme con esta en el momento de su aprobación, termine en un momento sucesivo por ser contradictoria con la Norma Suprema por una modificación del sistema normativo (por ejemplo, a través de la introducción de nuevas leyes) o en razón de la evolución de los usos o de la actuación de determinados valores constitucionales.

⁴⁶¹ ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989) y (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 108 y ss. y 1993, pp. 106 y ss.

⁴⁶² ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* cit., que indica como decisiones expresivas de esta categoría: Corte const. n. 501 de 1988, en que la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de algunas disposiciones en materia de jubilación de los jueces ordinarios, administrativos, contables, militares, procuradores y abogados del Estado con efectos desde el 1 de enero de 1988, fecha en la que se habría originado la inconstitucionalidad en razón de la sucesión de distintas leyes en el tiempo. También pueden verse las sentencias de la Corte constitucional n. 1 y n. 124 de 1991.

En los supuestos que pertenecen a la segunda modalidad referida (limitación de la eficacia retroactiva por ponderación) la Corte vendría a estimar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, aunque tenga como finalidad tutelar y garantizar determinados valores, produciría contemporáneamente efectos negativos con respecto a otros valores también de rango constitucional. Decidiría la Corte, entonces, aplazar la eficacia de la declaración, para reducir así, o eliminar incluso si fuera posible, dichos efectos negativos, indicando el momento preciso en el que la disposición impugnada comenzaría a sufrir los efectos de su inconstitucionalidad. En estos casos, sin embargo, la Corte suele afirmar que la norma declarada inconstitucional tiene que aplicarse en el juicio *a quo* y en los juicios en curso⁴⁶³.

Muchos autores han evidenciado la diferencia de las dos modalidades expuestas en cuanto a la individualización del *dies a quo* de los efectos de la decisión estimatoria. En el primer caso, coincidirá con el momento en el que la ley devino inconstitucional, y que ya podía deducirse del auto de planteamiento de la cuestión; sin embargo, en el segundo, siendo necesario encontrar el punto de menor “sacrificio” para los distintos valores en juego, opera una amplia discrecionalidad de la Corte en la determinación de la fecha en la que adquirirá eficacia su decisión, que puede escaparse de verificaciones precisas, pero que claramente debe respetar, cuando menos, un canon de razonabilidad⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Entre otros, ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale* cit., indica como decisiones expresivas de esta segunda categoría las siguientes Sentencias de la Corte constitucional: n. 266 de 1988, cuando la Corte declaró la inconstitucionalidad de la normativa que regulaba el sistema de imposición de sanciones disciplinarias u otras decisiones en relación con la profesión de jueces militares, sin la presencia o la previa creación de un órgano de autogobierno de la magistratura militar. Aunque la Corte declare la ilegitimidad de la normativa en cuestión, precisa que “la decisión no tiene efectos respecto de los actos administrativos o judiciales ya emitidos en aplicación de la norma impugnada, ya que hay que considerar el mencionado y necesario carácter gradual del completo desarrollo de la normativa constitucional en esta materia y de las dificultades que han podido ralentizar dicho desarrollo” (“*la decisione non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la attuazione*”). También pueden verse las sentencias de la Corte constitucional n. 50 de 1989 y n. 416 de 1992.

⁴⁶⁴ ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale* cit., pp. 208 y ss., que diferencia el propósito de los casos de “ilegitimidad sobrevenida, que es consecuencia de un error en la ley y no de la voluntad de la Corte” (“*illegittimità sopravvenuta, che consegue al vizio della legge e non ad una volontà della Corte*”) y las sentencias de inconstitucionalidad que limitan su eficacia retroactiva “por razones de orden general” (“*per motivi di ordine generale*”); PINARDI, R., *La Corte, i giudici* cit., pp. 55 y ss. y RUGGERI, A., SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185, distinguen la “ilegitimidad constitucional sobrevenida” de la “inconstitucionalidad diferida”; PANZERA, C., *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 129 y ss., diferencia entre tres hipótesis: la ilegitimidad constitucional sobrevenida, la ilegitimidad diferida y la modulación de los efectos justificados por el temor de provocar un vacío legislativo en el futuro inmediato.

Un elemento común a todos los casos examinados se halla, en opinión de la propia Corte constitucional, en que todas las analizadas son situaciones de inconstitucionalidad sobrevenida y en que todas desvelan la necesidad de un desarrollo gradual de los principios constitucionales. Una vocación esta última que legitimaría la limitación de la eficacia retroactiva de esas declaraciones de inconstitucionalidad y justificaría la “transgresión” de la normativa que establece que las sentencias de los Tribunales constitucionales tienen efectos desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La doctrina expresó más críticas que consensos con esta práctica de la Corte constitucional⁴⁶⁵, circunstancia que llevó a su interrupción, pues esa fórmula de decisión no volvió a utilizarse durante muchos años en el ámbito del juicio en vía incidental.

El problema planteado por la doctrina fue el de la compatibilidad entre la modalidad decisoria aquí analizada y el carácter “incidental” del juicio constitucional, que ha determinado, como hemos tenido ocasión de exponer⁴⁶⁶, la creación de un tercer modelo en las clasificaciones más conocidas de los modelos de justicia constitucional, sumándose al modelo difuso-concreto norteamericano y al modelo concentrado-abstracto kelseniano. Dicho modelo ha sido definido como “mixto” (o “europeo”, aunque esta última expresión no nos convenza) por contener elementos de ambos: concentrado pero con iniciativa difusa, objetivo y abstracto (al enjuiciarse la constitucionalidad de una norma con rango de ley), pero necesariamente derivado de un caso concreto y que aspira también a garantizar la tutela de los derechos implicados en el juicio *a quo*.

Y es que, en efecto, la vía incidental pretende ampliar en cierta medida el principio de sujeción del juez a la ley, otorgando valor al nuevo concepto de “subordinación del principio de legalidad al principio de constitucionalidad”, y

⁴⁶⁵ PINARDI, R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro-futuro delle sentenze di accoglimento*, en *Giur. cost.*, 1991, pp. 788 y ss.; ROMBOLI, R., *La determinazione del "dies a quo" per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, *ivi*, pp. 1346 y ss.; POLITI, F., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, *ivi*, pp. 3003 y ss.; CELOTTO, A., *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, en MODUGNO, F. (Coord.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, I, pp. 97 y ss.; SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999, 1778; POLITI, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997; RUOTOLO, M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000.

⁴⁶⁶ V. Cap. Primero.

exonerando con ello el juez ordinario de la obligación de aplicar una norma que pueda estar en contradicción con la Constitución.

Téngase en cuenta que, desde el punto de vista del sujeto destinatario de la ley y titular de los derechos constitucionales que pueden haber sido dañados, la vía incidental representa en Italia el único instrumento que el ordenamiento jurídico reconoce para reaccionar frente a la lesión que sobre ellos haya podido causar el legislador, pues no existe ninguna forma de recurso directo ante el Juez constitucional. Por ese motivo se advierte sin esfuerzo sobresaliente la relevancia de estos debates, toda vez que la eventual aplicación de una norma declarada inconstitucional en el juicio *a quo* determinaría la pérdida del significado mismo y de la *ratio* de la vía incidental, así como la desnaturalización de sus finalidades.

Y en eso, desde el prisma de la tutela subjetiva, generan una grave incertidumbre e insatisfacción las modalidades de aplazamiento de la eficacia o limitación de la retroacción que han sido recogidas en el texto. De hecho, en ese sentido, el juez *a quo* y en su caso la parte que haya propuesto la cuestión, se encuentran en la tesitura de ver reconocido el fundamento de su pretensión (la lesión de derechos constitucionales por parte del legislador), pero al mismo tiempo tener que sufrir la aplicación de la ley declarada inconstitucional⁴⁶⁷.

Durante el año 2015 la Corte constitucional italiana, mencionando las experiencias portuguesa, austriaca, alemana y española, ha utilizado de nuevo esa técnica decisoria, si bien sin situarla en la noción de la ilegitimidad sobrevenida. Por primera vez, de forma explícita, la Corte ha establecido que, a pesar de la inconstitucionalidad *ab origine* de la norma objeto de la cuestión, la declaración de inconstitucionalidad no tendría eficacia en el juicio *a quo* y en los juicios en curso, con la consecuencia de aplicarse a estos mismos la norma declarada contraria a la Constitución⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Sobre el tema vease las consideraciones de PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 114 y ss., y de POLITI, F. *Gli effetti nel tempo* cit., p. 291.

⁴⁶⁸ Corte const. n. 10 de 2015.

Para unos comentarios sobre esta decision pueden verse, entre otros, BIGNAMI, M., *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, www.questionegiustizia.it; DICKMANN, R., *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, en *Federalismi.it*, 25 de febrero de 2015, pp. 12 y ss; MARCHESELLI, A., *Dalla Robin tax allo sceriffo di Nottingham*, www.questionegiustizia.it; MASSA PINTO, I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di*

En sus términos literales afirma: “*esta regulación de los efectos temporales tiene que considerarse permitida también en el sistema italiano de justicia constitucional*”⁴⁶⁹, añadiendo a renglón seguido que esa solución no contravenía el carácter incidental del juicio, ya que el requisito de la relevancia tiene valor únicamente en la fase de admisibilidad de la cuestión planteada por el juez ordinario, pero no condiciona a la Corte al desplegar el control o juicio de constitucionalidad⁴⁷⁰.

Como justificación de la decisión adoptada en esa Sentencia de 2015, midiendo en el tiempo los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, la Corte constitucional ha hecho referencia expresa a la ponderación entre distintos principios de rango constitucional y ha reconocido tomar en consideración el impacto de su decisión, pues “*es cometido de la Corte modular sus decisiones, también desde el punto de vista temporal, de forma que pueda evitarse que la afirmación de un principio constitucional determine el sacrificio de otro*”⁴⁷¹.

En oposición a lo que hiciera en su jurisprudencia anterior, hecho que no ha pasado desapercibido a la doctrina⁴⁷², por primera vez la Corte no menciona circunstancias de ilegitimidad constitucional sobrevenida o el necesario carácter gradual del desarrollo de los principios constitucionales, sino que, antes al contrario, reconoce que la normativa impugnada era ilegítima *ab origine* y que además las modificaciones de la ley posteriores al planteamiento de la cuestión incrementaron, si cabe, su “nivel” de contradicción con la Constitución.

ipergiusdizionalismo costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, 30 de marzo de 2015, 1; ROMBOLI, R., *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia ex nunc della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla Corte nella motivazione*, en *Foro it.*, 2015, I, pp. 1516 y ss.

⁴⁶⁹ “*Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale*”.

⁴⁷⁰ En este sentido también MORELLI, M.R., *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità “sopravvenuta”, a seguito di precedente pronuncia monitoria*, en *Effetti temporali delle sentenze cit.*, p. 421 y *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di “incostituzionalità sopravvenuta”*. *Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della efficacia retroattiva*, en *Giust. civ.*, 1989, I, p. 514.

⁴⁷¹ “*E' compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro*”.

Tienen una opinión contraria a la de la Corte: ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte cit.*, p. 199; ONIDA, V., *Relazione di sintesi cit.*, p. 305, que afirma que “*no incumbe a la Corte determinar los efectos de sus decisiones: la Corte determina el contenido de la decisión, no sus efectos*” (“non spetta alla Corte determinare gli effetti delle proprie pronunce: la Corte determina il contenuto della decisione, non i suoi effetti”).

⁴⁷² ROMBOLI, R., *La sent. n. 10 del 2015: l'efficacia “ex nunc” della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*, en *Foro italiano*, 2015, I, 1516 ss.

Y también en desarmonía con prácticas anteriores, en este supuesto la motivación de la Corte no conduce a una determinación objetiva del *dies a quo* de la eficacia de su decisión, sino exclusivamente a una ponderación basada en el principio de estricta proporcionalidad. La Consulta afirma que está entre sus facultades la de pedir al juez *a quo* y a los jueces de los juicios en curso la no aplicación de las reglas ordinarias relativas a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, cuando concurren estas circunstancias: “*la urgente necesidad de tutelar uno o más principios constitucionales que sino terminarían por quedarse perjudicados de forma irremediable por una decisión exclusivamente estimatoria y la circunstancia que la pérdida de los efectos retroactivos esté limitada a las situaciones verdaderamente necesarias para asegurar la ponderación de los valores en juego*”⁴⁷³.

La Corte constitucional sigue razonando después utilizando un paralelismo con las notorias decisiones manipulativas⁴⁷⁴, afirmando que la exigencia de obtener una ponderación razonable entre los derechos y los principios involucrados justifica la utilización de esta técnica decisoria: “*de la misma manera en la que la decisión de ilegitimidad constitucional puede concernir solo algunos aspectos de la disposición impugnada – como ocurre por ejemplo en las decisiones manipulativas – también la modulación de la intervención de la Corte puede referirse a la dimensión temporal de la normativa en examen, limitando los efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional en el aspecto temporal*”⁴⁷⁵.

Todavía en relación con la eficacia de las sentencias de los Tribunales constitucionales, corresponde examinar otra tipología peculiar de decisión utilizada por la Consulta. En estos nuevos casos no se trata de resoluciones estimatorias, sino de supuestos en los que la Corte declara que la ley impugnada es conforme a la

⁴⁷³ “*L’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contenimento dei valori in gioco*”.

⁴⁷⁴ V. Cap. Tercero, III.2.

⁴⁷⁵ “*Così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell’intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo*”. En opinión de ROMBOLI, R. las dos hipótesis (sentencias manipulativas y dilación de los efectos) no serían tan similares; véase ROMBOLI, R., *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, en *Forumcostituzionale*, 2015; en *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 607 y ss.,.

Constitución “en aquel momento” y que dicha conformidad es debida solo al carácter transitorio (o supuestamente transitorio) de la regulación impugnada. La Corte, así pues, avisa al legislador de que, si la normativa se convierte en permanente o no se modifica dentro de un determinado plazo, la misma se convertirá en inconstitucional y la Corte no podrá si declararlo en una sucesiva decisión estimatoria. La doctrina ha denominado estas decisiones de “aún constitucionalidad” (“*ancora costituzionalità*”)⁴⁷⁶.

También el ordenamiento jurídico español ha previsto un régimen general de eficacia retroactiva. Como ya hemos mencionado, el art. 40.1 LOTC establece sin embargo que “*Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales*”, con una única excepción en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos “*referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*”.

Aunque estas sean las reglas legales aplicables, también el Alto Tribunal español se ha atribuido la facultad de modular la eficacia en el tiempo de sus sentencias. Ya desde la sentencia 45/1989, de 20 de febrero (mencionada varias veces en estas páginas), ha afirmado poder limitar temporalmente los efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional, o declarar la nulidad a partir de una determinada fecha (nulidad diferida)⁴⁷⁷.

Unos casos que nos parecen de gran relieve y que han conducido a una suerte de colaboración entre el Tribunal Supremo y el Constitucional en España se han presentado con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por funcionamiento anormal. En este ámbito el Tribunal Constitucional no fijó los límites temporales de las

⁴⁷⁶ Esta tipología de decisiones tiene muchos elementos en común con algunos instrumentos análogos utilizados por las Cortes constitucionales alemana (donde el Constitucional utiliza en ciertas ocasiones las denominadas “decisiones de simple incompatibilidad” o las “decisiones de aún constitucionalidad”) y austriaca (puede aplazar hasta un año la declaración de inconstitucionalidad de una ley).

⁴⁷⁷ STC 208/1999, de 11 de noviembre. Ha habido un caso muy reciente en el que el Tribunal Constitucional ha especificado incluso en que determinado plazo la ley tenía que considerarse inconstitucional: “*Procede, en consecuencia, estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declarar inconstitucional y nulo el art. 6.1.1 c) de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 15/2002, entre el 1 de enero de 2003 (fecha de su entrada en vigor) y el 30 de noviembre de 2006 (fecha a partir de la cual se incorporó a la Ley general tributaria el medio de comprobación previsto en la norma murciana), ambos inclusive*”, STC 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5.

declaraciones de inconstitucionalidad, circunstancia que llevó el Supremo a crear y aplicar una doctrina que establece que “*corresponde a los Jueces y Tribunales ante quienes se suscite la controversia decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad*”⁴⁷⁸.

Sigue. Un caso peculiar de eficacia: la declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral en Italia

Para terminar con el tema de la eficacia “en el tiempo” de las declaraciones de inconstitucionalidad y sus consecuencias en la tutela de los derechos en el juicio incidental de las leyes puede ser útil mencionar un supuesto reciente y verdaderamente singular (por la especificidad de la ley objeto de enjuiciamiento), resuelto por la Corte constitucional italiana en el año 2014.

Es el caso, ya examinado más atrás pero bajo otras perspectivas⁴⁷⁹, de la declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral para la Cámara de los Diputados y para el Senado de la Republica.

Resulta de interés analizar algunas de las consideraciones expresadas en esta ocasión por la Consulta, por referirse expresamente a los efectos *ex tunc* que puede tener una declaración de inconstitucionalidad, además que por el alcance de dicha declaración (tema que abordaremos en el próximo epígrafe).

En ese caso se ha hecho manifiesta la necesidad de una determinación más precisa de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sobre todo con respecto a sus consecuencias sobre el Parlamento. Hubo, en efecto, quien se preguntó si, como consecuencia de ese supuesto, este mismo hubiese tenido que considerarse decaído e incluso si hubiesen tenido que estimarse ilegítimas todas las leyes aprobadas por el mismo, incluso las anteriores a la declaración de inconstitucionalidad.

Por esta razón la Corte constitucional ha considerado oportuno pronunciar, antes de dar publicidad a la Sentencia, dos ruedas de prensa para “tranquilizar” tanto los órganos políticos como los ciudadanos, afirmando que “*se mantiene que el Parlamento*

⁴⁷⁸ Véase la detallada reconstrucción de SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 211-213.

⁴⁷⁹ V. Cap. Segundo, II.1 a)

*pueda aprobar nuevas leyes electorales, según sus propias elecciones políticas, en el respeto de los principios constitucionales*⁴⁸⁰.

La Corte se ocupó de esta trascendente cuestión de la eficacia de su decisión también en la motivación de la Sentencia precisando cuáles eran, *ex art. 136* de la Constitución italiana y *ex art. 30* de la ley 87/1953, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, haciendo referencia a las reglas de la retroactividad solo con respecto a los asuntos procesales aún pendientes y no para aquellos ya concluidos.

La Corte, fundamentándose en lo establecido en las normas antes mencionadas y en su jurisprudencia, aseguró que desde el punto de vista jurídico el Parlamento elegido en aplicación de aquella ley podía seguir funcionando con total normalidad y en plenitud de sus poderes.

Basándose en estas consideraciones y en el “principio fundamental de la continuidad del Estado”, la Corte excluyó que pudiesen considerarse inconstitucionales tanto las leyes aprobadas por aquel Parlamento antes de la declaración de inconstitucionalidad, al igual que las que aprobara posteriormente a dicha decisión.

La doctrina (y la opinión pública) no ha tardado en advertir que el problema no tenía en realidad naturaleza jurídica, sino esencialmente política, preguntándose cuál sería la legitimación constitucional de un Parlamento elegido en aplicación de una ley electoral que la Corte ha declarado contraria a los principios fundamentales de democracia e igualdad en el voto⁴⁸¹.

La motivación de la sentencia se refiere en efecto a que la ley impugnada no representa adecuadamente la “*voluntad de los ciudadanos expresada con el voto, que constituye el principal instrumento de manifestación de la soberanía popular*”, que permite “*una ilimitada compresión de la representatividad de la asamblea parlamentaria*” y que “*determina una alteración del circuito democrático definido por la Constitución, basado en el principio fundamental de la igualdad de voto*”⁴⁸².

⁴⁸⁰ “*Resta fermo che il parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali*”.

⁴⁸¹ Entre otros, v. SCACCIA, G., *Riflessi ordinamentali dell’annullamento della l. n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, en www.confrontocostituzionali.eu.

⁴⁸² “*Volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare*”, consente “*una illimitata compresione della rappresentatività dell’assemblea parlamentare*” ed è tale “*da determinare un’alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto*”, Corte const. n. 1 de 2014.

2. El alcance del fallo: la inconstitucionalidad sin nulidad, la inconstitucionalidad “comprobada pero no declarada”

Además de las relativas a la modulación de los efectos en el tiempo, existen otras modalidades a través de las cuales los Tribunales constitucionales han conseguido incidir en la eficacia de sus sentencias.

En Italia, por ejemplo, una solución que podríamos considerar intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad y la decisión desestimatoria por falta de fundamento, se encuentra en aquellos casos en los que la Corte, aun mostrando en su motivación que la norma impugnada sería contraria a la Constitución, no llega en cambio a la declaración de inconstitucionalidad, desestimando la cuestión por falta de fundamento.

La doctrina las ha denominado sentencias de “inconstitucionalidad comprobada, pero no declarada” (*"incostituzionalità accertata, ma non dichiarata"*) o “desestimatoria o de inadmisibilidad, con comprobación de inconstitucionalidad” (*"rigetto o inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità"*)⁴⁸³.

En los epígrafes siguientes analizaremos los problemas señalados por la doctrina relacionados con esta tipología de decisiones⁴⁸⁴.

También en la experiencia española encontramos escenarios en los que el Tribunal Constitucional ha modulado los efectos de sus sentencias de declaración de inconstitucionalidad.

Así, ha habido casos en los que el Constitucional no ha respetado la regla impuesta por el art. 39.1 LOTC. En la STC 45/1989, de 20 de febrero, por ejemplo, que consideramos una de las más relevantes sobre el tema objeto de estas páginas, el Tribunal afirmó que aunque “*de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que [en cuanto] comporta la*

⁴⁸³ Para un estudio sobre esta tipología de decisiones v. PINARDI, R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, espec. y pp. 53 ss. y *Le decisioni di "incostituzionalità sopravvenuta", di "incostituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, en *Foro it.*, 1998, pp. 156 y ss.

⁴⁸⁴ Sobre todo en Cap. Cuarto, IV.

*inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º), [...] ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento”*⁴⁸⁵.

El Tribunal recordó, en primer lugar, que la quiebra de la relación entre inconstitucionalidad y nulidad se puede dar en los casos de inconstitucionalidad por omisión (temática ya analizada anteriormente en este trabajo)⁴⁸⁶.

En segundo lugar, precisó que las disposiciones declaradas inconstitucionales en aquella específica ocasión⁴⁸⁷ constituían un fragmento de un sistema legal “*cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en términos compatibles con la Constitución. La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no sólo desconocería la legitimidad constitucional, repetidamente afirmada en esta Sentencia, que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas”*.

Por tanto, un caso muy evidente en el que la declaración de nulidad de las normas estimadas inconstitucionales no “repara” (o incluso termina por empeorar)⁴⁸⁸ la situación resultante tras la inconstitucionalidad. La necesidad de evitar consecuencias perturbadoras para el interés general, como puede verse y al igual que señalamos al

⁴⁸⁵ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

⁴⁸⁶ V. Cap. Segundo, III.1.ii.

⁴⁸⁷ En la STC 45/1989, de 20 de febrero, se planteó una cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1983.

⁴⁸⁸ Para utilizar los términos elegidos por JIMÉNEZ CAMPO en JIMÉNEZ CAMPO, J., *Qué hacer con una ley inconstitucional*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 34.

indagar en la experiencia italiana, justificaría aquí –como en otros pronunciamientos- la limitación del alcance de la decisión, aunque de esta forma queden desprotegidos derechos e intereses de determinados individuos, y antes que nadie los de las partes del proceso *a quo*, a los que se les aplicará una ley declarada inconstitucional pero no nula⁴⁸⁹.

En esta tipología de casos, no obstante, el Tribunal Constitucional suele incluir una invitación dirigida al legislador a fin de que intervenga lo antes posible para modificar la legislación en cuestión, intentando evitar que los efectos negativos de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad se mantengan en el tiempo⁴⁹⁰.

En España, en suma, es posible encontrar tanto casos de mera inconstitucionalidad (o inconstitucionalidad sin nulidad), que pueden incluir una precisión por parte del Constitucional de que la norma declarada inconstitucional seguirá vigente hasta que el legislador apruebe otra que la sustituya⁴⁹¹, como otros de nulidad que no tendrá efectos en el proceso *a quo*, aplicándose la norma declarada inconstitucional en el supuesto concreto en el que se ha originado la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁹².

Citando aún otras modalidades de expresión del alcance de los efectos que se analizan en este apartado, resulta de interés hacer mención al hecho de que el Tribunal Constitucional español haya añadido en vía jurisprudencial contenido a la primera parte del art. 40.1 LOTC, que prevé que “*Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales*”, declarando en su reiterada doctrina que se aplica esa misma regla en el caso de no haber recaído todavía una resolución administrativa firme⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Otros casos muy notorios, que afectan a supuestos relacionados con las políticas presupuestarias, son la STC 13/1992, de 6 de febrero, o en los que se ha aplicado la doctrina contenida en la STC 45/1989, de 20 de febrero, como por ejemplo, entre las más recientes, las SSTC 121/2016, de 23 de junio, FJ 6; 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5; 22/2015, de 16 de febrero, FJ5.

⁴⁹⁰ “*Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica)*”, STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

⁴⁹¹ SSTC 195/1998, de 1 de octubre y 132/2010, de 2 de diciembre, entre otras.

⁴⁹² SSTC 254/2004, de 23 de diciembre y 164/2006, de 24 de mayo.

⁴⁹³ SSTC 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5; 22/2015, de 16 de febrero, FJ 5 entre las más recientes.

En segundo lugar, nos parece importante aludir a los supuestos de delimitación del alcance del fallo en las sentencias de inconstitucionalidad de una norma estatal por invadir las competencias de determinadas Comunidades Autónomas, un supuesto propio de España debido a su organización territorial: en este caso, en concreto, se asigna a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad efectos solo en y para aquellas Comunidades Autónomas que hubiesen reconocido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en cuestión, pero no en las demás, donde la norma impugnada sigue siendo absolutamente legítima y de aplicación⁴⁹⁴.

II. Peculiaridad de la experiencia española:

Los efectos de la inconstitucionalidad de una ley declarada por sentencia sobre los recursos de amparo en curso que traen origen de actos de aplicación de la ley anulada

Para terminar con el análisis de los efectos de las decisiones de los Tribunales constitucionales y su relación con la tutela de los derechos fundamentales, no podemos dejar de referirnos a una peculiaridad presente en el ordenamiento jurídico español.

Diferentemente que en Italia, en cuyo sistema de justicia constitucional no existe una vía de acceso directa de los individuos a la Alta Corte para pedir la protección de un derecho supuestamente vulnerado, en España está previsto el recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en determinados artículos de la Constitución española⁴⁹⁵.

Esta pluralidad de accesos al Tribunal Constitucional español ha provocado la “interferencia” entre los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de control de

⁴⁹⁴ STC 133/1990, de 19 de julio. Otro supuesto típicamente español, esta vez debido al específico sistema de fuentes normativas en España, es el caso de las declaraciones de inconstitucionalidad por no haberse respetado el requisito formal a la hora de emplear el legislador el rango de ley ordinaria u orgánica.

⁴⁹⁵ Art. Artículo 161.1 b) CE: “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”.

El recurso de amparo encuentra su desarrollo normativo en los arts. 41 a 58 de la LOTC. En esta sede, en razón de cuanto ha sido afirmado en el texto, mencionamos solo el contenido del art. 41.1 LOTC: “Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución”.

constitucionalidad y los recursos de amparo en curso, señaladamente en aquellos casos en los que estos mismos traen origen de actos de aplicación de la ley declarada inconstitucional y nula. Estas circunstancias han llevado al Tribunal a fijar criterios de coordinación entre ambos procedimientos, de la que dejamos constancias en estas páginas visto la evidente conexión con el tema de este trabajo de investigación.

a) La STC 159/1997, de 2 de octubre, como pronunciamiento de referencia

No podría abordarse esta materia sin tomar en consideración la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en Pleno en la STC 159/1997, de 2 de octubre, con ocasión de un recurso de amparo.

El recurso se planteaba contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones correspondientes a un determinado ejercicio, practicadas por la actora en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. Denunciaba la entidad recurrente la violación del art. 14 CE, por un pretendido trato discriminatorio –así lo afirma la sentencia en su inicio, aunque, como aclarará luego, se refiere la queja en realidad a una supuesta desigualdad de trato del primer inciso de esa previsión constitucional, y no a la interdicción de discriminación del segundo-. A juicio de la demandante de amparo, el mencionado gravamen complementario suponía para ella, dedicada a la explotación de máquinas recreativas tipo "B", una desigualdad inconstitucional en el trato en relación con el ofrecido por la Ley respecto de las empresas dedicadas a otros juegos u otras actividades del sector del juego. También invocaba otros preceptos de la Constitución, algunos de ellos, como el art. 9.3 o el art. 31.1 CE, no susceptibles de amparo, como dirá el Tribunal después en su fundamentación jurídica.

Con posterioridad a la formalización de la demanda de amparo y su admisión a trámite, que tuvieron lugar ambas en el año 1994, el TC dictaría la STC 173/1996, de 31 de octubre, resolviendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que concernían a aquel art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarando inconstitucional y nulo el precepto, aplicado, como ha sido adelantado ya, en los autos de los que nacía el recurso de amparo. El motivo de la inconstitucionalidad -decía la Sentencia anulatoria recién

aludida en su FJ 5- era el de haber aplicado "*retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación, lo que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE*".

La STC 159/1997 se ocupa de precisar el efecto que sobre el recurso de amparo en curso tiene la Sentencia del Pleno de referencia, dictada en 1996 como se ha dicho, al versar la una como el otro sobre el mismo precepto legal cuya inconstitucionalidad y nulidad fue declarada, y habida cuenta que, como reconocerá el Tribunal en el FJ 3 de la STC 159/1997, el objeto del recurso de amparo no se dirigía tanto contra la aplicación administrativa y judicial de aquel precepto controvertido (y declarado finalmente inconstitucional en momento posterior a su formalización), sino frente al contenido de la norma misma.

Tras diversas consideraciones para diferenciar el principio de igualdad del art. 14 CE y el principio de igualdad tributaria del art. 31 CE (no susceptible éste de amparo, a diferencia del primero), o sobre otra de las quejas de la demanda (que invocaba el art. 24.1 CE por no haberse suscitado una cuestión de inconstitucionalidad como la parte requiriera, recordando que hacerlo es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial), contiene la Sentencia los principios de constitucionalidad que resultan relevantes para el objeto de esta investigación.

El Tribunal dispone, en primer lugar, que en supuestos como el enjuiciado, en los que el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad (en el supuesto de referencia, en la STC 173/1996), si la declaración de inconstitucionalidad y nulidad se produjo por la vulneración de un precepto de la Constitución no susceptible de amparo, excluido por tanto de protección a través de ese procedimiento singular de tutela de derechos fundamentales, no cabe extender, sin más, al proceso de amparo los efectos de la Sentencia declarativa de la inconstitucionalidad y nulidad del precepto. En otros términos, no tendrá efectos en el recurso de amparo tal declaración si se produce por resultar contraria la previsión normativa a un precepto constitucional ajeno al reconocimiento de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, ello aunque exista un acto de aplicación de ese precepto (anulado por el Tribunal Constitucional de forma sobrevenida) en la controversia administrativa o judicial de la que trae origen el recurso. Si se prefiere, *sensu contrario*, la inconstitucionalidad declarada sólo podrá incidir en el

recurso de amparo cuando este proceso constitucional tenga en su base actos de aplicación de un precepto legal anulado por vulnerar derechos que pueden ser objeto de tutela en el amparo constitucional. De otro modo, recuerda el Tribunal, se daría “*un evidente exceso en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo, dado que se halla claramente delimitada en cuanto a los derechos y libertades susceptibles de tutela en dicho proceso constitucional por lo dispuesto en los arts. 161.1 b) y 53.2 C.E. y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica*”⁴⁹⁶.

La consecuencia evidente de lo dicho, como también subraya el pronunciamiento del que nos ocupamos, es que no siempre será posible invocar en el pronunciamiento resolutorio del amparo, con un carácter determinante y decisivo para la estimación o desestimación de la demanda, la previa Sentencia del Pleno emitida en otro proceso de inconstitucionalidad, por más que quede referida al mismo precepto legal que esté en cuestión en el recurso de amparo, ya que eso vendrá dado, o en su caso será excluido, en función del fundamento de la inconstitucionalidad declarada, esto es, de que el mismo radique o no en la vulneración de un derecho de carácter fundamental susceptible de amparo.

Tan clara es la idea como puede constatarse en un contraste entre la resolución constitucional que estamos destacando aquí y otras que ella misma cita, o algunas posteriores que también mencionaremos, pues, por ejemplo, así como la STC 159/1997 no atiende a la declaración de inconstitucionalidad de la STC 173/1996 al resultar según ella lesivo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, por vulneración el art. 9.3 CE (principio, por imperativo de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, que queda extramuros del proceso de amparo), en cambio, en las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, 284/1994, 152/1995 y 145/1996, el amparo sí se otorgó y con remisión expresa a la Sentencia del Pleno declarativa de la inconstitucionalidad, justo y precisamente porque la norma en cuestión en esos asuntos (anulada por la STC 179/1994, sobre el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la Base Cuarta, apartado 4º, de la Ley de 29 de junio de 1991) fue expulsada del ordenamiento jurídico por la contradicción de su régimen jurídico con (ahora sí) un derecho fundamental, en concreto el de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, que, como es sabido, sí puede

⁴⁹⁶ STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6.

ser objeto de tutela en el procedimiento de los arts. 53.2 y 151.1 b) CE, al encontrarse ubicado en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución.

En segundo lugar, la STC 159/1997 analiza otro orden de problemáticas. Según hemos tenido modo de recordar, *ex art. 40.1 LOTC*, la declaración de inconstitucionalidad en un proceso de control de constitucionalidad de la norma (como el que culminó, en el caso de referencia, con la STC 173/1996) no permite revisar un proceso fenecido mediante Sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada, dictada en aplicación de la ley luego anulada pero antes de la Sentencia constitucional declarativa de la inconstitucional. La única excepción a ello, según aquella previsión de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, viene representada por los casos en los que esté comprometida la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad⁴⁹⁷. Al margen de ello, por tanto, la sucesiva declaración de inconstitucionalidad del precepto no incidirá en los procesos ya cerrados con la fuerza de la cosa juzgada.

La razón aducida por la jurisprudencia constitucional, como es de imaginar, reside en la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), que empuja a descartar una revisión general e indiscriminada de los pronunciamientos judiciales anteriores por mor de la inconstitucionalidad de la norma luego apreciada. Si se quiere, dice el Tribunal, se persigue *“un equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir ‘judicialmente consolidadas’, de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) C.E., y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión in bonum, como son todas las comprendidas en el indicado art. 40.1 LOTC. Y es obvio que éstas, en cuanto excepciones tasadas de la regla general, han de ser interpretadas restrictivamente para que sea respetado dicho equilibrio”*.

Precisa no obstante el Tribunal, a tal efecto, que por Sentencia firme deberá entenderse, al objeto de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, un proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo a ese propósito calificativo del

⁴⁹⁷ La STC 39/2011, de 31 de marzo, recuerda e insiste en ese orden de cosas en que, dentro de dichas excepciones a la regla general, la Sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad tiene efectos incluso sobre las situaciones jurídicas declaradas por Sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esto es, que la retroactividad establecida en el art. 40.1, in fine, de la LOTC *“supone una excepción in bonum a lo prevenido, en términos aparentemente absolutos, por el art. 161.1 a) CE (‘la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada’) [que] tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional”*.

todo irrelevante que dicha Sentencia haya sido o no objeto de un ulterior recurso de amparo, y, en su caso, haya sido o no admitido y esté o no pendiente el dictado de una resolución sobre el mismo⁴⁹⁸.

Así se desprendería según el Tribunal Constitucional del art. 161.1 a) CE, que no contiene una previsión de pérdida de valor de las Sentencias recaídas en aplicación de la norma declarada posteriormente inconstitucional, limitándose a extender los efectos de esa declaración a la jurisprudencia que haya interpretado la norma. Y es que, en efecto, aunque bien es verdad que refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad y no a otros procedimientos, literalmente dice el precepto constitucional: *“La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”*.

Ciertamente, no encontramos razones para alcanzar una conclusión distinta cuando la declaración de inconstitucionalidad tenga origen en el proceso incidental de una cuestión de inconstitucionalidad, más aún cuando queda despejada del todo dicha problemática, si cupiera alguna duda, a tenor de que la STC 159/1997 a la que nos estamos refiriendo –por ser el pronunciamiento de referencia en la materia-, que contiene y afirma el criterio descrito al resolver sobre los efectos que posee en un proceso de amparo una Sentencia del Pleno que fue dictada en una cuestión de inconstitucionalidad (en realidad, en varias acumuladas).

En definitiva, salvo que se trate de los procesos penales o contencioso-administrativos relativos a un procedimiento sancionador, la declaración de inconstitucionalidad, *ex art. 40.1 LOTC*, no da lugar a la revisión de los procesos ya fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo entonces irrelevante que se haya hecho en ellos aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal.

En tercer lugar, y ocupándonos aun de los efectos de este tipo de declaraciones en los procesos de amparo en curso, añade el Tribunal que no podrá apreciarse la lesión

⁴⁹⁸ En ese mismo sentido se han pronunciado Sentencias posteriores, como la STC 3/2016, de 18 de enero: *“la adquisición de la fuerza material de cosa juzgada por las Sentencias firmes de los órganos judiciales no queda condicionada en nuestro ordenamiento jurídico a la circunstancia de que haya transcurrido el plazo de veinte o treinta días previsto, respectivamente, en los arts. 43.2 y. 44.2 LOTC, sin que se haya interpuesto un recurso de amparo contra ellas o, interpuesto tal recurso, hasta que este Tribunal declare su inadmisión a trámite o dicte Sentencia denegando el amparo solicitado [STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 7 b)]”*.

del art. 24.1 CE en esta tipología de casos de declaración sucesiva de inconstitucionalidad. Sencillamente porque la resolución recurrida, dice con evidente buen criterio el Tribunal, no desvela una la desatención del sistema de fuentes establecido (art. 1.7 C.C.), sino, justamente, su aplicación y debido respeto, ya que el precepto legal luego anulado estaba integrado entonces en el ordenamiento jurídico y no era obligado para el juez o Tribunal que la aplicó, a tenor de la doctrina existente sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, haber procedido necesariamente a su planteamiento.

Con esa suma de criterios enunciados, en la STC 159/1997 consideró el Tribunal que no había lesión alguna que fundase el otorgamiento del amparo, particularmente que no cabía resolver el recurso de amparo por remisión a lo juzgado en la STC 173/1996, en la que se dio la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 pero por vulneración del principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 C.E, precepto no susceptible de amparo.

Esa STC 159/1997 contó con varios votos particulares. En el formulado por el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral se plantea a nuestro criterio un interesante debate, que pone en contraste el art. 40.1 y el art. 38 LOTC. Así como el primero, según se ha dicho, impide la revisión de las sentencias dictadas en procesos fenecidos (salvo en las excepciones penales o sancionatorias ya descritas, en las que la reapertura del proceso tras la declaración de inconstitucionalidad podría acarrear un beneficio –que el art. 40.1 LOTC atiende- para el interesado frente a la pena, sanción o responsabilidad impuestas), el art. 38 LOTC, que invocaba el Magistrado discrepante, dispone el carácter de cosa juzgada de la Sentencia que declara la inconstitucionalidad, su vinculación para todos los Poderes Públicos y la producción de efectos generales desde la publicación en el diario oficial. De las prescripciones de este último precepto deducía aquel Juez constitucional la imposibilidad, también para el Tribunal Constitucional y desde la fecha de la publicación de la STC 173/1996 (que declaró, recuérdese, la inconstitucionalidad de la norma controvertida), de desatender la nulidad de la norma en las Sentencias pendientes del amparo constitucional.

A su detenido y razonado criterio, el art. 38.1 de la LOTC resuelve el problema en sentido distinto al acogido por la mayoría del Tribunal. Razona: *“todos los Poderes Públicos, y por tanto también y con mayor razón el Tribunal Constitucional, están vinculados desde el 3 de diciembre de 1996, fecha de su publicación en el B.O.E., por*

lo resuelto en la STC 173/1996 y, por consiguiente, esa vinculación nos impide mantener a finales de 1997 que un precepto ya inexistente, continúe siendo el único sustento de la Sentencia que revisamos. Revisión que se hace como si el precepto aplicado siguiera vigente y la Sentencia tuviera que encuadrarse -como se hace- en los casos previstos para el recurso de amparo en los arts. 53 y siguientes de la LOTC, prescindiendo de que a ello se antepone lo dispuesto en el art. 38.1 de la propia Ley”.

Obviamente, postular esa posición pasaba, de modo inevitable, por entender que el proceso judicial no había fenecido. O dicho de otro modo, que la interposición del recurso de amparo evitaría considerarlo cerrado. A su parecer, por tanto, es el plazo de caducidad del amparo (art. 44.2 LOTC) el que debe haber vencido, sin formalización del recurso, para que pueda operar el régimen del art. 40.1 LOTC, que fijaría una excepción al general del art. 38 de la misma Ley.

No es cuestión baladí, como se ve, por más que tenga efectos únicamente en los procesos penales y sancionatorios indicados. Y no lo es porque, a nuestro juicio, el parámetro que sigue la jurisprudencia constitucional tras pronunciamientos como el comentado no es tanto que el proceso haya o no fenecido, como del art. 40.1 LOTC se seguiría, sino, antes bien, que la norma declarada inconstitucional (aunque el proceso haya fenecido por no estimarse vivo durante el plazo de caducidad del amparo) afectara o no a derechos fundamentales. Siendo ese el enfoque correcto tras la lectura de la jurisprudencia constitucional que hemos destacado en este punto, cabe como mínimo dudar de la preferencia que se otorga en esta tipología de casos, por razón de la materia, al art. 40.1 LOTC, frente al régimen general del art. 38.1 LOTC, que impone los efectos generales o *erga omnes* de la Sentencia recaída en el proceso constitucional, sin matices, desde su publicación, esto es, sin distinguir que la misma declare vulnerados unos u otros preceptos constitucionales, los relativos a derechos fundamentales o los que cuenten con otro contenido diferente.

El segundo voto particular, formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, y al que se adhirió el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, también manifestó su preocupación por la no extensión al amparo en curso de lo resuelto en la STC 173/1996. Más allá de defender una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad –en razón de la negativa a plantear una CI por parte del órgano

judicial que dictó la sentencia recurrida⁴⁹⁹- se detiene, al objeto de defender una solución discrepante, en el art. 55.2 LOTC. Señala que de tal precepto se desprende que ha de concederse el amparo siempre que la Ley aplicada para resolver un asunto lesione “derechos fundamentales o libertades públicas”; y que la proposición entrecomillada (que contiene la citada previsión de la Ley Orgánica) incluye (a su parecer) la seguridad jurídica, al ser un principio configurador o soporte estructural de la tutela judicial efectiva (derecho fundamental reconocido y protegido por el art. 24.1 C.E.) y, asimismo, el marco esencial de las libertades públicas que los ciudadanos no disfrutaban cuando aquella seguridad jurídica falta. Así las cosas, concluye, el soporte estructural de aquellos derechos (la citada seguridad jurídica) no puede tener menor protección constitucional que éstos (lo que habría permitido *ad casum* extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la norma al recurso de amparo que se resolvía). En fin, una construcción tuitiva desde un enfoque material pero seguramente, a nuestro juicio, de complicado soporte, toda vez que no parte del texto normativo del art. 55.2 LOTC, sino, acaso, de esa regulación pero interpretada conforme a una determinada lectura de la función de la seguridad jurídica como instrumento que otorga virtualidad y sostén estructural o de sistema a los derechos fundamentales. No negamos la viabilidad de la construcción, pero no puede soslayarse esa dificultad concurrente, que obligaría a justificar *ex Constitutione* la premisa que la sostiene (el pretendido soporte ofrecido por la seguridad jurídica a los derechos fundamentales) como a encontrar acogida favorable del TC al criterio en el que se asienta.

El tercer y último voto particular fue formulado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra. En un sentido en parte apuntado ya en los restantes votos, que aconseja evitar reiteraciones, se subraya que los efectos de una Sentencia constitucional alcanzan a todos los poderes públicos, de modo que también al propio Tribunal, más si no nos encontramos en el marco de aplicabilidad del art. 40.1 LOTC, como a su parecer sucede cuando ha sido interpuesto un recurso de amparo (criterio que comparte con el primer voto particular, aunque no con argumentos idénticos, como puede verse en el parte final de su texto). De otro lado, afirma que la Sentencia impugnada, al haber aplicado una

⁴⁹⁹ Sostiene que, de manera acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, esa redefinición debería pasar “*por un entendimiento de la cuestión que, reservada en su planteamiento a los Tribunales ordinarios, obligara a éstos a justificar adecuadamente su negativa a suscitara y, en lo que ahora importa, permitiera la modulación de los efectos establecidos 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*”.

precepto legal que posteriormente fue declarado inconstitucional, no puede considerarse fundada en Derecho. A su juicio, en fin, y en nuestra opinión esto sería lo más relevante, visto el régimen jurídico del art. 38.1 LOTC, dice, podría estar estableciéndose “*una peligrosa excepción a los efectos erga omne et omnes de las Sentencias de inconstitucionalidad*”, apuntando con ello su oposición a la diferenciación que la mayoría hace a tenor del precepto constitucional que llegue a fundar la inconstitucionalidad de la norma, esto es, de que afecte o no el pasaje constitucional vulnerado a derechos fundamentales (aspecto sobre el que ya nos manifestamos más atrás).

b) Pronunciamientos posteriores en la materia

Ha podido observarse en la exposición anterior que, dicho ahora a modo de síntesis, el Tribunal puede en ocasiones, como es ejemplo el antes descrito, no estimar recursos de amparo pese a estar las resoluciones impugnadas fundadas en normas declaradas inconstitucionales con posterioridad al dictado de la recurrida y a la interposición o admisión de la demanda del proceso constitucional. Se diría, de ese modo, que se da una especie de continuidad potencial de los efectos de la norma, pese a haber sido desterrada del Derecho por su inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, no podrá entonces afirmarse que el recurso de amparo integre un propósito de evitar actos de aplicación de leyes contrarias a la Constitución, sino solo, a lo sumo, de aquellos actos de aplicación de leyes que se declaren contrarias a la consagración constitucional de los derechos fundamentales.

Los mismos criterios ya analizados han sido reiterados por el Tribunal en pronunciamientos posteriores. La STC 183/1997, de 28 de octubre, podría considerarse de la misma serie que la STC 159/1997, y a ella expresamente se remite, por gravitar la controversia sobre la misma norma anulada, al igual que puede verse en las SSTC 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998, de 29 de junio; 36/1999, de 22 de marzo; 84/1999, de 10 de mayo; 200/1999, de 8 de noviembre, y 111/2001, de 7 de mayo, todas afectantes a la misma norma y equiparable controversia relativa al 38.2.2 de la Ley 5/1990. Algo muy similar sucede con la STC 55/1998, de 16 de marzo, aunque no estuviera directamente a debate la aplicación del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, sino el art. 77 de la Ley de Presupuestos Generales para 1991 al que a aquél se remitía.

La STC 6/1998, de 13 de enero, repitió la doctrina en otro amparo relacionado, esta vez, con los efectos de la STC 254/1994, que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 737 L.E.C. (según la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril), excluyendo expresamente la revisión de lo resuelto en el proceso de origen por no ser encuadrable en las excepciones del art. 40.1 LOTC.

No cambia la doctrina aludida la STC 91/2007, de 7 de mayo. En el recurso se denunciaba la lesión por el art. 34 b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del principio de igualdad ante la ley tributaria (arts. 14 y 31.1 CE), norma que había sido enjuiciada por la STC 295/2006, de 11 de octubre, declarando la inconstitucionalidad del “párrafo primero del art. 34 b) de la Ley 18/1991 en su versión original”, por vulneración del principio de igualdad en la contribución a las cargas públicas conforme a la capacidad económica de cada cual, recogido en el art. 31.1 CE. La Sentencia dictada en el recurso del particular, como se viene exponiendo al hablar de las anteriores, rechaza extender los efectos de aquella declaración de inconstitucionalidad y nulidad al amparo interesado, toda vez que el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad lo constituyó la lesión de un derecho o libertad (art. 31.1 CE) que quedaba extramuros de los que pueden ser objeto del recurso del art. 53.2 CE.

La STC 46/2008, de 10 de marzo, en cambio, sí resolvió el recurso por remisión a lo decidido en la STC 113/2006, en la que Tribunal declaró inconstitucional y nulo “el apartado 3 del art. 56 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su redacción originaria”, puesto que, al igual que ocurrió con los casos decididos por las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, todas de 18 de julio; 284/1994, de 14 de octubre; 152/1995, de 14 de octubre; y 145/1996, de 16 de septiembre, que citamos páginas atrás (sobre el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la base cuarta, apartado 4, de la Ley de 29 de junio de 1991), la declaración de inconstitucionalidad se fundamentó en la vulneración de un derecho fundamental, esto es, la única hipótesis de extensión de efectos que contempla la doctrina constitucional, según ha sido reflejado *supra* (en dicha ocasión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE). Lo hace, por lo demás, en un caso en el que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma (STC 113/2006) era de fecha anterior,

pero de publicación posterior, a la resolución que era recurrida por el demandante de amparo.

La STC 84/2008, de 21 de julio, en un nuevo recurso de amparo, estaba vinculada con la inconstitucionalidad del art. 2.3 del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, contenida en la STC 68/2007, de 28 de marzo. Un precepto el aplicado en el caso de autos que había sido declarado inconstitucional y nulo, como el conjunto del Real Decreto-ley en el que se insertaba, por vulneración del art. 86.1 CE. El Tribunal se plantea si cabe extender los efectos de esa inconstitucionalidad al recurso de amparo, en la medida en que éste se funda en la aplicación de uno de los preceptos legales afectados por aquella declaración, y recuerda, con la misma jurisprudencia en la mano, que la extensión no cabe en esta ocasión, habida cuenta que la STC 68/2007, de 28 de marzo, fundó su Fallo en la vulneración del art. 86.1 CE, precepto que no es canalizable para su tutela al proceso de amparo constitucional.

Tal circunstancia, convendrá aclararlo, no excluye el enjuiciamiento de las pretensiones articuladas en el recurso, sino solo la extensión automática de los efectos de la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma aplicada. Y así lo hace el Tribunal en esa Sentencia de 2008, desestimando la demanda tras examinar, en términos de fondo, el alegato de la parte recurrente. Plena identidad con el caso anterior, y con la solución que recibió, tiene la STC 122/2008, de 20 de octubre

Para agotar por completo el recorrido, resta la cita de las recientísimas SSTC 20/2017, de 27 de febrero, y 40/2017, de 24 de abril. En el primero de esos casos, el demandante de amparo fue sancionado con una multa de 2.000 € por el Ayuntamiento de Madrid por incurrir en la infracción prevista en el art. 16.2 b).7 de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, sanción que fue confirmada en vía judicial y recurrida en amparo. La STC 13/2013, de 28 de enero, declaró inconstitucional y nulo el citado apartado 7 del art. 16.2 b) de la Ley de referencia, fundando la declaración de inconstitucionalidad en una vulneración del art. 25.1 CE. Más allá de las concretas circunstancias del caso, el Tribunal reitera su doctrina sobre el art. 40.1 LOTC, sin alterar en nada lo que viene exponiéndose en estas páginas, siendo destacable que recuerde que en aquel art. 40 no solo quedan incluidas las situaciones consolidadas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) sino también, en su caso, las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, como ya dijera

en el pasado, entre otras, la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, que el Tribunal transcribe parcialmente.

La última Sentencia citada, la STC 40/2017, de 24 de abril, extiende al asunto suscitado en amparo (relativo al derecho de acceso a los recursos que integra el art. 24.1 CE) la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida contenida en la STC 227/2016, de 22 de diciembre, de determinados preceptos de Ley de tasas judiciales. En concreto, en su aplicación a las personas físicas, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “en el orden jurisdiccional civil ... apelación: 800 €” del apartado 1 del art. 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, así como el apartado 3 del mismo artículo, en la redacción dada por el art. 1.8 del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero”, justamente la versión legal vigente en el momento del devengo de la tasa que fue aplicada en el proceso judicial y era discutida en el recurso por haber impedido el acceso a la apelación civil.

El Tribunal, por tanto, mantiene hasta estas recientísimas fechas los mismos criterios que se han descrito y que tienen su origen –siquiera su concreción argumental y desarrollo- en la Sentencia de 1997 que inicia este apartado. Una doctrina que puede calificarse hoy como plenamente consolidada, reiterada y constante.

III. Cuando los Tribunales constitucionales no se limitan a declarar la inconstitucionalidad: la actividad creativa

1. Las sentencias interpretativas desestimatorias

a) La experiencia italiana

Junto con la adaptación de la eficacia de las sentencias, otra forma que los Tribunales constitucionales han encontrado para desplegar su labor de garantes de la Constitución y de los derechos, superando la rígida dualidad estimación/desestimación en sus decisiones, ha sido crear nuevas tipología de resoluciones⁵⁰⁰.

En Italia, una de las primeras experiencias en este sentido se halla en la utilización de aquellas decisiones conocidas con el nombre de “sentencias

⁵⁰⁰ Uno de los autores de referencia, tanto en Italia como en España, que ha proporcionado uno de los trabajos más completos sobre el tema de las tipologías de sentencias de la Corte constitucional italiana, es Augusto MARTÍN DE LA VEGA, en su monografía *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

interpretativas desestimatorias” (*sentenze interpretative di rigetto*). A través de ellas la Corte constitucional declara la duda de constitucionalidad infundada pero, con la finalidad de poder “salvar” la cuestión (y sobre todo la norma) de la declaración de inconstitucionalidad, dispone que sea aplicada por el juez *a quo* siguiendo la interpretación que la Corte fija, que se convierte así en la única acorde con la Constitución.

Esta tipología de decisiones ha llegado a alcanzar una gran importancia, ya por cómo influye esa técnica en el papel que cumple la Corte en su relación con los jueces ordinarios (como veremos en las consideraciones conclusivas), ya por el efecto que ese expediente interpretativo de la norma posee para la tutela de los derechos fundamentales comprometidos *ad casum*.

Bajo el primer aspecto enunciado, es de destacar que el Constitucional, cuando aborda una cuestión, no queda vinculado a la interpretación proporcionada por el juez *a quo*, puesta de manifiesto en su auto de planteamiento, actuando con libertad al realizar la lectura de la ley ordinaria objeto de examen. Lo que significa que la Corte constitucional rechaza la separación entre los planos de “constitucionalidad” y “legalidad”, que llevaría a restringir la Consulta solo a aquello que implique interpretar la Constitución, restando en manos de los jueces ordinarios (la Casación en particular) el monopolio de la interpretación de la ley y de los actos con fuerza de ley, coherentemente con la tesis que afirma “*la Constitución a la Corte y la ley a los jueces ordinarios*”⁵⁰¹.

El mensaje que procede de las sentencias interpretativas desestimatorias es, acaso, el contrario, esto es, que no opera una separación de planos y de competencias, sino que la ley tiene que ser leída e interpretada siempre y sin excepción a la luz de la Constitución.

El segundo significado trascendente en ese marco relacional consiste en ver en la sentencia interpretativa un instrumento para conocer y hacer prevalecer la interpretación de la ley que resulte más armónica con los principios constitucionales, con independencia que fuera posible otra u otras diferentes.

Con estas decisiones la Corte obtiene -no solo en cada supuesto de hecho sino también en el contexto histórico específico en el que actúa- el máximo resultado

⁵⁰¹ “*La Costituzione alla Corte e la legge ai giudici comuni*”, MEZZANOTTE, C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, en AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979.

potencial de adecuación del ordenamiento jurídico a los principios constitucionales, proporcionando una interpretación de la ley (o del ordenamiento jurídico en su conjunto, si lo miramos en panorámica, sumados el global de los pronunciamientos) que resulte acomodada a la Constitución y sus principios esenciales. Al mismo tiempo, la fórmula decisoria de las *sentenze interpretative di rigetto* salva la ley de la declaración de inconstitucionalidad, evitando un vacío normativo siempre preocupante, sobre todo en atención de la frecuente inactividad u omisión del legislador a la hora de intervenir para regular determinadas materias.

Desde un punto de vista formal, esta tipología de decisiones se reconoce por los términos del fallo: la cuestión de inconstitucionalidad planteada se declara infundada, pero “siempre que sea interpretada” (“*nei sensi di cui in motivazione*”), haciendo así un reenvío a la lectura constitucional de la norma proporcionada en la fundamentación jurídica de la Sentencia. Por esta razón puede afirmarse que, aunque todas las sentencias de la Corte sean el fruto de una interpretación de las disposiciones normativas, la que específicamente aporta la Corte entra a formar parte, si se quiere indirectamente, de su contenido normativo, como elemento constitutivo y condicionante.

El sentido hermenéutico dado a la norma, como lectura única que puede habilitarla en el ordenamiento jurídico frente a una declaración de inconstitucionalidad, sin embargo, no tiene en Italia fuerza vinculante para los destinatarios, de modo que, muy en particular, no vincula a los jueces que hayan solicitado la intervención de la Corte, contando el pronunciamiento, entonces, con un mero efecto o fuerza persuasiva. Es lo cierto, no obstante, que *de facto*, en muchas ocasiones, esa interpretación alcanza autoridad por el hecho de provenir de los Jueces constitucionales.

A modo de conclusión interesa subrayar una idea: visto su carácter no vinculante, la eficacia real de este instrumento para la tutela de los derechos fundamentales dependerá de la articulación de una relación de colaboración (y confianza) entre la Corte constitucional y los jueces ordinarios, circunstancia que al principio no fue fácil, sobre todo por la reticencia de la Casación a seguir las interpretaciones sentadas por el Constitucional.

Sigue. La consecuencia de la utilización de las “sentencias interpretativas desestimatorias”: las denominadas “guerras” entre la Corte constitucional y la Corte de Casación

i. La primera “guerra entre las dos Cortes”

Las consecuencias y los efectos de las sentencias interpretativas desestimatorias se presentaron en el escenario “en términos dramáticos”⁵⁰², dando lugar al desencuentro que se conoció como “guerra entre las dos Cortes”⁵⁰³, esto es, entre la Corte constitucional y la de Casación, desembocándose en un diálogo en divergencia sobre la eficacia de la interpretación establecida en la sentencia constitucional.

Dos casos son significativos y desvelan la crudeza del enfrentamiento.

El primero de ellos se produjo en una cuestión de inconstitucionalidad sobre una disposición del código de derecho procesal penal, que fue denunciada por la Casación porque consideraba que no permitía el reconocimiento de determinadas garantías procesales tuteladas por la Constitución. La Corte constitucional resolvió la cuestión con una decisión interpretativa desestimatoria. En ella indicaba, como constitucionalmente correcta, una concreta lectura de la disposición, que favorecería en su opinión la indemnidad de las garantías procesales que la Casación entendía amenazadas⁵⁰⁴. La Casación no se consideró vinculada y siguió interpretando la disposición como lo viniera haciendo en el pasado. En un momento sucesivo, la Corte constitucional fue llamada nuevamente a pronunciarse sobre idéntica problemática, procediendo, en esta segunda ocasión, a declarar la inconstitucionalidad de la disposición así como era interpretada por la Casación⁵⁰⁵. La concurrencia conflictiva entre los dos Tribunales, sin embargo, no se detuvo, dado que la Casación estimó que la

⁵⁰² “*In termini drammatici*”. Esta expresión es de CRISAFULLI, V., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1965, p. 91.

⁵⁰³ Sobre el tema CRISAFULLI, V., *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, IV, pp. 289 y ss.; ESPOSITO, C., *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge*, *ivi*, 1958, 571; SANDULLI, A. M., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 641-658; RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista “Giurisprudenza costituzionale”*, en PACE, A. (Coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 903 y ss.

⁵⁰⁴ Sentencia de la Corte constitucional de 19 de febrero de 1965, n. 11, en *Foro it.*, 1965, I, p. 385.

⁵⁰⁵ Sentencia de la Corte constitucional de 26 de junio de 1965, n. 52, en *Foro it.*, 1965, I, p. 1160.

sentencia de la Corte no resultaba aplicable a los juicios pendientes, mientras que ésta se manifestó en sentido contrario⁵⁰⁶.

El segundo caso concierne a la naturaleza jurídica de las comisiones tributarias, que la jurisprudencia constante de la Casación calificaba como órganos jurisdiccionales. La Corte constitucional declaró, por el contrario, su naturaleza administrativa⁵⁰⁷, interpretación que no fue admitida por la Casación, que se reafirmó en su tesis. La disputa fue disuelta gracias a una intervención legislativa, que proporcionó una disciplina totalmente novedosa en la materia (que otorgó, en todo caso, naturaleza jurisdiccional a dichas comisiones tributarias). Tras la entrada en vigor de la nueva regulación, la Corte no puso en cuestión la naturaleza jurídica atribuida por ley.

El enfrentamiento entre las dos Cortes encontrará su solución definitiva con el expreso reconocimiento del valor del “derecho viviente”, identificado por la Corte con proposiciones como “*la solución interpretativa prácticamente uniforme en jurisprudencia*”⁵⁰⁸, “*reiterada jurisprudencia de la Casación*”⁵⁰⁹ o “*jurisprudencia dominante*”⁵¹⁰. Por el contrario, la Consulta ha negado el encuadramiento en la noción de “derecho viviente” a las prácticas o las directivas administrativas⁵¹¹.

La Corte constitucional, en efecto, ante el derecho viviente conformado y en respeto del mismo (es decir, en esencia, las interpretaciones proporcionadas por la Casación) en diferentes ocasiones se ha abstenido de ofrecer interpretaciones alternativas de la ley, limitándose en sus resoluciones (y solo cuando fuera necesario) a juzgar la conformidad del mismo con los principios constitucionales, quedando así diferenciados los planos de legalidad y constitucionalidad en la respectiva competencia jurisdiccional.

Pero quizá el punto de conciliación entre las distintas exigencias (de un lado, la autonomía del juez en la interpretación de la ley, y, de otro, el recorrido de las indicaciones de la Corte constitucional constitutivas de una interpretación conforme de una Ley con la Constitución) podría hallarse en la teoría de ELIA (luego, en efecto, aplicada en la práctica) que postula que el juez ordinario discrepante con la interpretación sugerida por la Consulta tenga que elevar de nuevo la cuestión de

⁵⁰⁶ Sentencia de la Corte constitucional de 29 de diciembre de 1966, n. 127, en *Foro it.*, 1967, I, p. 1.

⁵⁰⁷ Sentencias de la Corte constitucional de 6 y de 10 de febrero de 1969, nn. 6 y 10, en *Foro it.*, 1969, I, pp. 561-562.

⁵⁰⁸ Sentencia de la Corte constitucional de 3 de abril de 1997, n. 77, en *Giur. Cost.*, 1997, p. 741.

⁵⁰⁹ Sentencia de la Corte constitucional de 27 de junio de 1997, n. 206, en *Giur. Cost.*, 1997, p. 1967.

⁵¹⁰ Sentencia de la Corte constitucional de 6 de abril de 1995, n. 110, en *Giur. cost.*, 1995, p. 902.

⁵¹¹ Auto de la Corte constitucional de 26 de mayo de 1998, n. 188, en *Giur. cost.*, p. 1544.

inconstitucionalidad a la Corte constitucional. Esa solución serviría para atender la libertad de interpretación del juez ordinario pero, asimismo, para dotar de una cierta eficacia a las sentencias interpretativas desestimatorias⁵¹².

De ese modo, en el caso en el que existiese un derecho viviente, el juez ordinario que lo considere inconstitucional tendría la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad o de acoger una interpretación conforme a la Constitución (que el mismo proporcionaría), diferente del derecho viviente.

En el primer supuesto, si la Corte constitucional estimara la cuestión, declarará inconstitucional la norma según su interpretación consolidada (es decir, según aquel derecho viviente); o bien, si observara su conformidad con la Norma Fundamental, terminará por consolidar aún más el derecho viviente. Lo que está absolutamente excluido es que la Consulta avance interpretaciones alternativas propias.

Sea como fuere, es interesante resaltar que con el transcurso de los años las relaciones entre las dos Cortes fue mejorando progresivamente. En efecto, parecía del todo asimilado, incluso afirmado por la misma Corte de Casación, que las sentencias interpretativas desestimatorias de la Corte constitucional proporcionaban un vínculo positivo al juez ordinario que propone la cuestión y constituían un precedente dotado de autoridad para todos los jueces, que estarían entonces obligados a no aplicar las disposiciones de ley en un sentido distinto al establecido por la Corte constitucional, a menos que elevaran una cuestión de legitimidad constitucional⁵¹³.

ii. La segunda “guerra entre las dos Cortes”

Al principio del siglo XXI, sin embargo, ha vuelto a reabrirse la contienda, llegándose incluso, en la contraposición entre la Corte constitucional y la Corte de

⁵¹² La teoría es aquella elaborada por ELIA, L., *Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, en *Giur. cost.*, 1966, pp. 1715 y ss.

⁵¹³ Cass., sez. unite pen., 16 de diciembre de 1998, en *Giur. cost.*, 1999, p. 1402.

Son testimonio de este clima (que ha hecho que se hablara de un “circuito virtuoso” entre los dos sujetos) las siempre más insistentes exhortaciones por parte de la Corte constitucional a que el juez ordinario participara directamente en la resolución de las dudas de constitucionalidad a través de los poderes interpretativos que el ordenamiento le reconoce; pueden mencionarse a este respecto las “*sentenze additive di principio*” o, más aún, la necesidad que el juez busque la denominada “interpretación conforme”, v. Cap. Segundo, VI.1.

casación, a la utilización de tonos y expresiones insólitamente “fuertes” y beligerantes, tanto que ha hablado la doctrina de una “segunda guerra entre las dos Cortes”⁵¹⁴.

Este nuevo enfrentamiento nació del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que tenía como objeto una disposición normativa sobre medidas cautelares personales.

Sobre esta cuestión se había pronunciado la Corte constitucional a través de una sentencia interpretativa⁵¹⁵, que había innovado con respecto a la tesis preponderante en la jurisdicción ordinaria, provocando un problema interpretativo sobre el que la jurisprudencia ordinaria estaba dividida (modalidades de cálculo del plazo de la fase final en caso de regresión del procedimiento). Las Secciones Unidas de la Casación intervinieron para solucionar esas divergencias, ofreciendo su propia lectura de la norma⁵¹⁶. Sin embargo, la Corte constitucional se opuso a esa línea y aportó una solución distinta, lo que provocó que la Casación, en un paso más del diálogo contradictorio entre ambas Cortes, afirmase que no podía seguir la interpretación sugerida por el Constitucional, ya que no resultaba compatible con la letra de la disposición controvertida, elevando entonces la cuestión de inconstitucionalidad con el fin de superar el conflicto interpretativo y la consiguiente situación de incertidumbre que se había originado. La Corte constitucional se limitó a declarar manifiestamente inamisible la cuestión y a reiterar la lectura ya dada de la norma impugnada, considerándola la única correcta⁵¹⁷. A mayor abundamiento, añadió como conclusiones una crítica a los contenidos del auto de planteamiento en relación al “*rispetto de las atribuciones reciprocas*”⁵¹⁸, censurando que se concibiese su función como si, dice el Juez constitucional, “*a esta Corte se le permitiese afirmar los principios constitucionales solo a través de sentencias estimatorias y le fuera negado, en otras*

⁵¹⁴ Pueden verse, a este respecto: DOLSO, P.G., *Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, en *Giur. Cost.*, 2004, p. 3021; PUGLISI, R., *La durata massima delle misure cautelari nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, en *Giur. cost.*, 2004, pp. 707 y ss.; SPANGHER, G., *Custodia cautelare: la cassazione “sfida” la Consulta*, en *Giur. cost.*, 2003, pp. 1138 y ss.

⁵¹⁵ Sentencia de la Corte constitucional 292/1998, confirmada por el Auto 429/1999 y analizada en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 116 y ss. y (2005-2007), Giappichelli, Torino 2008, pp. 127 y ss.)

⁵¹⁶ Sentencia de la Corte de Casación de 19 de enero de 2000.

⁵¹⁷ Auto de la Corte constitucional 243/2003 y, de la misma forma, 335/2003, 59/2004.

⁵¹⁸ “*Rispetto delle reciproche attribuzioni*”.

*decisiones, interpretar las leyes a la luz de la Constitución*⁵¹⁹. Declaración, es notorio, de tono particularmente duro.

La respuesta de las Secciones Unidas penales de la Casación fue entonces firme y decidida⁵²⁰, haciendo notar que los autos de manifiesta inadmisibilidad a los que hemos aludido pocas líneas más arriba “*aparecen marcados por una axiomática autoreferencialidad, destacando por el rechazo de la colaboración dialéctica y por la negativa a valorar el fondo de los argumentos desarrollados en los autos de planteamiento*”⁵²¹, y añadiendo la invocación, por si con aquello no fuera suficientemente clara su postura, del principio de derecho según el cual las decisiones interpretativas desestimatorias de la Corte constitucional no poseen eficacia *erga omnes*, diversamente de aquellas declarativas de ilegitimidad constitucional de las normas, de suerte que solo ofrecen un vínculo negativo para el juez del procedimiento en el que se haya elevado la cuestión. En todos los demás casos, prosigue la respuesta, el juez mantendría el poder-deber de interpretar con plena autonomía las disposiciones de la ley *ex art. 101.2 de la Constitución italiana*, a condición y con el único límite de que su lectura sea conforme con la Constitución (aunque sea diferente de la indicada en las decisiones interpretativas desestimatorias). Las Secciones Unidas precisaron además que si la solución sugerida por la Corte constitucional sobrepasa los límites de la interpretación literal-lógico-sistemática “*los jueces ordinarios tienen el deber de no seguir aquella solución, por la razón decisiva de que, en caso contrario, inaplicarían una norma vigente y provocarían un vulnus a los principios de legalidad y sujeción a la ley*”⁵²².

Considerando superfluo - vista la conducta en estos casos de la Corte constitucional – elevar otra vez la cuestión de inconstitucionalidad, la Casación procedió a aplicar las disposiciones impugnadas según la interpretación que consideró más correcta y permitida por el sentido literal de las mismas.

No se detuvo en ello la cruzada. Antes bien, la Corte reaccionó entonces subrayando que su vocación fue la de salvar la disposición impugnada de una decisión

⁵¹⁹ “ [...] a questa Corte fosse consentito affermare i principi costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione”.

⁵²⁰ Sentencia de la Corte de Casación de 31 de marzo de 2004, PEZZELLA, en *Foro it.*, 2004, II, p. 337.

⁵²¹ “*Appaiono contrassegnate da assiomatica autoreferenzialità, distinguendosi per il rifiuto del confronto dialettico e per il diniego di valutare il merito degli argomenti sviluppati nelle ordinanze di rimessione*”.

⁵²² “*I giudici hanno il dovere di non attenersi a quella soluzione, per la decisiva ragione che, in caso contrario, disapplicherebbero una norma vigente e arrecherebbero un vulnus ai principi di legalità e di soggezione alla legge*”.

de inconstitucionalidad, buscando una interpretación “adecuada” de la misma, que consideraba posible, “*también con la finalidad de evitar la formación de lagunas normativas en el sistema, particularmente peligrosas cuando la disciplina censurada concierne a la libertad personal*”⁵²³. Mas, vista la decisión inaplicativa de sus criterios por parte de las secciones unidas, que a su juicio creaban una jurisprudencia contraria a los principios constitucionales, la Corte declaró la inconstitucionalidad del derecho viviente así definido.

Resumiendo, en suma, la Corte de Casación se opuso a una interpretación sugerida por la Corte constitucional en una sentencia interpretativa desestimatoria, sosteniendo que superaba los límites de los poderes interpretativos del juez y que el resultado propugnado era posible solo a través de una declaración de inconstitucionalidad, que eliminara la disposición en cuestión del ordenamiento jurídico.

En la “primera guerra” el contraste se dio principalmente en orden a la capacidad de la Corte constitucional para interpretar autónomamente la ley objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, sin considerarse vinculada a la interpretación que de la misma había proporcionado el juez *a quo*. En la “segunda guerra”, siendo diferente en ese momento la situación interna del poder judicial y también los términos del debate, la Casación no criticó como tal la fórmula de las sentencias interpretativas desestimatorias dictadas por la Corte constitucional, sino el hecho de que, cuando el Juez constitucional ofrezca una única lectura de la norma conforme a la Constitución y la Casación la entienda contraria al sentido literal de la misma, ésta tuviera que atender a la Corte, pues el juez ordinario no tiene el poder de desaplicar la ley y esa sería la resultante de acoger una lectura contraria a su tenor normativo. En razón de ello, planteando otra vez la misma cuestión, la Casación pidió a la Corte constitucional eliminar el obstáculo que se interponía a aquella lectura a través de una declaración de inconstitucionalidad de la ley.

De todo esto podemos deducir que, dando valor al rol del juez ordinario, la Corte constitucional parece encaminarse - como ha sostenido la doctrina⁵²⁴ - hacía una progresiva y cada vez mayor expansión del reconocimiento de la función de éste como “juez de los derechos”, más que o no solo “juez de la legalidad”. En efecto, con algunas

⁵²³ “*Anche al fine di evitare il formarsi di lacune nel sistema, particolarmente critiche quando la disciplina censurata riguarda la libertà personale*”.

⁵²⁴ ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 120 y ss.

sutiles semejanzas con la actividad propia del Tribunal de Luxemburgo⁵²⁵, sería la Corte constitucional quien proporcionaría la interpretación correcta de la Constitución y de la ley o quien fijase los principios para luego dejar al juez la posibilidad de resolver el caso específico según aquella interpretación, o en aplicación de aquellos principios, aunque esa operación a veces se acerque en su resultado a la inaplicación de la disposición impugnada.

La Corte de Casación no parece compartir que esta práctica esté permitida al juez en el ordenamiento italiano; tema de gran interés, pero sin duda distinto de aquel que fue objeto de la primera de las “guerras entre las dos Cortes”.

iii. La obligación para el juez ordinario de buscar la interpretación conforme a la Constitución y sus consecuencias en las “sentencias interpretativas desestimatorias”

La posibilidad que tome cuerpo la afirmación de la obligación del juez de encontrar y llevar a cabo una interpretación conforme y de elevar la cuestión de inconstitucionalidad solo si esa hipótesis regularizadora de la norma no puede prosperar⁵²⁶, ha llevado algunos autores a presumir como lógica consecuencia que se produciría una progresiva desaparición de las sentencias interpretativas desestimatorias⁵²⁷.

La secuencia es tan previsible como notoria: si cabe una interpretación conforme y el juez no la ha seguido, ni siquiera esbozado, la cuestión tendría que declararse inadmisibile. En efecto, carece de sentido, una vez admitida aquella premisa, que la Corte constitucional entre en el fondo de la cuestión para precisar la interpretación conforme cuando el juez que eleva la duda no ha procedido a cumplir con ese intento de definir, o explorar si se prefiere, la constitucionalidad potencial de la norma⁵²⁸.

⁵²⁵ A la prejudicial ante el Tribunal de Justicia, sus semejanzas y diferencias con la constitucional y con el nuevo instrumento prejudicial previsto en el Protocolo n. 16 al CEDH, está dedicado el Cap. Quinto.

⁵²⁶ V. Cap. Segundo, VI. 1.

⁵²⁷ ROMBOLI, R., *Verso un “nuovo” utilizzo delle decisioni interpretative*, en *Quaderni cost.*, 2007, pp. 591 y ss.

⁵²⁸ MARCENO', V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per “insufficiente sforzo interpretativo”*: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente, en *Giur. cost.*, 2005, pp. 804 y ss., que afirma que la Corte constitucional, en coherencia con la jurisprudencia a examen, no debería utilizar más el instrumento de las sentencias interpretativas desestimatorias, sino pronunciar exclusivamente la manifiesta inadmisibilidad en caso de falta de un intento de interpretación conforme, o sentencias interpretativas estimatorias en presencia de un derecho viviente.

Así las cosas, ciertamente, en los últimos años la doctrina ha constatado una reducción muy significativa del número de las decisiones interpretativas desestimatorias⁵²⁹. Sin embargo, la Corte no ha dejado de emitir sentencias de este tipo, fundamentalmente en dos escenarios: 1) cuando se trata de desplazar un “derecho viviente” o avanzar hipótesis interpretativas alternativas al mismo; 2) cuando la posición adoptada en la Consulta resulta “más creativa”, más emprendedora o audaz, incluso en ocasiones aparentemente contradictoria con el tenor literal del texto normativo, al no apreciarse abiertamente en éste el significado que del mismo quiere ofrecer la Corte⁵³⁰.

Las interpretaciones propuestas por la Corte y dirigidas a los jueces ordinarios tienen, entonces, que articularse en términos de persuasión para llegar a convencer los segundos, pues la Consulta no puede (ni es conveniente que lo haga) imponer su lectura.

Por estas razones, es aconsejable que la Corte constitucional, cuando proporciona y sugiere la interpretación, no ponga al juez en la necesidad de “forzar” el texto de la ley más allá de los límites dictados por las reglas comunes de la interpretación. Pues en caso de excederse la Corte en estos términos, el juez ordinario podrá oponerse a la lectura propuesta.

Sobre este tema, y en particular con respecto a la jurisprudencia constitucional de los últimos años, a una parte de la doctrina se le han suscitado dudas en cuanto a que la interpretación conforme llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria represente, verdaderamente, un instrumento más poderoso y tuitivo de los derechos fundamentales que el propio de las “antiguas” sentencias (más o menos manipulativas) de inconstitucionalidad— instrumento reservado al Juez constitucional⁵³¹. Parecidas consideraciones sirven en aquellas hipótesis en las que, aun existiendo ya un derecho viviente, la Corte pide al juez ordinario superarlo con una nueva y diferente interpretación conforme, sobre todo cuando el texto de la ley no permite llegar al resultado sugerido por los límites en las facultades de interpretación reconocidas a los jueces en la Constitución y la ley.

⁵²⁹ ROMBOLI, R., *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, en CARNEVALE, P., COLAPIETRO, C. (Coord.), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 119 y ss.

⁵³⁰ Para algunos ejemplos pueden verse las siguientes sentencias de la Corte constitucional: n. 83 del 2011; n. 308 del 2008; n. 140 del 2006; n. 394 del 2005; n. 198 de 2003.

⁵³¹ ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)* cit., p. 122.

En estos casos la resolución de la duda a través de la interpretación conforme no parece garantizar unos efectos positivos para la tutela de los derechos, ya que, si es cierto que algunos jueces decidirán seguir la nueva interpretación sugerida por la Corte, es cuando menos probable que otros no lo hagan, perjudicando así (además de los derechos del sujeto comprometido en la circunstancia concreta del singular proceso) el principio de seguridad jurídica. Hipótesis las descritas, entonces, en las que parecería preferible una intervención que elimine del ordenamiento la ley inconstitucional y que sienta, en su caso, los principios que tendrán que inspirar al juez (y también al legislador) después de la intervención revocatoria de la Corte.

b) La experiencia española

El Tribunal Constitucional español, probablemente gracias a la experiencia italiana ahora descrita (y con seguridad en atención a la alemana, entre otras)⁵³², utilizó el instrumento de las sentencias interpretativas desestimatorias desde sus primeras resoluciones. No titubeó al proporcionar una definición precisa de su alcance y significado, declarando implícitamente que estaba entre sus facultades la de desestimar una CI de acuerdo con una interpretación conforme de la regulación cuestionada, habilitando así la constitucionalidad de la norma que era objeto de enjuiciamiento. Aunque el TC operó, entonces, estimando apto ese cauce de “regularización o conformidad constitucional” de la norma dudosa, no tardó en puntualizar la necesidad de un empleo contenido, consciente y escrupuloso de esa fórmula resolutoria, al definir las sentencias interpretativas como “*un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso*”⁵³³.

⁵³² El mismo Tribunal Constitucional ha reconocido la influencia de las experiencias extranjeras en sus resoluciones, al afirmar por ejemplo en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6 que: “*Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas [...] son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento [...]*”.

⁵³³ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6: “*Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de*

Pudiera parecer que el Alto Tribunal solo contemplaba la utilización de este instrumento en casos de desestimación de un juicio de legitimidad constitucional⁵³⁴, mas, en el discurrir de su función jurisdiccional, ha quedado en evidencia su empleo también en sentencias interpretativas estimatorias, en las que el TC ha declarado la inconstitucionalidad del precepto impugnado “*en cuanto se interprete*” en un determinado sentido⁵³⁵.

En España encontramos dos diferentes modalidades de concreción de la interpretación conforme. De un lado, enunciados en el fallo como el que podemos leer, por ejemplo, en la STC 3/2015, de 19 de enero, que declara que “*el párrafo segundo del art. 623.1 del Código penal es constitucional en tanto se interprete que [...] las faltas de hurto han de haber sido objeto de condena firme en otro proceso, o ser enjuiciadas y objeto de condena en el proceso en el que se plantee la aplicación de aquel precepto*”. De otro, o en segundo lugar, simples remisiones a las consideraciones incluidas en un determinado fundamento jurídico, como ocurriera en la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 94/2014, de 12 de junio: “*No es inconstitucional el resto del art. 138.2 [de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco], siempre que se interprete conforme a lo establecido en el fundamento jurídico 6*”.

Huelga repetir la finalidad de la utilización de este instrumento, dirigido a tutelar la seguridad jurídica y el principio de conservación de la ley en un intento de evitar una decisión de inconstitucionalidad, con la consiguiente expulsión de la norma del ordenamiento jurídico que puede crear una laguna legislativa susceptible de provocar la lesión de derechos o intereses de los individuos. Sin embargo, este empeño de salvar la disposición enjuiciada de una declaración de inconstitucionalidad no puede llegar a desvirtuar abiertamente el sentido literal y fehaciente de una disposición, desfigurándolo hasta incluir, en la misma, lecturas o contenidos novedosos⁵³⁶.

los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución”.

⁵³⁴ El caso descrito en la nota anterior se refiere a un recurso de inconstitucionalidad, así como la STC 11/1981, de 8 de abril, constituye otra de las decisiones más conocidas en tema de sentencias interpretativas. Así que esta categoría de decisiones puede utilizarse en ambos procesos de control de constitucionalidad de las leyes.

⁵³⁵ El fallo de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta con la STC 105/1988, de 8 de junio, decidió “*Declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”.

⁵³⁶ La doctrina constitucional sobre este punto se ha reiterado desde las primeras sentencias, y se da hoy por absolutamente sentada. Véase por ejemplo el FJ 4 de la ya citada (y por lo demás tan destacable por su elaboración) STC 11/1981, de 8 de abril.

Para VILLAVERDE MENÉNDEZ, la frecuente utilización de la técnica de las sentencias interpretativas no es sino un nuevo testimonio de la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad. Y ello porque, analizándose una ley en su momento aplicativo y no en su sola dimensión abstracción, no es inusual que el Tribunal Constitucional proporcione la interpretación que mejor se adecua a las circunstancias de la resolución del caso concreto, convirtiendo las sentencias interpretativas en un instrumento de gran utilidad para los jueces ordinarios y para la protección de los derechos y los intereses de los individuos directamente afectados⁵³⁷.

2. Las sentencias manipulativas

Una tipología de decisiones de amplio recorrido tanto en el ordenamiento italiano como en el español, sobre la que ha habido en la doctrina constitucionalista⁵³⁸ un debate intenso, ha sido aquella de las denominadas sentencias “manipulativas” (o “manipuladoras”, según la preferencia de los autores). Una categoría que hoy se encuentra consolidada⁵³⁹ y resulta particularmente eficaz para la tutela de los derechos, al suponer, de manera directa, la modificación del texto normativo.

⁵³⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003, p. 251.

⁵³⁸ Entre los numerosos autores que se han ocupado del tema, podemos mencionar: COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Pisa, 1991; CARNEVALE, P., MODUGNO, F., *Sentenze additive, “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta di addizione*, en *Giur. cost.*, 1990, pp. 519 y ss.; D’ORAZIO, G., *Le asentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 61 y ss.; D’AMICO, M., *Sulla “costituzionalità” delle decisioni manipolative in materia penale*, en *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 254 y ss.; BIGNAMI, M., *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1996, pp. 1243 y ss.; MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002; PANZERA, C., *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, en RUGGERI, A. (Coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 497 y ss.; PISANA, S.M., *Le pronunce additive e sostitutive della Corte costituzionale*, en *Riv. cortei dei conti*, 2006, I, pp. 309 y ss.; PANZERA, C., *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2013.

⁵³⁹ En un primer periodo hubo reacciones negativas por parte de algunos jueces. En Italia, por ejemplo, el caso más notorio (analizado en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990, pp. 137 y ss.) es el de los jueces militares que se resistieron a acatar la parte de la sentencia 409/1989 que fijaba directamente una pena nueva después de declarar la inconstitucionalidad de la sanción prevista en la norma impugnada. Algunos tribunales estimaron que era inconveniente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la nueva normativa, surgida después de la sentencia de la Corte, dado que en esta última se habría sustituido al legislador eligiendo una de las soluciones posibles para modificar una norma penal. La Corte constitucional ha declarado manifiestamente inadmisibles estas

Con esta denominación se hace referencia a las decisiones con las que los Tribunales constitucionales efectúan una modificación del texto normativo de la disposición objeto de la cuestión, de modo tal que la redacción legal deviene diferente y valida *erga omnes* desde el día siguiente a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el Boletín Oficial del Estado.

Dependiendo del “nuevo” contenido, hablamos de decisiones “aditivas” (la Corte constitucional incorpora a la norma un contenido del que antes carecía) o de decisiones “sustitutivas” (se declara inconstitucional el contenido de la norma y se sustituye por otro redactado por la Corte)⁵⁴⁰.

La incontestable eficacia de estas decisiones respecto de la tutela (inmediata) de los derechos fundamentales pone en evidencia la intersección conflictiva entre el papel de las cortes constitucionales – su naturaleza de “juez” y su legitimación en el sistema constitucional – y el rol del legislador en el ordenamiento jurídico -su autonomía en las elecciones políticas y el respecto de estas últimas también por los Tribunales Constitucionales-.

En Italia, la Corte constitucional ha querido evidenciar y reiterar con mucha frecuencia que sus intervenciones “creativas” derivan directamente de una aplicación-interpretación obligada de la Carta constitucional, que no de una libre elección unilateral. La propia Corte rechaza, por ese motivo, que su función resida en proporcionar una solución precisa y selectiva cuando la cuestión planteada por el juez pueda ofrecer una pluralidad de eventuales interpretaciones pero ninguna constitucionalmente exigida u “obligada” (es decir, ninguna que sea, en la terminología de Crisafulli⁵⁴¹ que desde hace años forma parte del vocabulario de la Corte, “*a rime obbligate*”)⁵⁴².

cuestiones por estar dirigidas a una fiscalización del fondo de un pronunciamiento estimatorio y a eludir la fuerza obligatoria de la declaración de inconstitucionalidad (Corte const. nn. 27, 93, 203 de 1990).

⁵⁴⁰ Para proporcionar un ejemplo: con respecto al juramento del testigo en el proceso civil, la Corte ha sustituido la fórmula original “*consciente de la responsabilidad que con el juramento aceptáis ante Dios, si creyente y a los hombres, juráis de decir la verdad, nada más que la verdad*” con otra que afirma “*consciente de la responsabilidad moral y jurídica que acepto con mi declaración, me comprometo a decir toda la verdad y a no esconder nada de lo que está entre mis conocimientos*” (Corte const. n. 149 de 1995).

En la doctrina pueden verse: AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002; MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

⁵⁴¹ CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, p. 408.

⁵⁴² En opinión de ROMBOLI, R., *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, en *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno, n. 21, Torino, 2012, pp. 131 y ss., la

En algunos supuestos, en efecto, sobre todo en cuestiones de inconstitucionalidad relativas a materias abiertamente reservadas al legislador o referentes a opciones legislativas de carácter económico-político, de política criminal o que conlleven una revisión completa de una materia, la Corte ha reconocido no poder entrar en el fondo de la duda de constitucionalidad, al imponerle su deber de no invadir ámbitos pertenecientes a las elecciones de “política legislativa”. En otras ocasiones, ha llegado a conclusiones similares porque el juez planteaba una duda de carácter político al que la Corte, en razón de sus poderes, tampoco podía dar respuesta desde un prisma de constitucionalidad. El fundamento es notorio: la discrecionalidad del legislador no puede ser objeto de fiscalización por parte de la Corte constitucional (a menos que se trate de supuestos de utilización arbitraria y abusiva del poder legislativo). A salvo de las excepciones recién enunciadas, por tanto, la Corte ha contenido su intervención en cuestiones de inconstitucionalidad que le solicitaban intervenir, de forma intrusiva, en aquellos terrenos reservados al poder legislativo.

No muy lejanas a las anteriores son aquellas circunstancias en las que la Corte se enfrentaba a supuestos que ponían en divergencia, y ante una necesaria ponderación, dos o más valores reconocidos a nivel constitucional, pero que, en el caso específico, no podían hacerse efectivos de forma pacífica y armoniosa, considerando en esos casos que la mencionada actividad de coordinación o ponderación de los valores en concurrencia debía desplegarse por el Parlamento, por ser el órgano representativo y políticamente responsable y al que corresponde tomar decisiones complejas que actualicen una combinación de diversos elementos y valores de una sociedad en continua evolución⁵⁴³.

En realidad, es muy sutil la línea divisoria que provoca que la Corte constitucional decida intervenir con una sentencia manipulativa o, por el contrario, opte por frenar su intervención en razón de función legislativa preponderante. En esos terrenos de frontera puede hablarse de un margen muy amplio de discrecionalidad de la Corte.

Ejemplifica e ilustra lo que se dice un caso muy relevante en Italia sobre el que se ha debatido mucho, relativo a la imposibilidad de asignar el apellido materno a los

justificación de las “rimas tasadas” por la que la Consulta se limitaría a exteriorizar un significado ya presente en el ordenamiento, y que deriva totalmente y directamente del texto constitucional, es en realidad muy ingeniosa pero poco realista, toda vez que muchos son los casos en los que las intervenciones creativas de la Corte no siguen el dictado de la Constitución.

⁵⁴³ Algunos ejemplos de cuestiones declaradas inadmisibles por la Consulta, por concernir, en opinión de la misma, a elecciones reservadas al legislador, son las sentencias de la Corte constitucional nn. 117 y 274 de 2011; 138, 220 y 285 de 2012; 136, 279 y 281 de 2013.

hijos. La Corte ha afirmado que la intervención que se le solicitaba, a pesar de la gran atención puesta por el juez *a quo* en la delimitación del *petitum*⁵⁴⁴, requería una operación manipulativa que superaba los límites y márgenes de su capacidad jurisdiccional. Así, se afirma, sería prueba de lo dicho la heterogeneidad de alternativas ofrecidas en los diferentes proyectos de ley presentados sobre el particular en la XIV legislatura. La Corte, en suma, ni siquiera optó por emitir una Sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad que dejara pendiente, pero condujera al tiempo, a una intervención reguladora del legislador que colmara la laguna legislativa evidenciada por una decisión de inconstitucionalidad⁵⁴⁵.

La decisión ha sido criticada por los que han sostenido que la Corte habría tenido que actuar “*con más coherencia y más valor*”⁵⁴⁶, subrayando además que, después de que la Corte constitucional detectara la inconstitucionalidad de la disciplina impugnada (circunstancia que se presenta en este caso concreto), “*la decisión de inadmisibilidad motivada por la imposibilidad de realizar elecciones discrecionales entre varias soluciones distintas, se traduce en un clarísimo caso de denegación de justicia o en una inapropiada declaración de impotencia de la Corte*”⁵⁴⁷.

En la experiencia española también se registran casos en los que decisiones del Tribunal Constitucional ha comportado una evidente transformación del contenido de una ley. Puede citarse como ejemplo de sentencia manipulativa, que fue al mismo tiempo aditiva y ablativa, la sentencia que se pronunció (con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad) sobre determinados artículos de la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República. En efecto, el fallo de la STC 116/1987, de 7 de julio, que

⁵⁴⁴ El juez había limitado la demanda de exclusión del mecanismo automático de la atribución del apellido paterno al hijo solo en los casos en que los dos cónyuges hubiesen expresado una voluntad concordante opuesta. La Corte evidencia que, de esta forma, se deja igualmente abierta la posibilidad de incluir otras hipótesis no bien definidas, como por ejemplo el caso en que la elección de los cónyuges tenga que tomarse solo una vez para todos los hijos, o tenga que expresarse en el acto de nacimiento de cada uno de ellos, etc.

⁵⁴⁵ Corte const. n. 61 de 2006 y n. 145 de 2007.

⁵⁴⁶ “[...] *con più coerenza e più coraggio*”, PALICI DI SUNI, E., *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, en *Giur. cost.*, 2006, pp. 552 y ss., espec. pp. 556 y ss.

⁵⁴⁷ “*La pronuncia di inammissibilità motivata dall'impossibilità di effettuare scelte discrezionali fra più soluzioni possibili si traduce in un vero diniego di giustizia o in una indebita dichiarazione di impotenza della Corte*”, *Presentazione*, ONIDA, V., RANDAZZO, B. (Coords.), en *Viva vox constitutionis 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. XIII-XIV.

es la de referencia, declararía, de un lado, que el art. 1 de la ley “*es parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto excluye del ámbito de aplicación del Título I de la misma a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936*” (manipulación aditiva); y de otro que el art. 4 de la misma ley “*es parcialmente inconstitucional y, por tanto, nulo en cuanto incluye en el ámbito de aplicación del Título II de la misma a los militares profesionales mencionados en el número anterior*” (manipulación ablativa)⁵⁴⁸.

Estimamos que pueden incluirse entre las sentencias manipulativas, asimismo, aquellas que declaren la inconstitucionalidad parcial de una norma. En efecto, si no en todos los casos cuando menos en no pocas situaciones, anular de modo fragmentario una redacción legal, incluso solo una palabra, puede modificar radicalmente el sentido de la disposición, creando nuevo Derecho que no siempre responderá a la voluntad auténtica del legislador⁵⁴⁹.

Sigue: los límites a la intervención “manipulativa” en algunas materias concretas:

a) la materia penal incriminatoria y los límites que derivan del principio de equilibrio presupuestario

⁵⁴⁸ MEDINA GUERRERO (MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A. J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS J. L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pp. 73-75) cita también aquellos casos en los que el TC declara la inconstitucionalidad solo de una parte de la norma enjuiciada, sin provocar la anulación entera de esta (las denominadas “sentencias de inconstitucionalidad parcial”). El mismo Autor menciona un supuesto peculiar y muy conocido, que en nuestra opinión no puede considerarse expresión de sentencia manipulativa (y que efectivamente el Autor define como “Sentencia constructiva”, aunque pertenezca al epígrafe “Sentencias manipuladoras”), dado que la resolución recae en un recurso previo de inconstitucionalidad sobre un proyecto de ley orgánica, circunstancia que permite al TC recoger en los fundamentos jurídicos previos a la declaración de inconstitucionalidad las consideraciones oportunas sobre los déficits de contenidos y garantías determinantes de ilegitimidad constitucional de la ley. Se trata de la STC 53/1985, de 11 de abril, que resolvía el recurso previo de inconstitucionalidad promovido con respecto al texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal (Despenalización del aborto), en el que el TC declaró en el fallo que “*el proyecto de Ley Orgánica por el que se introduce el art. 417 bis del Código Penal es disconforme con la Constitución, no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia*”.

⁵⁴⁹ AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002; MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Una limitación que la Corte constitucional italiana ha reconocido sin matices en su actividad “manipuladora” ha sido la imposibilidad de utilizar su instrumento en la materia penal incriminatoria, por la vigencia del principio de legalidad de las penas *ex art. 25.2 de la Constitución italiana*⁵⁵⁰. Esta ha sido una elección fundada esencialmente en la extrema vulnerabilidad de los bienes involucrados (la libertad personal, *in primis*), y no simplemente en consideración de la previsión de una reserva de ley explícita.

Un aspecto de esta problemática se presentó en Italia a finales de los años '80 y ha vuelto a tener relieve con la crisis económica. Nos referimos a la posible limitación de la tutela de los derechos fundamentales (como por ejemplo de los derechos sociales) en razón del principio de equilibrio presupuestario y del principio constitucional del que dimana que cada intervención normativa que produzca gastos nuevos tiene que indicar también los medios para cubrirlos⁵⁵¹.

En relación con esa cuestión, referente por tanto a las restricciones que puede encontrar la Corte para, por razones presupuestarias, declarar una ley inconstitucional, la jurisprudencia constitucional ha encontrado una vía para declarar la inaplicabilidad del art. 81.4 de la Constitución italiana (“*cualquier ley que imponga gastos nuevos tiene que indicar también los medios para cubrirlos*”) en las sentencias estimatorias, específicamente en las aditivas. Las razones residen, de un lado, en que la Constitución predica esa prescripción, únicamente, de la actividad del legislador y, de otro, en que el Juez de las leyes, a diferencia del Parlamento, no está capacitado para especificar los medios necesarios para cubrir los gastos adicionales que pudieran generarse como consecuencia de su intervención jurisprudencial.

⁵⁵⁰ Art. 25.2 de la Constitución italiana: “*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”.

⁵⁵¹ Art. 81.4 de la Constitución italiana: “*Ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte*”.

Aunque no tanto por el perfil presupuestario, se ha defendido algo similar en España, con fuertes críticas a la invocación de la crisis económica como parámetro de constitucionalidad en las Sentencias sobre la reforma laboral, señaladamente, STC 8/2015, de 22 de enero. Véase el voto particular del Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que otros se adhieren, en el que afirma: “*La STC 119/2014 inauguró en los razonamientos de la doctrina de este Tribunal un novedoso canon de constitucionalidad, que la sentencia de la mayoría hace ahora suyo e integra con normalidad. Por enunciar la idea en términos esquemáticos, aunque no simplificados, estas resoluciones —y, entre ambas, algunas otras— han decidido elevar a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años. En otras palabras, estas sentencias utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE —por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III— acordadas por el legislador*”.

Sin embargo, en su labor de ponderación entre diferentes valores constitucionales (ninguno de los cuales puede considerarse absoluto, teniendo que coordinarse con los demás), la Corte ha llegado a la conclusión que ella misma tendrá que tener en cuenta, *ad casum*, el principio general de equilibrio presupuestario *ex art.* 81.4 de la Constitución italiana⁵⁵².

Por lo tanto, con esas bases, la Corte constitucional tanto podrá llegar a declarar que el valor expresado por el principio de equilibrio presupuestario tiene que considerarse “decaído”, sacrificándose por mor de otros valores constitucionales en presencia y emitiendo en ese caso una decisión de inconstitucionalidad, como, del mismo modo, podrá considerar prevaleciente aquel valor y declarar la cuestión infundada.

La doctrina ha puesto de manifiesto como los elementos que fundamenten la prevalencia (o no) del valor del equilibrio presupuestario con respecto a otros principios constitucionales podrán ser bien variados⁵⁵³; por ejemplo la situación económica peculiar en la que se encuentre el País en un determinado momento la implicación del principio de igualdad u otros principios y valores que comprometerían el art. 3 de la Constitución italiana; el importe de la carga económica que recaería sobre el Estado como consecuencia de la decisión aditiva de la Corte constitucional, etc.⁵⁵⁴

⁵⁵² Sobre este tema, entre otros, véanse: AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993; FANTARONI, M., *Criteri di valutazione delle sentenze della Corte che alterano l'equilibrio di bilancio*, en *Parlamento*, 1992, n. 7, pp. 26 y ss.; PIZZORUSSO, A., *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, en *Riv. dir. proc.*, 1990, pp. 262 y ss.; GROSSO, E., *Sentenze di spesa “che non costino”*, Giappichelli, Torino, 1992; FERRARI, G. F., *Le sentenze di “spesa” della Corte costituzionale*, en *Corr. giur.*, 1994, pp. 929 y ss.; LOTITO, P. F., *L'obbligo di copertura della legge finanziaria in Parlamento ed il ruolo della Corte costituzionale*, en *Quaderni cost.*, 1993, pp. 537 y ss.; COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996; VARANI, E., *Spesa pubblica e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, en *Rass. parlamentare*, 1996, pp. 307 y ss.

⁵⁵³ ROMBOLI, R., *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, en *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del III° Seminario di studi della Corte costituzionale, Milano, 1993, pp. 185 y ss.

⁵⁵⁴ Como ya en su tiempo observaba MORTATI en un trabajo de 1970 (MORTATI, C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en *Foro it.*, 1970, V, pp. 175-176), “la preocupación del peso económico [...] ha influenciado algunas decisiones de la Corte, quedándose sin embargo en el substrato de las mismas” y ha servido “de motivación oculta de la declaración de falta de fundamento de la cuestión” (“la preoccupazione dell'onere finanziario (...) ha influenzato alcune decisioni della Corte, rimanendo però nel sottofondo delle medesime” ed ha operato “come recondito motivo della pronuncia di infondatezza della questione”).

En las decisiones más recientes y en consideración también de la crisis económica, la mención a las consecuencias financieras de la eventual declaración de inconstitucionalidad aparecen de forma expresa, aunque no siempre se han razonado de manera coherente.

Con la finalidad de conocer y estimar en la ponderación el “coste” de sus sentencias, la Corte constitucional ha utilizado en ocasiones sus poderes de instrucción, instituyendo incluso un “Órgano para la documentación y cuantificación financiera” (*“Ufficio per la documentazione e quantificazione finanziaria”*) con el objetivo de conocer con antelación las consecuencias económicas de una eventual decisión de inconstitucionalidad. Para cumplir con su tarea, esa Agencia (que ha desarrollado sus actividades en un breve lapso temporal, antes de ser posteriormente eliminada) podía utilizar unas cincuenta fuentes informativas para encontrar y reunir los datos que necesitaba, de suerte que, desde el momento de la recepción y registro del auto de planteamiento, emprendía en cada cuestión que tuviera potenciales efectos presupuestarios una investigación, obteniendo toda la documentación y le cuantificaciones económicas correspondientes, en particular sobre el coste de la eventual decisión estimatoria. Los resultados se canalizaban y se hacían conocer a los jueces constitucionales⁵⁵⁵.

b) las leyes constitucionalmente necesarias

Todavía dentro del objeto de las sentencias manipulativas y los límites que la Corte constitucional puede encontrar en la tutela de los derechos, refiriéndonos aún a los elementos que pueden objetar una declaración de inconstitucionalidad de la ley que la Corte considere disconforme con la Norma Fundamental, mencionaremos ahora otra salvedad “creada” recientemente por la jurisprudencia constitucional.

La Consulta, en efecto, ha afirmado que, cuando el objeto de una cuestión de inconstitucionalidad sea una “ley constitucionalmente necesaria”⁵⁵⁶, no podrá declararse la inconstitucionalidad de la normativa a menos que sea a través de una sentencia de

⁵⁵⁵ GROPPI, T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, en COSTANZO, P. (Coord.), *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 269 y ss.

⁵⁵⁶ Esta categoría de leyes ha sido elaborada por la Corte constitucional como límite al referéndum abrogativo, e incluye aquellas leyes fundamentales para el correcto funcionamiento del Estado y que por lo tanto no pueden faltar en el ordenamiento. El ejemplo más ilustrativo es el caso de las leyes electorales de la Cámara y del Senado, cuya eliminación podría llevar, si el legislador no interviene prontamente, a la imposibilidad de elegir un nuevo Parlamento. Este límite ha sido recientemente extendido a la actividad de control de las leyes por la Corte constitucional, como acreditan las dos famosas decisiones ya analizadas anteriormente sobre la constitucionalidad de las leyes electorales de la Cámara y del Senado: sentencias de la Corte constitucional n. 1 de 2014 y n. 35 de 2017.

tipo manipulativo que proporcione un régimen jurídico paralelo que no necesite de la intervención del legislador para ser inmediatamente aplicable.

Como es de ver, o hay texto legal alternativo tras una intervención manipulativa (“quirúrgica”) que ofrezca un texto normativo autoaplicativo, o pervivirá la ley constitucionalmente necesaria y palmariamente inconstitucional, renunciando la Corte en esta última hipótesis a su función de garante de los principios constitucionales y de la constitucionalidad de las ley.

VI. Consideraciones conclusivas en mérito al cometido de los Tribunales constitucionales (y a su forma de desarrollarlo) en la tutela de los derechos:

1. Las influencias de la actividad de los Tribunales constitucionales en las relaciones con los demás poderes del Estado

La mayoría de los supuestos analizados (ya la creación de nuevas tipologías de decisiones por parte de las Cortes constitucionales, ya de modulación de los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas), han llevado la doctrina a señalar las peculiaridades y a resaltar los problemas de compatibilidad entre los principios que fundamentan la cuestión de inconstitucionalidad, de una parte, y, de otra, los nuevos instrumentos resolutorios empujados y los expedientes técnicos seguidos en la atribución de efectos a los pronunciamientos de constitucionalidad.

Se ha subrayado, por ejemplo, que a través de aquellos los Tribunales constitucionales desatienden en no pocas ocasiones los intereses subjetivos sustanciales presentes en el juicio *a quo* y, por consiguiente, a los sujetos titulares de éstos (por lo demás, legitimados para comparecer en el juicio *ad quem*).

En efecto, incluso cuando la Corte o Tribunal constitucionales reconocen la contradicción entre la norma impugnada y la Constitución, no siempre declaran la inconstitucionalidad de la primera, con un criterio que conduce al juez (obliga, diríamos) a aplicar aquella disposición viciada de inconstitucionalidad en el juicio *a quo*, con el consiguiente efecto de desprotección de los derechos de los sujetos que protagonizan el litigio en vía judicial.

No se detiene en lo dicho la preocupación. Antes al contrario, puede añadirse que el recorrido atribuido a esas fórmulas resolutorias o pronunciamientos con efectos peculiares también suscita vacilaciones e incertidumbre doctrinal en cuanto a la posición de los Tribunales constitucionales en la forma de Gobierno, señaladamente en lo que atañe a sus interrelaciones con los demás poderes del Estado⁵⁵⁷.

Por ejemplo, en lo que atañe a la confluencia con la autoridad judicial, bastará evocar la ya analizada decisión de “aún constitucionalidad”; una solución que, de manera indefectible, obliga a cualquier juez que tenga que aplicar la disposición controvertida a reenviarla de oficio al examen de la Corte, dado que no podrá considerar la cuestión como “notoriamente infundada” tras las afirmaciones contenidas en el pronunciamiento constitucional sobre su incompatibilidad con la Norma Fundamental y el apercibimiento (o riesgo cierto) de una futura (o muy probable) declaración de inconstitucionalidad.

Por lo que concierne a las relaciones con el poder judicial, efectivamente, venimos defendiendo desde el inicio de la investigación la importancia de una sana colaboración entre las dos jurisdicciones, sobre todo en los procesos de control de la legitimidad de las leyes en vía incidental. De forma destacada, las sentencias interpretativas (examinadas en páginas anteriores) pueden impulsar ese vínculo de armonización, gestando una mayor comunicación e intercambio constructivo, o por el contrario, si falta ánimo y vocación de cooperación, desembocar en una invasión del ámbito del juicio de legalidad que corresponde a los jueces ordinarios, comprometiendo incluso el espacio de maniobra del Poder Judicial en la interpretación de las leyes.

Por su parte, las sentencias aditivas de principio (igualmente abordadas más atrás⁵⁵⁸) pueden dar lugar a escenarios de incertidumbre jurídica si la Corte o Tribunal constitucional emite una decisión del estilo sin fijar con claridad los principios que tienen que guiar al juez ordinario en la resolución del caso, o al legislador en su sucesiva producción normativa. Circunstancia que, como es obvio, podría tener efectos en la tutela de los derechos de las partes protagonistas del litigio y, por extensión, en cuanto a la intervención legislativa señalada, en la globalidad de potenciales destinatarios de la norma.

⁵⁵⁷ PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988; BARILE, P., CHELLI, E., GRASSI, S. (Coords.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1988.

⁵⁵⁸ V. Cap. Segundo, VI.2.

En los casos de las sentencias de mera inconstitucionalidad, finalmente, el juez ordinario se encuentra en la tesitura de aplicar una ley declarada inconstitucional que sin embargo pervive en el ordenamiento jurídico con plenitud de efectos. Las consecuencias negativas se acrecientan si cabe en aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad y nulidad de la norma enjuiciada, pero sin extender sus efectos a la resolución del juicio *a quo*. Casos todos ellos, en definitiva, en los que las partes del pleito de origen y pendiente se verán y sentirán regidas por una ley declarada inconstitucional, con indiscutible menoscabo en la protección de sus derechos e intereses bajo el pretendido amparo de la preponderancia o preeminencia de intereses generales⁵⁵⁹.

Por su parte, en los terrenos de intersección con el Poder Legislativo⁵⁶⁰, de su lado, el ejemplo de las decisiones de inconstitucionalidad “averiguada pero no declarada” promueve un diálogo con el Poder legitimado para normar, de manera que la eficacia concreta de dicha tipología de resoluciones dependerá, claramente, del entendimiento y de la “armonía” que sean capaces de articular el Juez de las leyes y el Parlamento.

Todavía en ese campo de concurrencia con el legislativo, parece evidente que se verifica una suerte de invasión del ámbito de intervención del legislador (único representante directo de los ciudadanos y, por esta razón, sujeto institucional legitimado para definir el contenido de las leyes) con la utilización de las sentencias manipulativas (aditivas especialmente, pero también ablativas, como hemos apuntado) o con el empleo de las interpretativas (a través de las cuales el Juez constitucional propone una lectura de la disposición enjuiciada que –no se olvide- puede no ajustarse a las intenciones del Parlamento o, en su caso, del Gobierno).

Se manifiesta con ello una intervención de las Cortes constitucionales en la producción del Derecho que iría claramente en contra de la concepción clásica kelseniana, que inspiró el desarrollo del modelo europeo de jurisdicción constitucional bajo una concepción de los Tribunales constitucionales “limitada” al papel de

⁵⁵⁹ V. Cap. Cuarto, I.sigue.2.

⁵⁶⁰ Sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador (o “los legisladores”) español, véase MORALES ARROYO, J.M., *El Parlamento y el Tribunal Constitucional*, en *Jurisprudencia parlamentaria: seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 29 y 30 de enero de 2009*, Vitoria-Gasteiz, Parlamento Vasco - Eusko Legebiltzarra, 2009, pp. 15-43. El autor habla de “conflicto latente” entre los dos poderes del Estado, “*que se manifiesta cómo un iceberg, demostrando normalidad en la superficie y escondiendo los problemas bajo la línea de flotación*” (p. 29).

legisladores negativos⁵⁶¹. El rol primordial o finalidad institucional (constitucional) de estos con respecto al resto de las poderes del Estado es, por tanto, el bien conocido de garantizar que las leyes, legítimamente aprobadas por los órganos representativos del cuerpo electoral, respeten el contenido de la Constitución, con sanción de expulsión del ordenamiento jurídico en caso contrario. Vocación jurisdiccional de difícil encaje en fórmulas como las mencionadas sentencias manipulativas, que conllevan una intervención creadora, como legisladores positivos, de los Tribunales constitucionales.

A nuestro juicio, sin embargo, estas praxis y dinámicas resolutorias en los pronunciamientos constitucionales, como hemos intentado explicar a través de los ejemplos propuestos en páginas anteriores, quedan lejos del exceso o perversión jurisdiccional de la justicia constitucional, pues responden por lo común a situaciones de alta necesidad y dificultad para la armonía constitucional del ordenamiento jurídico, que obligan a los Jueces constitucionales a paliar la ineficiencia de los órganos legislativos evitando la vulneración de los derechos e intereses de los individuos.

Prueba de lo anterior es que los órganos de la jurisdicción constitucional se hayan preocupado de promover la colaboración entre justicia constitucional y Poder Legislativo. Así se advierte de manera muy característica en aquellas sentencias en las que el Constitucional incluye mandatos o exhortaciones al legislador (solo a veces aceptados o incorporados por este último) o cuando la declaración de nulidad de una norma se declara con efectos solo una vez que se produzca, y únicamente entonces, la intervención del legislador para modificar lo declarado inconstitucional.

En Italia, la Corte constitucional suele utilizar esa fórmula o técnica de cooperación, dirigiendo al legislador “avisos” y “advertencias” (“*monito*” en la doctrina italiana), es decir, exhortaciones para que se active y modifique la normativa objeto de la cuestión de inconstitucionalidad⁵⁶². El Tribunal cierra el juicio, en esos casos, con una declaración de falta de fundamento o de inadmisibilidad, pero dirige al legislador, en las motivaciones, una indicación de acción para la regulación de la materia a fin de eliminar o paliar determinados vicios o incongruencias presentes en la normativa.

Los avisos pueden ser, según los casos, específicos o muy generales. Sea como fuere, la “amenaza” más o menos explícita que la Corte suele tener una finalidad precisa: solicitar del legislador una actuación que remedie a la situación normativa

⁵⁶¹ KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.

⁵⁶² Sobre el significado y el valor de los “*moniti*” puede verse ZAGREBELKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, en BARILE, P., CHELI, E., GRASSI, S. (Coords.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 136 y ss.

señalada en la sentencia, y avisarle que, en caso de su inactividad u omisión reguladora, volverá a pronunciarse sobre la misma normativa, esta vez declarándola inconstitucional⁵⁶³.

En España ésta técnica ha sido también adoptada por el Tribunal Constitucional, particularmente desde finales de los años ochenta⁵⁶⁴.

2. Un balance sobre los resultados de la actividad de los Tribunales constitucionales en la tutela de los derechos

No es elemental ni sencillo ofrecer una valoración conclusiva sobre el rol de los Tribunales constitucionales en la tutela de los derechos a través del instrumento del juicio en vía incidental, menos aún en un trabajo de contraste entre dos ordenamientos (el italiano y el español) en los que, como hemos puesto de manifiesto, la regulación sobre el procedimiento incidental es formalmente parecida pero queda configurada por la Constitución y las leyes a través de diferentes vías de acceso a la justicia constitucional.

Un elemento muy relevante y fuertemente caracterizador del diseño jurídico-constitucional de la tutela de los derechos fundamentales, que provoca una significativa distancia entre el régimen italiano y el español, es el procedimiento de amparo del modelo español, que permite el acceso directo de los justiciables al Tribunal Constitucional (una vez agotada la vía judicial previa). Se trata, como es sobradamente conocido, de un remedio paliativo de vocación claramente subjetiva frente a vulneraciones de derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución (atravesado desde la reforma de 2007, eso sí, por el requisito objetivo de la especial trascendencia constitucional). Es tan relevante dicho procedimiento a esos fines de tutela subjetiva que ha llevado de la mano una elaboración en la doctrina del Tribunal, como hemos tenido ocasión de ver más atrás, sobre los efectos en los amparos en curso de las sentencias de declaración de

⁵⁶³ Algunos ejemplos de avisos “fuertes” o contundentes de la Corte constitucional pueden verse (entre otras) en las siguientes sentencias de la Corte constitucional: n. 279 del 2013; n. 23 del 2013; n. 301 del 2012; n. 129 del 2008; n. 155 del 2004; n. 291 del 2001; n. 188 de 1996.

⁵⁶⁴ En España los mandatos al legislador empezaron con la citada STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; otro caso muy significativo de exhortaciones al poder legislativo se produjo en STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la legitimidad constitucional de algunos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. V. también las consideraciones expresadas en ocasión del análisis de las omisiones del legislador como objeto del control incidental, Cap. Segundo, III.2.ii.

inconstitucionalidad sobrevenida que afecten a la norma aplicada en el asunto en el que el recurso tiene su fuente⁵⁶⁵.

Junto a ello, el efectivo desarrollo del procedimiento de la cuestión de constitucionalidad en el sistema de justicia constitucional español ha sido asimismo influenciado por otra especialidad ausente en el ordenamiento italiano: la posibilidad de que el Tribunal Constitucional se plantee de oficio la denominada autocuestión (o cuestión interna) de inconstitucionalidad, con ocasión de un amparo en el que haya dudas de que la lesión del derecho fundamental derive de la inconstitucionalidad de la norma y no de una aplicación errónea por parte de la autoridad judicial⁵⁶⁶.

Si en España el papel desplegado por el Tribunal Constitucional en relación con el tema central de esta tesis no puede prescindir de esos factores que provienen de mecanismos distintos de la cuestión de inconstitucionalidad, en Italia, por el contrario, el balance de la actividad de la Corte en la tutela de los derechos a través de la vía incidental comprende la mayor parte de su actividad y atraviesa en toda su extensión y penetración el papel desarrollado por el Juez constitucional, visto el sistema creado por el Constituyente y el legislador del que hemos dejado constancia.

No obstante, aunque el control incidental haya podido tener un papel distinto en los dos ordenamientos, un análisis no formalista o teórico y más centrado en la práctica acredita líneas comunes, revelando la utilidad y trascendencia de la actividad desarrollada por los Tribunales constitucionales a través del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes y sus importantes efectos en la protección de derechos e intereses individuales.

Los notables resultados alcanzados en Italia y en España a este respecto tienen buena parte de su explicación en la conexión “virtuosa” o de muy razonable cooperación entre los jueces ordinarios y las Altas Cortes (que progresivamente se ha intensificado). Gracias a esta colaboración se ha podido lograr un profundo nivel de reconocimiento y de tutela de los derechos fundamentales.

Quisiéramos mostrarlo con un sintético balance de estos años de jurisprudencia constitucional, para luego intentar reflexionar sobre la naturaleza “creativa” de Derecho y de derechos de la actividad de los Tribunales constitucionales, sin eludir el examen de

⁵⁶⁵ V. Cap. Cuarto, II.

⁵⁶⁶ Como hemos tenido ocasión de apuntar, este instrumento supliría en cierta medida la falta de un mecanismo de amparo contra leyes. También avisamos de las razones por las cuales este proceso, aunque tenga evidentes conexiones con la temática desarrollada en este trabajo de investigación, no será objeto de análisis. V. Cap. Segundo, I.2 a).

los límites que la misma encuentra en los sistemas constitucionales comparados en este trabajo.

En Italia, ciertamente, la experiencia de estos largos años de control de las leyes a través del juicio incidental ha sido objeto de un balance muy positivo por parte de la doctrina y de los distintos operadores jurídicos. En efecto, la utilización del instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad ha permitido a la Corte constitucional italiana desempeñar con resultados admirables la función de verificación de la constitucionalidad de las leyes y, asimismo, como se dirá, también la labor de tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución. Por su parte, aunque la doctrina española haya sido desde siempre más crítica que la italiana respecto del papel del control incidental en la protección de los derechos, no puede negarse hoy en día, después de más de 30 años de jurisprudencia constitucional, que este instrumento, junto a una eficaz labor de garantía de la Norma Fundamental, también ha favorecido la realización de los derechos fundamentales, sin que esa tarea y resultado sean entonces únicamente mérito y fruto del proceso de amparo constitucional.

En verdad, un análisis del procedimiento incidental que se fundara exclusivamente en el dato normativo constitucional evidenciaría la vinculación principal del mismo con el propósito de eliminación de leyes inconstitucionales (el carácter concentrado de la competencia al controlar las leyes, la eficacia *erga omnes* de las decisiones estimatorias, la falta de relevancia de las modificaciones de las circunstancias subjetivas del proceso *a quo* para el desarrollo del *ad quem*, etc.). La tutela de los derechos fundamentales a su través, por consiguiente, se revelaría solo como indirecta o mediata, como un resultado derivado, accesorio o subordinado a la realización de aquella finalidad principal.

En ese sentido, por lo que concierne a Italia, algunos autores⁵⁶⁷ han sostenido que el hecho de limitar el acceso a la Corte a la vía incidental la habría convertido en juez de la razonabilidad de las elecciones del Legislador, más que en garante de derechos fundamentales, confirmándose con ello, en suma, siquiera a su juicio y vista la jurisprudencia constitucional en su conjunto, que los logros referidos a la garantía de los derechos y de las libertades han resultado marginales. Para tales posiciones, solo la introducción de un recurso directo del individuo, según el modelo del amparo

⁵⁶⁷ PALADIN, L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, en CARLASSARE, L. (Coord.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pp. 11 y ss.

constitucional español, permitiría reconocer en la Corte una “jurisdicción de los derechos”, colocándola en una posición de supra-ordenación con respecto a las demás autoridades públicas nacionales.

Sin embargo, una valoración del concreto control incidental de las leyes en Italia (las mismas consideraciones pueden aplicarse al caso español), a nuestro criterio y de la mayoría de la doctrina, apunta a que la Corte ha adquirido, siempre en estrecha colaboración con el juez ordinario, un rol creciente y progresivo de juez de los derechos, acrecentándose esa función y decreciendo en alguna medida la tarea de juez de las normas⁵⁶⁸. Además, no puede olvidarse que la efectiva “fisionomía” de cada uno de los derechos y, en particular, la individualización de los límites a los que los mismos están sujetos, ha sido esencial en la jurisprudencia constitucional⁵⁶⁹, señaladamente porque el terreno principal en el que se ha desarrollado la labor de concreción de los valores constitucionales es el referido ámbito de los derechos⁵⁷⁰.

Así, se ha señalado correctamente que el instrumento incidental se ha demostrado perfectamente adecuado para la realización concreta de la tutela de los derechos fundamentales, ya que “*si para cada derecho (sustancial) existe – y tiene que existir según la Constitución [...] – un juez y un juicio en el que el mismo pueda protegerse; si por cualquier juez y en cualquier juicio puede accionarse el control de la Corte sobre la eventual e indebida comprensión o limitación de los derechos que pueda derivar de normas de ley, de derecho sustancial o procesal, se deduce que, desde el punto de vista lógico, el sistema de las garantías de dichos derechos no admite y no deja lagunas*”⁵⁷¹.

Por si fuera poco lo anterior, es patente que en la actividad de control de las leyes en vía incidental, y a través de las intervenciones que hemos intentado analizar en las páginas anteriores, se evidencia que las Cortes constitucionales, en su labor de individualización y tutela de los derechos, llegan también a “crear derecho”. Y no solo

⁵⁶⁸ Así afirma CHELI, E., *Intervento conclusivo*, en CARLASSARE, L. (Coord.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998, p. 211.

⁵⁶⁹ En este sentido ONIDA, V., *Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, en CARLASSARE, L. (Coord.), *Il diritto costituzionale a duecento anni cit.*, p. 179.

⁵⁷⁰ MEZZANOTTE, C., *Il problema della fungibilità tra eccezione di incostituzionalità e ricorso diretto alla Corte costituzionale*, en *Giustizia e costituzione*, 1991, p. 78.

⁵⁷¹ “*Se per ogni diritto (sostanziale) c'è – e ci deve essere per Costituzione [...] – un giudice ed un giudizio nel quale esso può essere azionato e fatto valere; se da qualunque giudice e in qualunque giudizio può essere provocato il controllo della Corte sulla eventuale indebita compressione o limitazione che ai diritti fondamentali possa derivare da norme di legge, di diritto sostanziale o processuale, ne deriva che, dal punto di vista logico, il sistema delle garanzie di tali diritti non ammette e non lascia lacune*”, ONIDA, *Tutela dei diritti fondamentali cit.*, p. 182.

cuando utilizan las sentencias manipulativas (en ese caso es incuestionable), sino también a través de instrumentos y formas diferentes y menos evidentes, como por ejemplo la ponderación entre distintos valores y principios constitucionales y el control de las elecciones tomadas por el legislador a través del juicio de razonabilidad. Todo lo cual, como ha sido destacado en el desarrollo y examen precedente, conecta de manera sustancial con la protección y tutela de los derechos que nos ocupa.

3. La actividad creativa de la Corte y sus límites: los denominados “nuevos derechos”

La actividad creativa de las Cortes constitucionales en materia de derechos tiene, veremos que en cierta medida, fundamento en el art. 2 de la Constitución italiana que tutela “los derechos inviolables del hombre” (“*diritti inviolabili dell’uomo*”), así como en el art. 10 de la Constitución española, que se refiere a los derechos inviolables que son inherentes a la persona⁵⁷².

La doctrina de ambos países se ha preguntado sobre si las aludidas disposiciones son “normas cerradas”, y por esto referidas exclusivamente a aquellos derechos inviolables o fundamentales explícitamente mencionados y consagrados en los artículos de la respectiva Constitución⁵⁷³, o por el contrario son “normas abiertas”, es decir permisivas de una ampliación a otros derechos igualmente garantizados a través de una labor interpretativa de los principios que inspiran la Constitución y de una lectura flexible y extensiva de sus previsiones. El efecto, obvio por lo demás, sería el de incluir en la tutela proporcionada por las Altas Cortes derechos no incorporados en la Carta de 1948, o en la española de 1978, por no resultar previsibles en el momento de la

⁵⁷² En España, la posibilidad de proporcionar interpretaciones de los derechos fundamentales que “generen” nuevos contenidos nuevos en los mismos se ha llevado a cabo sobre todo a través de la previsión del apartado segundo del art. 10 CE, que afirma que las disposiciones relativas a los derechos y libertades constitucionales tienen que interpretarse en atención al derecho supranacional. Art. 10 CE: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁵⁷³ En el caso de la Constitución española, a esta primera disposición genérica que abre el Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, sigue un listado de derechos y deberes (arts. 11 y ss.). En la Constitución italiana, no existe un verdadero “elenco” de los mismos.

aprobación de las mismas, pero que se han manifestado en la realidad social y política de cada País en un momento posterior⁵⁷⁴.

En Italia, la Corte constitucional confirmó en un primer momento la teoría de la “norma cerrada”. Sin embargo, desde la segunda mitad de los años ’80 del siglo pasado ha decidido apoyar la tesis de la “norma abierta”, empezando así, a través de su jurisprudencia, a la individualización de los “nuevos derechos”, no expresadamente previstos en Constitución.

Como muchas de las fórmulas que tienen el propósito de expresar una realidad con una locución sintética, también la famosa expresión “nuevos derechos”⁵⁷⁵ no tiene que interpretarse en el sentido de la posibilidad para el juez (ordinario o constitucional) de crear libremente un derecho inédito, no establecido en la Constitución. El carácter rígido de la Constitución requeriría a tal fin o para semejante resultado, de hecho, la utilización del procedimiento de reforma constitucional. Acaso, por tanto, la expresión mencionada tiene que significar que existe la posibilidad de entender y de dar contenido concreto a la noción “derechos inviolables” o “fundamentales”, además de con la intervención del legislador, también a través de la actuación y participación de la jurisprudencia, aunque con respeto a las modalidades y limitaciones correspondientes, debidas a la diferente legitimación para la creación del Derecho de los diversos Poderes⁵⁷⁶.

Sigue: Los límites a la actividad creativa de la Corte, la actividad de ponderación y la distinción entre “derechos constitucionales” y “derechos legales”.

Entre los límites que tiene claramente que respetar el *Derecho jurisprudencial* en la determinación de los derechos fundamentales, sin duda, se encuentra la sumisión al texto constitucional. Entonces, tanto el art. 2 de la Constitución italiana como el art. 10

⁵⁷⁴ La doctrina hoy dominante asigna a la voluntad histórica del legislador un significado de naturaleza “auxiliaria” en la interpretación del texto normativo, con la finalidad de evitar una suerte de “petrificación” del Derecho y de posibilitar una lectura en sentido evolutivo. Sobre este tema, véase: PESOLE, L., *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, en GIUFFRÉ, F., NICOTRA, I. (Coords.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 149 y ss.

⁵⁷⁵ MODUGNO, F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

⁵⁷⁶ PIZZORUSSO, A., *Principio democratico e principio di legalità*, en *Questione giustizia*, 2003, n. 2, pp. 340 y ss., afirma que el acto legislativo está dirigido directamente a la producción del Derecho e impone reglas para el futuro; el acto jurisdiccional está dirigido a la resolución de una controversia concreta fundada en la normativa ya existente, con el efecto solo indirecto de producir normas. Añade el autor que, mientras el primero se funda en la voluntad política, el segundo encuentra su justificación en la fuerza de la razón, y puede considerarse una fuente cultural.

de la Constitución española pueden considerarse y desempeñar una función de “principios-válvula”, que garantizan el carácter dinámico del patrimonio constitucional de derechos, siempre en atención y dentro de las coordinadas fijadas por el texto⁵⁷⁷, y recordando que la individualización de un “nuevo derecho” crea inevitablemente la necesidad de ponderarlo y articularlo con los demás derechos “ya existentes”⁵⁷⁸.

Con respecto a esa actividad creativa “de Derecho y de derechos” y a los límites que encuentran las Cortes en este ámbito, en nuestra opinión debe diferenciarse entre “derechos legales” y “derechos constitucionales”, es decir, entre los que, según la opinión de la Corte, tengan o no un fundamento directo en la Constitución⁵⁷⁹.

Con la primera expresión aludimos a aquellas hipótesis en las que la Constitución “permite” una determinada solución o disciplina, pero no la “impone”, dejando así la creación o especificación de un determinado derecho a la esfera de las elecciones políticas y de las mayorías parlamentarias, a las que corresponderá valorar la evolución de la sociedad, de los usos, de las ciencias y de la conciencia social a la hora de proporcionar una nueva disciplina.

La doctrina ha constatado que puede perfectamente ocurrir que en un determinado momento histórico no contraste con los principios constitucionales ni una elección limitativa (o incluso negativa) sobre un determinado derecho, ni tampoco una disciplina que, por el contrario, reconozca y garantice el mismo o una concreta vertiente del mismo⁵⁸⁰.

Cuando la Constitución deja un espacio “libre” para las elecciones del legislador, es evidente que la intervención “creativa” de los jueces tiene que ser, por lo menos, prudente y atento respecto a aquellos casos en los que las Normas Fundamentales reconocen expresamente un derecho.

⁵⁷⁷ LUCIANI, M., *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, en *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, III, p. 1067.

⁵⁷⁸ LUCIANI, M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, en *Dir. e soc.*, 2009, espec., pp. 22 y ss.

⁵⁷⁹ Sobre la distinción entre “derechos legales” y “derechos constitucionales” en el sentido y con las consecuencias mencionadas en el texto, v. ROMBOLI, R., *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, en CHIODI, G., PULITANO, D. (Coord.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 43 y ss. El autor, a este propósito, hace referencia, respecto de los derechos de las parejas compuestas por personas del mismo sexo, a la distinción que resulta de la jurisprudencia reciente de las Cortes constitucionales nacionales (en particular, de la italiana) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre derecho a la vida familiar (o de pareja) y derecho al matrimonio.

⁵⁸⁰ Véase ROMBOLI, R., *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, en CHIODI, G., PULITANO, D. (Coords.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 61 y ss.

En este segundo caso, las circunstancias cambian según haya intervenido o no el legislador para desarrollar el derecho evocado en Constitución.

En presencia de una ley, la Corte constitucional puede, como hemos ya analizado, proporcionar una lectura constitucionalmente conforme de la misma o, si esto no fuera posible, declararla inconstitucional y tutelar así el derecho constitucional vulnerado por el legislador. Cuando, sin embargo, no exista ninguna intervención legislativa, será mucho más difícil acudir a la Corte a través del juicio incidental. Por consiguiente, cuando el Tribunal tenga para alguna vía posibilidad de pronunciarse, debería invitar a los jueces a que procedan a una aplicación directa de la Constitución.

CAPITULO V

La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” supranacionales; la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-límites”

CAPITULO V

La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” supranacionales; la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-límites”

1. Premisa. La tutela multinivel de los derechos y el “diálogo” entre Cortes a través del instrumento prejudicial

El objeto de la tesis, como ya se ha mencionado en otras ocasiones, es proporcionar un análisis crítico y en paralelo del instrumento del control de constitucionalidad de las leyes en vía incidental en la experiencia italiana y en la española; instrumento que se presenta, a primera vista, de un modo análogo en los dos países, pero que nace en dos contextos muy distintos y con una distancia temporal de treinta años.

La finalidad que nos ha movido, en particular, ha sido verificar el nivel de tutela de los derechos fundamentales realizado en estas dos experiencias a través del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes que, como ya se ha apuntado⁵⁸¹, caracteriza el denominado modelo “mixto” de justicia constitucional, dada la presencia al mismo tiempo en el control en cuestión en el proceso constitucional correspondiente del carácter abstracto y concreto, de un lado, y concentrado, pero a iniciativa difusa, de otro.

Los dos sistemas examinados, aunque colocados ambos entre los modelos “mixtos” en la tradicional clasificación de los sistemas de justicia constitucional, se diferencian entre otras muchas circunstancias por la presencia en la experiencia española de una competencia específica del Tribunal Constitucional dirigida a la tutela de los derechos fundamentales (el recurso directo individual, más conocido como amparo constitucional), mientras que en la italiana la vía incidental ha resultado ser la única forma de acceder a la Consulta para garantizar los derechos constitucionales.

Dejando a un lado las peculiaridades, el elemento que caracteriza en ambos ordenamientos la competencia del Juez constitucional analizada en este trabajo es la naturaleza prejudicial del proceso, es decir, la existencia de un instrumento con el que un juez, en un determinado momento de su actividad jurisdiccional, insta la intervención de otro sujeto, titular de una especial competencia jurisdiccional, con la

⁵⁸¹ V. Cap. Primero y la Introducción a este trabajo.

finalidad de que este último resuelva la duda que le traslada. La resolución de dicha cuestión permite al primero retomar su actividad principal y, en atención a la respuesta recibida, proporcionar una solución a la *litis*.

Por estas razones, sobre todo en lo relativo al mencionado objeto, la tesis ha sido desarrollada hasta aquí por referencia exclusiva a la tutela de los derechos a nivel estatal, llevando a cabo una comparación de las problemáticas a las que se han enfrentado tanto los estudios de la doctrina como la jurisprudencia de la Corte o del Tribunal constitucional.

Los mismos argumentos han guiado la decisión de no examinar el nivel de tutela de los derechos fundamentales resultante de las intervenciones a nivel supranacional o internacional, a pesar de que este tema se encuentre, en particular en los últimos años, en el centro de la atención y del interés de los estudiosos del Derecho, y al margen de que, adicionalmente, haya tenido una influencia decisiva en el *modus operandi* de los Jueces constitucionales nacionales (e incluso en las elecciones legislativas de algunos países).

Nos referimos, obviamente, a la comúnmente denominada tutela multinivel de los derechos fundamentales⁵⁸², hasta cierto momento desatendida y no adecuadamente

⁵⁸² La doctrina en esta materia es muy abundante. Pueden verse, entre otros: ROLLA, G., *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, en ROLLA, G. (Coord.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001; STAIANO, S., *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione europea*, en M. SCUDIERO (Coord.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2002; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, en www.archivio.rivistaaic.it, 2004; CARTABIA, M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (Coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004; D'ATENA, A., GROSSI, P. (Coords.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004; BILANCIA, P., DE MARCO, E. (Coords.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Atti del Convegno Milano, 4 aprile 2003, Giuffrè, Milano, 2004; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, pp. 365 y ss.; PANUNZIO, S. P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; ZAGREBELSKY, V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, en *Foro. It.*, 2006, V, pp. 353 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, en *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, pp. 317 y ss.; CARTABIA, M. (Coord.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007; CARDONE, A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali IV (2011), pp. 336 y ss.; MANES, V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, pp. 864 y ss.; RANDAZZO, B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012; TEGA, D., *I diritti in crisi - Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012; RUGGERI, A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento, "intercostituzionale"*, en www.rivistaaic.it, 2013; SILVESTRI, G., *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2013, pp. 905 y ss.; GAMBINO, S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, en *Federalismi.it*, 13/2014, pp. 1 y ss.; CARTABIA, M., *La tutela multilivello dei*

valorada, dado que, como recientemente ha puesto de relieve AMATO, incluso después de la entrada en vigor de las Constituciones que prevén el reconocimiento (y la influencia) de los ordenamientos supranacionales, parecía que la soberanía nacional habría quedado prácticamente intacta, y que, por tanto, la jurisdicción de los Tribunales supranacionales no la habría puesto en discusión seriamente ⁵⁸³.

La tutela de los derechos se consideraba, en efecto, una actividad de exclusiva competencia estatal y expresión de la soberanía nacional; de hecho, el principal obstáculo a su realización por parte de los organismos internacionales era justamente el concepto de soberanía nacional⁵⁸⁴.

Las experiencias autoritarias, a las que con tanta evidencia se contraponen las Constituciones de la segunda posguerra, entre otros efectos y consecuencias acarrearón una cierta apertura de los ordenamientos nacionales hacia el exterior y hacia ámbitos y autoridades supranacionales. La finalidad patente de ese movimiento procuraba garantizar el respeto de aquellos derechos humanos que habían sido trágicamente negados por los gobiernos totalitarios, cuyos indeseables resultados y secuelas todavía estaban bien presentes en la memoria de los constituyentes. Ese plano o ámbito

diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, intervento in occasione dell'«Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014», en www.cortecostituzionale.it, 2014; GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en www.forumcostituzionale.it, 2015; RUGGERI, A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, en *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 579 y ss.; MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015; D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., UGGERI A. y SAIITA A. (Coords.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016; CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016, pp. 89 y ss.; RUGGERI, A., *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, en www.giurcost.org, 2016; ZAGREBELSKY, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016; SCIARABBA, V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, en www.rivistaaic.it, 2017.

⁵⁸³ AMATO, G., *Corte costituzionale e Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 20.

⁵⁸⁴ Observa ZAGREBELSKY, V., *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 125 y ss. como “*el reconocimiento de los derechos fundamentales ha conocido una verdadera transformación conceptual cuando en el posguerra se han asumido las consecuencias políticas y jurídicas de su naturaleza pre-estatal. La comunidad internacional ha asumido la carga de ser garante de los mismos y se ha convertido en justificada o incluso debida la interferencia en los 'asuntos internos' de los estados*” (“il riconoscimento dei diritti fondamentali ha conosciuto un vero rivolgimento concettuale quando nel dopoguerra si sono tratte le conseguenze politiche e giuridiche dalla loro natura pre-statuale. La comunità internazionale ha assunto l'onere di esserne garante ed è divenuta giustificata o addirittura doverosa l'interferenza negli 'affari interni' degli stati”).

supraestatal, así pues, simbolizaba un garante “externo” que podía intervenir en el caso de que las garantías “internas” no funcionasen apropiadamente.

Por lo que concierne a la tutela de los derechos, el nivel supranacional se desarrolla de manera principal a través de la aprobación de Cartas de derechos y por medio de la identificación de un Juez con la específica competencia de garantizar su respeto y observancia. Se trataría, parece evidente, más allá de su denominación y de su eficacia jurídico-formal, de textos caracterizados por su inequívoca naturaleza constitucional y por un contenido muchas veces análogo al de las Normas Fundamentales nacionales⁵⁸⁵.

Por estas razones es necesario encontrar, de un lado, una suerte de nexo entre las fuentes del Derecho y la integración de estas Cartas supranacionales en el sistema de fuentes nacionales; y, de otro, una conexión también en los mecanismos de tutela y en las relaciones entre las distintas jurisdicciones (en particular, las europeas con las estatales).

La exigencia de proporcionar un cierto orden ha llevado a la búsqueda de un criterio de “ordenación”. Muchas han sido, en esa dirección, las propuestas avanzadas, casi todas reconducibles a dos grandes “bloques” de ideas: ya fundar las nuevas relaciones en el principio de jerarquía⁵⁸⁶, ya hacerlo en la diferente competencia ejercitada por las autoridades a las que se reclame la intervención⁵⁸⁷.

Considerando que la previsión y, señaladamente, la tutela de los derechos fundamentales no puede entenderse como una competencia específica asignada a un

⁵⁸⁵ Algunos autores han revelado sus inquietudes respecto del nacimiento de una pluralidad de sistemas de protección de los derechos fundamentales en el ámbito supra e internacional, dotados muchas veces de marcos competenciales que coinciden, cada uno con su propia normativa y sus propios órganos como garantes del nuevo sistema; v. en relación con esto CRUZ VILLALÓN, P., *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King's College London, 2012, pp. 1-20.

⁵⁸⁶ En aplicación de este principio se trataría de individualizar a un juez – inevitablemente el europeo – con la función de colocarse en la cúspide de un ordenamiento único, al que asignar funciones precisas como juez de última instancia con respecto a las decisiones de los demás jueces, a los que entonces se atribuiría una condición de jueces “periféricos” o inferiores.

Especialmente delicada resultaría en esta visión la relación entre los distintos Jueces “europeos”, a saber, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

⁵⁸⁷ El criterio de competencia llevaría entonces a considerar que cada juez es competente para garantizar los derechos establecidos en una determinada Carta y para los sujetos que hayan ratificado un determinado Tratado o Acuerdo (el TEDH para el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales– CEDH en adelante –, el TJUE para los Tratados que establecen la CEE, luego UE, y, con su aprobación, la Carta de los Derechos fundamentales; y finalmente, las Cortes constitucionales nacionales y los jueces ordinarios para las constituciones de cada Estado).

A nivel supranacional, la aplicación únicamente del criterio de competencia podría llevar a diferenciar entre un “Tribunal de los derechos” y un “Tribunal de las relaciones económicas”, si de verdad los dos ámbitos pueden llegar a separarse de forma clara.

juez o a otro, sino, más bien, como una finalidad general que persigue alcanzar el nivel máximo de realización posible, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre todos los diferentes niveles de tutela, tanto en el ámbito nacional como en los distintos ámbitos supranacionales⁵⁸⁸.

Por estas razones se ha hablado de “diálogo entre jueces”⁵⁸⁹ –tema que ha sido y sigue siendo objeto de múltiples iniciativas, congresos, estudios, investigaciones,

⁵⁸⁸ Por estas razones, y para obviar a los problemas que pueden derivar de la presencia de una multiplicidad de Cartas de Derechos y de Jueces para su protección, LÓPEZ GUERRA, L. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 12) evidencia la necesidad de instaurar medidas de coordinación entre estas normativas y estos órganos que “aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos”.

⁵⁸⁹ Como recuerda SAIZ ARNAIZ, A. (*La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo*, en *Lo Stato*, 2015, pp. 109-110), “la primera utilización del sintagma ‘dialogue des juges’ se atribuye a Bruno Genevois, quien sostuvo que en las relaciones entre el juez nacional y el juez comunitario (el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en aquella época) no tendría que haber lugar ‘ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges’. En otras palabras: el diálogo se presenta como la alternativa a dos patologías bien conocidas en la historia del Estado constitucional, a saber, el gobierno de los jueces y la guerra entre tribunales”.

En la opinión de este autor, el diálogo judicial puede considerarse caracterizado por el hecho, de un lado, de expresarse en un espacio de “pluralismo constitucional” (donde existen múltiples cartas constitucionales que no deben, cada una, su propia eficacia a otra) y, de otro, de ser un proceso deliberativo que busca una solución condivisa y que va en la dirección de una armonización. Asimismo, afirma el autor, este diálogo persigue la eliminación y la superación de los conflictos.

Siempre sobre la temática del “diálogo entre tribunales”, entre otros, pueden verse: FARAGUNA, P., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, en www.diritticomparati.it, n. 1/2016; DE MICHELE, V., *Il giudice delle leggi nel dialogo con la Corte di Giustizia e con la Cassazione: la sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale sulla irretroattività e illegittimità anche costituzionale della legge che viola senza ragioni oggettive i diritti fondamentali garantiti anche dall’Unione europea*, en www.europeanrights.eu, 08/01/2016; CALVANO, R., “Cattivi consigli” sulla “buona scuola”? *La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Mascolo (nota a sentenza n. 187 del 2016)*, en www.rivistaaic.it, n. 4/2016, 1/11/2016; LÓPEZ GUERRA, L.M., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias*, en GIMENO SENDRA, V., REGUEIRO GARCÍA, M.T. (Coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, pp. 21-43; SÁIZ ARNAIZ, A., *Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo*, en LÓPEZ GUERRA, L.M., SÁIZ ARNAIZ, A. (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, pp. 153-185; D’ANDREA, L., MOSCHELLA, G., RUGGERI A., SAITTA, A., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015; GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014; ADAMO, U., *Nel dialogo con la Corte di Giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013*, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 de julio de 2013; DANI, M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013; BIN, R., *Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia*, en AA.VV. *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Jovene, Napoli, 2011, p. 363 y ss; RUGGERI, A., *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive (Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa, 4-5 giugno, 2010)*, en www.archivio.rivistaaic.it; POLLICINO, O., *L’allargamento ad est dell’Europa e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010; DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino,

etc.⁵⁹⁰—, pero no en el sentido de una “*actio finium regundorum*”, sino con el significado de una confrontación (en el sentido de una “comparación”), de un intercambio, en opinión de algunos casi “sin límites”⁵⁹¹, entre las distintas jurisprudencias y motivaciones de unos y otros⁵⁹².

Bologna, 2010; TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (Coord.), *Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en <http://caspur-ciberpublishing.it/>; CASSESE, S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, en *Rivista trimestrale di diritti pubblico*, 2007; TIZZANO, A., *La Corte di Giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005, pp. 839 y ss y del mismo autor: *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007, pp. 734 y ss.; SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 y ss.; SORRENTINO, F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 1355 y ss.; LA PERGOLA, A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 2419 y ss.; CARTABIA, M., CELOTTO, A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 4477 y ss.; CARTABIA, M., WEILER, J.H.H., *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; DONATI, F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995; CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 1016 y ss.; SPERDUTI, G., *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, pp. 791y ss.

⁵⁹⁰ El gran éxito de la temática puede derivar, en primer lugar, de que la misma se conecta con otros temas de actualidad, como por ejemplo, por citar uno, el fenómeno de la globalización de las fuentes del Derecho o de la internacionalización de la tutela de los derechos que tiende a superar el monopolio estatal. Asimismo, influye la naturaleza “sensible” de las materias que muchas veces han sido protagonistas en estos “diálogos”, como por ejemplo la homosexualidad, la libertad religiosa, el debate sobre la interrupción del embarazo o sobre la eutanasia (v. CAPONI, R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, en *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753 y ss.).

A esto puede añadirse que la noción de “diálogo” conlleva una significación “positiva” respecto de otras expresiones que han sido anteriormente empleadas, como aquella de “guerra entre las Cortes”.

⁵⁹¹ En este sentido, véase la abundante producción de RUGGERI, A., que en varias ocasiones ha sostenido la importancia y sobre todo la enorme utilidad del instrumento del diálogo. Entre otros, pueden verse: *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)* y *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, ambos en “*Itinerari*” de una *ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2015*, XIX, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 157 y ss. y 533 y ss.

Postura en parte análoga ha sido expresada por SAIZ ARNAIZ, A., *La interacción entre los tribunales cit.*, p. 113, al afirmar que “*en el momento presente no existe soberano en nuestros países en materia de derechos fundamentales: no hay ningún sujeto (tampoco estatal) que pueda concretar como última e incuestionable autoridad el catálogo de estos derechos y el contenido de cada uno de ellos; antes bien uno y otro se construyen desde las interacciones y los condicionamientos recíprocos que se manifiestan en el doble plano, normativo y más aún judicial, al que se acaba de aludir*”.

⁵⁹² LA PERGOLA, A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, pp. 2419 y ss.; CARTABIA, M., CELOTTO, A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, pp. 4477 y ss.; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; DONATI, F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995; CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 1016 y ss.; SPERDUTI, G., *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, pp. 791y ss.

La necesidad de un “diálogo” entre jueces repite, en nuestra opinión, una experiencia que ya hemos tenido ocasión de resaltar respecto de los dos ámbitos nacionales analizados en los capítulos anteriores.

La previsión, en efecto, de un juez “diferente” (la Corte constitucional o el Tribunal Constitucional) con la tarea específica de controlar la legitimidad constitucional de las leyes, así como de resolver los recursos directos en aras de la protección de los derechos fundamentales, ha dado oportunidad para que se desarrolle un “diálogo”, en muchas ocasiones ni fácil ni fluido, entre los jueces ordinarios y el Juez constitucional. También en estos casos uno de los interrogantes centrales ha sido si aplicar el criterio de competencia (al Constitucional la tarea de interpretar la nueva Constitución, al juez ordinario la interpretación de la ley) o de cooperación y colaboración en la proposición de las cuestiones de inconstitucionalidad y en la interpretación de las leyes según la Constitución. Y, como se puso de manifiesto con anterioridad, el resultado ha sido la alternancia entre “guerra” y “diálogo”.

La cuestión se ha propuesto nuevamente a nivel supranacional, esta vez respecto de las relaciones entre los jueces nacionales (ordinarios y también constitucionales) y los jueces europeos, en particular el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sin duda, el punto de mayor “contacto” se ha alcanzado cuando este segundo Tribunal se ha ocupado específicamente de la tutela de los derechos fundamentales (en sus inicios, como principio general del ordenamiento comunitario, y, posteriormente, como intérprete de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vez que esta entró en vigor).

Entre los diferentes instrumentos empleados para la realización práctica del “diálogo” adquiere una especial relevancia el mecanismo de la prejudicialidad, objeto específico de este trabajo de investigación. Este mecanismo, como es notorio, ha logrado un rol de preeminencia respecto de las relaciones entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, en aplicación del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y es hoy en día el centro del debate en cuanto al Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), que prevé la posibilidad de un reenvío prejudicial a la Corte de Estrasburgo para obtener unas directrices de interpretación del CEDH.

La progresiva afirmación del método del diálogo ha producido consecuencias en las modalidades de actuación del juez nacional, también, por lo que atañe al tema

específico de esta tesis doctoral, en su papel de “garante” de la protección de los derechos fundamentales a través del control de las leyes en vía incidental.

Junto con el evidente incremento, en general, del Derecho jurisprudencial respecto del Derecho político⁵⁹³, el diálogo entre “intérpretes” que operan en distintos niveles de tutela y a través de diferentes cauces procesales ha producido un efecto –que algunos autores han descrito como una sensación de confusión– de desorientación del juez nacional en su rol de protección de los derechos⁵⁹⁴, pues tiene que llevar a cabo actuaciones distintas según tenga que verificar la relación entre la ley nacional y la Constitución de su País⁵⁹⁵, entre la misma ley y el CEDH⁵⁹⁶, o entre la ley y el Derecho eurounitario⁵⁹⁷.

El juez nacional actúa en los primeros dos supuestos siguiendo una estructura concentrada (aunque con diferencias notables en los dos casos), mientras que lo hace en el tercero de acuerdo con un modelo difuso. La sensación de desorientación –en algunos casos de verdadera confusión, como ha sido señalado– puede conducirle a elegir las

⁵⁹³ Si es pacífico que el Derecho político ha empezado a perder su centralidad respecto del Derecho jurisprudencial desde la creación de la justicia constitucional, pues desde aquel momento las elecciones del legislador han empezado a someterse a una verificación sobre su “razonabilidad” por parte de los Jueces constitucionales (v., para todos, PIZZORUSSO, A., *Un’invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, 2011, pp. 37 y ss.), es igualmente indudable que el método del diálogo resalta el rol de la motivación de las decisiones, con una clara prevalencia de la *ratio decidendi* sobre la *ratio legis*.

⁵⁹⁴ GALLO, F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.

⁵⁹⁵ En estos casos estamos, como es notorio, ante un sistema concentrado en el que la tarea en cuestión se confía a un único órgano, la Corte o Tribunal constitucional; este mismo (entre otros mecanismos) puede activarse después del requerimiento por parte del juez ordinario durante un juicio según el mecanismo de la prejudicialidad, al cumplirse determinadas condiciones y en el caso en el que el juez no pueda resolver la duda de constitucionalidad a través de sus poderes interpretativos (interpretación conforme a la Constitución). Si el Constitucional proporciona una interpretación de la ley conforme a la Norma Fundamental, no suele considerarse jurídicamente vinculante para el juez, aunque tenga obviamente una fuerza persuasiva notable en tanto que proviene del órgano encargado de la auténtica interpretación de la Constitución.

⁵⁹⁶ Se trata una vez más de un control concentrado, pero que en este caso no puede proponerse por el juez, sino por una de las partes del juicio. La decisión de la Corte Europea no incide en la validez del acto impugnado, que sigue por lo tanto siendo válido y eficaz, sino que conlleva (eventualmente) la condena del Estado por el acto denunciado. El reconocimiento del valor jurídico y de la eficacia del CEDH supone para los Estados que hayan firmado el acuerdo el reconocimiento de la existencia de un Juez “específico”, puesto como garante del respeto del Convenio, e impone el acatamiento de la interpretación que aquél realice del CEDH.

⁵⁹⁷ El modelo, en este caso, tendrá naturaleza difusa, dado que, en aplicación de los principios de la eficacia directa del Derecho eurounitario y de la primacía de este mismo, se reconoce al juez ordinario la posibilidad de inaplicar directamente la normativa nacional en contraste con la norma europea. El juez nacional tiene que intentar llevar a cabo, según las afirmaciones del Tribunal de Luxemburgo, una interpretación de la Ley nacional conforme con el Derecho eurounitario; asimismo, la interpretación de este mismo proporcionada a través de las sentencias del Juez europeo tienen eficacia *erga omnes*, vinculante para todos, y se constituyen, en consecuencia, como fuente del Derecho.

reglas de una de las tres relaciones ahora indicadas, cuando sin embargo habría tenido que actuar de conformidad con los procedimientos previstos para otro cauce procesal.

Estas reflexiones han actualizado en algunos autores una nueva concepción y clasificación de los modelos de justicia constitucional o, más en general, de protección de los derechos, dado que éstos se originaron según las necesidades concretas de momentos históricos que hoy podemos, en muchos casos, considerar superados⁵⁹⁸.

La instauración del método del diálogo, como veremos más adelante, se evidencia también, de un lado, en la progresiva utilización por parte de los Jueces constitucionales del instrumento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y, de otro, en una cada vez mayor consideración del Convenio (y de la jurisprudencia del TEDH) como parámetro en los juicios de constitucionalidad. Consecuentemente, el “contacto” entre distintas realidades no podía sino incrementar las divergencias sobre cuestiones o supuestos específicos, en razón también de las diferentes normativas aplicables y de las peculiares sensibilidades constitucionales⁵⁹⁹.

A pesar de todo ello, el balance del “diálogo” puede valorarse en sentido muy positivo. Así, por ejemplo, en lo que afecta al tema de este trabajo, se advierte la

⁵⁹⁸ ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, en *Rassegna* n. 3/2014, pp. 1 y ss., que propone la introducción de una organización de tipo enteramente difuso o de una dual, parecida al modelo peruano, en el que se prevé de forma paralela tanto un sistema concentrado como uno difuso.

⁵⁹⁹ A la vista de todo ello, el tema más tratado en los últimos años es el de las modalidades mediante las cuales prevenir o reducir los momentos de contradicción con el fin de armonizar los resultados de las diferentes jurisprudencias (nacionales, del Tribunal de Justicia y el TEDH).

En este sentido, limitándonos tan sólo a una enumeración, han sido identificados estos distintos instrumentos de resolución de los conflictos:

- el criterio del margen de apreciación estatal, que se aplicaría con el objetivo de que el estado pueda apartarse de la jurisprudencia de Estrasburgo, a través de la técnica de distinguir el caso resuelto por este del nacional o, también cuando precisamente el caso es el mismo, hacer valer la particularidad del juicio ante el Tribunal Europeo con respecto a aquel sustanciado ante el Juez constitucional (una visión sistémica frente a una casuística y por tanto fraccionada);
- el criterio de la tutela más contundente de la Constitución nacional respecto a aquello ofrecido por el CEDH o la Carta de los Derechos de la UE;
- el criterio de la valoración “sustancial” de la jurisprudencia europea;
- la distinción, recientemente introducida por la Corte constitucional italiana (Sentencia de la Corte const. 26 marzo 2015, n. 49), entre una jurisprudencia consolidada y no consolidada del TEDH.

Desde la misma óptica se ha hablado, por último, de actos de “desobediencia institucional” para indicar la hipótesis de una contraposición con la jurisprudencia europea o de conflictos creados no tanto como expresión de una actitud de cierre, sino inspirados en una lógica de diálogo (MARTINICO, G., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2015). Se decide apartarse, por ejemplo, de la jurisprudencia del TEDH con argumentos que solicitan una reconsideración por parte del mismo, denunciando una lectura no correcta del dato normativo interno o la dificultad de acomodar una determinada jurisprudencia al ordenamiento jurídico nacional.

Entre los instrumentos que se acaban de enumerar, cada vez toma más peso el del desarrollo de los “contra-límites” en relación con las interpretaciones del TJUE a las que se les atribuye, como es sabido, eficacia de fuente del Derecho. Esto nos llevará en las próximas páginas, tal y como se anticipó, al tratamiento de las características del “caso Taricco” y de los problemas que ha puesto hasta ahora de manifiesto.

trascendencia que ha tenido el Convenio al proponer cuestiones de inconstitucionalidad fundadas en la presunta violación del mismo y, asimismo, cuando se ha ensayado una interpretación de la ley nacional conforme a la Constitución y al CEDH por parte de los jueces ordinarios⁶⁰⁰.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia que la denominada “tutela multinivel” de los derechos fundamentales y el consiguiente “diálogo” entre Cortes y jueces no puede constituir el objeto de un estudio específico y autónomo en esta tesis doctoral, sobre todo en consideración al tema de investigación y sus finalidades, a las que nos hemos referido en varias ocasiones. No obstante, parece oportuno, en este capítulo conclusivo, llevar a cabo algunas reflexiones sobre ciertos aspectos de la susodicha temática que acreditan, a nuestro parecer, una conexión más estrecha con la materia abordada en esta tesis.

En las siguientes páginas, por lo tanto, se examinarán en particular tres aspectos relativos:

a) a una comparación entre el instrumento prejudicial constitucional nacional, ya ampliamente analizado en los capítulos anteriores y los análogos mecanismos (con finalidades parcialmente distintas) ante el Tribunal de Luxemburgo y ante la Corte de Estrasburgo, previsto en el mencionado Protocolo n. 16 y que todavía no ha sido ratificado por un número suficiente de Estados que permita su operatividad.

b) a la hipótesis en la que un juez ordinario se encuentre en la necesidad, en relación con el mismo juicio concreto, de plantear tanto una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional nacional, como de elevar una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo (la denominada “doble prejudicialidad”). A una situación semejante, ya conocida en las jurisprudencias italiana y española, podría añadirse que el mismo juez nacional solicite una opinión consultiva al Tribunal Europeo sobre la interpretación del CEDH, a través del mecanismo previsto en el Protocolo n. 16, dando lugar, para el juez ordinario, a una situación de “triple prejudicialidad”.

c) al supuesto en el que, en el ámbito del control incidental de legitimidad constitucional (o en el caso español, veremos, en el ámbito de un recurso de amparo constitucional) la tutela de los derechos fundamentales de los individuos constituya el fundamento para que los jueces ordinarios, o el Juez constitucional, pongan un límite a

⁶⁰⁰ AMATO, G. (*Corte costituzionale e corti europee*, cit., p. 88) ha hablado de un trabajo fascinante de las Cortes nacionales y supranacionales con la finalidad, de un lado, de reducir las distancias entre culturas diferentes y, de otro, de compartir los principios comunes que pertenecen (y “nutren”) las distintas Cartas de los derechos.

la reducción de la soberanía nacional que cumple con las obligaciones que derivan del derecho supranacional y en particular del eurounitario. En este sentido, nos referiremos al notorio fenómeno de los “contra-límites”, que en estos últimos tiempos parecen entrar en una “nueva etapa” que apunta a su potenciación y fortalecimiento como cauce de intervención potencial⁶⁰¹.

II. El mecanismo de la prejudicial en la cuestión ante el Tribunal de Justicia y la naturaleza del procedimiento previsto en el Protocolo n. 16 para solicitar opiniones consultivas del Tribunal Europeo relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo

El mecanismo de la prejudicialidad caracteriza, como es notorio, tanto la cuestión de inconstitucionalidad nacional, planteada por un juez ordinario en ocasión de un juicio, como el reenvío al Tribunal de Justicia.

En su “esencia”, el control del Juez constitucional en vía incidental tenía fundamentalmente por objeto la comprobación de la validez de las leyes (o actos con fuerza de ley) y aquello de la Corte de Luxemburgo, por su parte, aportar la correcta interpretación del derecho eurounitario. Sin embargo, en la aplicación concreta de estos dos instrumentos, pueden observarse similitudes que revelan la utilidad de la comparación.

En efecto, por lo que concierne a la prejudicial constitucional, ya las sentencias interpretativas (por parte de las Cortes constitucionales) ya la obligación (para los jueces ordinarios) de buscar la interpretación conforme a la Constitución, lo uno tanto como lo otro, han potenciado el canal interpretativo frente a métodos más radicales (“demolitorios”, se ha dicho) de declaración de inconstitucionalidad de las normas enjuiciadas. Ya hemos hecho alusión a que, por estas razones, algunos autores hablan de una transformación de las cuestiones de constitucionalidad en “cuestiones de interpretación”⁶⁰².

El Tribunal de Justicia, de su parte, tiende cada vez más a ejercer un verdadero control de “comunitariedad” del derecho nacional, en cierta forma disfrazándolo de simple interpretación del mismo.

⁶⁰¹ En Italia se ha hablado de la “*nuova stagione dei controlimiti*” en muchas ocasiones; véase por ejemplo ROMBOLI, S., *La nuova stagione dei contro limiti: il caso Taricco all’esame della Corte costituzionale*, en *Consultaonline*, 22 de diciembre de 2016, III, pp. 1 y ss.

⁶⁰² V. Cap. Segundo, VI.1.ii.

El mismo mecanismo de la prejudicialidad constituye también una de las características básicas de la posibilidad de pedir una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que puede ser planteada por parte de determinadas autoridades judiciales estatales según lo previsto en el Protocolo n. 16 al CEDH y que, aunque no haya todavía entrado en vigor, ya ha generado debate y opinión. En la doctrina se ha sostenido que este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, definido por esta razón como el “*hermano mayor*”⁶⁰³.

Siguiendo ahora con un análisis sumario y preliminar de las características de estos dos reenvíos prejudiciales (que luego examinaremos con más detenimiento), la regulación del “*eurounitario*” se halla en el art. 267 TFUE, que reconoce a la Corte de Luxemburgo la competencia para proporcionar (en vía prejudicial, justamente) la interpretación de los tratados y de las demás fuentes normativas aprobadas por los órganos de la Unión Europea, además de para pronunciarse sobre su validez. La competencia para plantear la cuestión, por su parte, se confiere a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con ocasión de un juicio, cuando la solución de dicha cuestión resulte necesaria para la resolución del caso concreto. La activación de este mecanismo es obligatoria si la duda sobre el Derecho europeo se le plantea a un órgano judicial cuya decisión no es recurrible en un ulterior grado jurisdiccional (por lo menos en la jurisdicción nacional)⁶⁰⁴.

⁶⁰³ CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014, p. 6.

También en opinión de LÓPEZ GUERRA, L.M. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 14 y 22) el mecanismo previsto en el Protocolo n. 16 es evidentemente inspirado por el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque puedan evidenciarse “*notables diferencias*”, como veremos también en estas páginas.

⁶⁰⁴ Sobre el tema de la cuestión prejudicial ante el TJUE, entre otros: BRUGUGLIO, A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996 y del mismo autor: *Pregiudizialità comunitaria [voce nuova-1997]*, en *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XXIII; ADINOLFI, A., *L’accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, Giuffrè, 1997; GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della corte di giustizia*, en *Giur. costit.*, 2000, p. 1193; RAITI, G., *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003; TRISORIO LIUZZI, G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della comunità europea*, en *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 727 y ss.; BARTOLE, S., *Pregiudiziale comunitaria ed «integrazione» di ordinamenti*, en *Regioni*, 2008, p. 898; REALE, M.C., BORRACCETTI, M., *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008; NASCIMBENE, B., *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, p. 1675; MASTROIANNI, R., *Pregiudiziale comunitaria [aggiornamento-2010]*, en *Digesto pubbl.*, Utet, Torino,

El procedimiento se articula, entonces, en tres distintas fases: la primera ante el juez ordinario nacional, la segunda ante el Tribunal de Justicia y, la tercera, una vez más, ante el primer juez que, en consideración y aplicación de la respuesta proporcionada por la Corte de Luxemburgo, tendrá que decidir entre inaplicar la normativa estatal o, si tuviera la posibilidad de hacerlo, interpretar esta misma de una manera conforme al Derecho de la Unión Europea, atendiendo a las directrices aportadas por el Juez europeo. Una tercera posibilidad consiste en que el órgano judicial nacional considere necesaria la intervención de la Corte constitucional de su País, y plantee entonces una cuestión de inconstitucionalidad⁶⁰⁵.

La trascendencia del mecanismo, demostrada en el tiempo, es reconocida unánimemente, tanto que se ha hablado del mismo como del “*instrumento jurídico más notorio en todo el panorama de los remedios jurisdiccionales creados en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea*”⁶⁰⁶, o también de “*uno de los pilares sobre los que*

399; CHITI M. P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, p. 745; RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Gov. Belgio)*, en www.diritticomparati.it, 2012; SCODITTI E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, en *Foro it.*, 2012, III, 371; PIGNATELLI, N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, en *Foro it.*, 2012, III, p. 367; TIZZANO, A., IANNUCELLI, P., *La procédure préjudicielle d'urgence devant la cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, en *Dir. Unione europea*, 2012, p. 107; CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Ue sull'interpretazione della normativa "comunitaria": i poteri del giudice nazionale*, en *I quaderni europei*, agosto, 2012, n. 43; DOMENICUCCI, D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e il procedimento pregiudiziale*, ERA, Accademia di diritto europeo, 2012; D'ALESSANDRO, E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2012; CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, en *Questionegiustiziaonline*, 2013; FARAGUNA, P., *Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale*, en *Forumquadernicostituzionali*, 18 de septiembre de 2014; LOSANA, M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale*, en *Riv. Aic* 24 gennaio 2014; ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, pp. 431 y ss.; ZAMPETTI, G., *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo*, en *Riv. AIC, Osservatorio*, enero de 2014; DENUZZO, A., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, en Consultraonline.it; FOA', S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, en *Ius Publicum*, junio de 2015; SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?*, en *Osservatorio europeo*, 2 de diciembre de 2016; PURIFICATI, N., *L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza*, en Neldiritto.it, 2016; GUARNIER, T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di giustizia*, en Federalismi.it, 17 de febrero de 2017.

⁶⁰⁵ A este propósito: CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, en *Questionegiustiziaonline*, 2012.

⁶⁰⁶ “L’istituto giuridico di maggiore notorietà dell’intero panorama dei rimedi giurisdizionali apprestati dall’ordinamento giuridico dell’Unione europea”, DOMENICUCCI, D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, ERA – Accademia di diritto europeo (Trier 12-13 de noviembre de 2012), <http://www.era-comm.eu>.

se ha construido la Comunidad europea como Comunidad de derecho”⁶⁰⁷, subrayando además su “rol decisivo”⁶⁰⁸ en este contexto supranacional.

De la misma forma que ocurrió con el control de constitucionalidad a nivel nacional – previsto en principio como instrumento de depuración del ordenamiento de las leyes contrarias a la Constitución –, también la cuestión prejudicial, cuya finalidad principal hemos visto ser la garantía de una uniforme interpretación y aplicación del Derecho eurounitario, ha demostrado toda su virtualidad como mecanismo de protección de los derechos de los individuos frente a la normativa nacional que contraste con aquella europea. Esta circunstancia se ha hecho especialmente evidente después de la aprobación y de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, en adelante).

Procediendo aún con este análisis introductorio, queremos dirigir ahora algunas consideraciones al segundo instrumento prejudicial al que hemos aludido. El Protocolo n. 16 al CEDH⁶⁰⁹, que articula, como hemos subrayado más atrás, un nuevo

⁶⁰⁷ “Uno dei pilastri su cui si è costruita la Comunità europea come Comunità di diritto”, CHITI, M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, pp. 745 y ss. En la “Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C, 297/01)” se lee esta definición: “*El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembros*”, afirmaciones luego reiteradas también en la Nota informativa 2016/C, 439/01, publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea de 25 de noviembre de 2016.

⁶⁰⁸ “Compito cruciale”, GUARNIER, T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di giustizia*, en *Federalismi.it*, 17 de febrero de 2017, pp. 1 y ss.

⁶⁰⁹ Sobre el Protocolo n. 16 al Convenio, pueden verse, entre otros: BARNABO', M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en *Federalismi.it*, 2013, n. 4; ASTA, G., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en *La Comunità internazionale*, 2013, 4, pp. 773 y ss.; el ya citado trabajo de LÓPEZ GUERRA, L. M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, pp. 11-29; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, en *Riv. AIC*, 7 de febrero de 2014; POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en *Forumcostituzionale*, 2 aprile 2014; CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014; CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014; SICILIANOS, LINOS-ALEXANDRE, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, pp. 9-29; MARCHINI, M., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en *Eurojus.it*, 13 de noviembre de 2014; CONTI, R., *La richiesta di*

procedimiento que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas sobre la aplicación e interpretación del Convenio Europeo. A fecha actual no ha entrado aún en vigor, pues no se ha alcanzado la ratificación del número mínimo de Estados miembros del Consejo de Europa que resulta necesario⁶¹⁰.

Esta competencia “consultiva” se suma así a aquella otra, escasamente utilizada, prevista en los arts. 47-49 CEDH⁶¹¹.

La opinión consultiva puede ser solicitada por las Altas jurisdicciones de cada Estado miembro (que tiene que indicar cuáles de las jurisdicciones de su país pueden

“parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, en Europeanrights.eu; LANA, A.G., Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre, en www.cortedicassazione.it, 23 de octubre de 2014); LAMARQUE, E. (Coord.), La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Giappichelli, Torino, 2015; ODDI, A., La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi), en Eius, 4 luglio 2016; RIVERA, I., Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione, en Studi sull'integrazione europea, 2016, 455; PIRRONE, P., Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo, en Leggi d'Italia Legale, 2017.

⁶¹⁰ El tema fue examinado en la Relación de la Comisión de Sabios con ocasión del Comité de Ministros de 15 de noviembre de 2006. Se propuso establecer la posibilidad de solicitar dictámenes al TEDH por parte de los tribunales nacionales de última instancia. Posteriormente se llevaron a cabo las reuniones de la High Level Conferences di Interlaken en febrero de 2010, de Izmir de abril de 2011 y finalmente de la Conferencia de Brighton en abril de 2012. La Conferencia ha solicitado al Comité de Ministros la preparación del texto de un Protocolo facultativo al CEDH antes de finales de 2013. Sucesivamente, dicha tarea fue confiada al *Comité directeur pour les droits de l'homme*. El Protocolo y la Memoria explicativa han sido enviados al Comité de Ministros, que los ha aprobado el 10 de julio de 2013; el Protocolo se ha abierto a la firma en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013. El mismo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a un periodo de 3 meses a partir de la fecha de ratificación de, por lo menos, 10 Estados.

A día de hoy (20 de abril de 2017) los Estados que ha firmado son 18 (Armenia, Albania, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Lituania, Moldavia, Noruega, Holanda, Rumania, San Marino, Eslovaquia, Eslovenia, Turquía, Ucrania), pero los que han ratificado son solo 7 (Armenia, Albania, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia).

⁶¹¹ Se trata del parecer que el Comité de Ministros puede solicitar del TEDH sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, que sin embargo no puede concernir al contenido o la eficacia de los derechos y libertades ahí contenidos. La “opinión” tiene que motivarse y se prevé la posibilidad de que los Jueces de Estrasburgo emitan opiniones disidentes.

Art. 47 CEDH Opiniones consultivas: “1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer a resultas de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité”.

Art. 48 CEDH Competencia consultiva del Tribunal: “El Tribunal resolverá si la solicitud de opinión consultiva presentada por el Comité de Ministros es de su competencia, tal como la define el artículo 47”.

Art. 49 Motivación de las opiniones consultivas: “1. La opinión del Tribunal será motivada. 2. Si la opinión no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, todo juez podrá formular una opinión separada. 3. La opinión del Tribunal se comunicará al Comité de Ministros”.

considerarse incluidas entre aquellas), en el ámbito de un juicio del que son competentes, y que se refiere a cuestiones de principio en relación con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos (art. 1).

La petición tiene que superar un primer filtro constituido por un colegio de cinco Jueces de la Gran Sala y, si resulta admitida, la opinión es dictada por esta última. Tanto del colegio, como de la Gran Sala, es miembro de derecho el Juez elegido por el Estado del que proviene la petición de dictamen⁶¹².

El Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, así como el Estado interesado en el dictamen, tienen la facultad de presentar observaciones escritas y de participar en las vistas; asimismo, otros sujetos pueden ser invitados directamente por el Presidente del Tribunal de Estrasburgo.

Las opiniones, que como ya hemos apuntado en nota tienen que motivarse y pueden contener opiniones disidentes⁶¹³, no cuentan, sin embargo, con eficacia vinculante para el Estado solicitante ni, como es obvio, para ningún otro sujeto.

La aprobación de esta nueva competencia “consultiva” ha sido recibida positivamente, incluso con entusiasmo, por parte de la doctrina, aunque no hayan faltado voces que han mostrado reservas y preocupaciones⁶¹⁴.

⁶¹² LÓPEZ GUERRA (LÓPEZ GUERRA, L. M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, pp. 24-25) evidencia que para esta fase de admisión el Protocolo n. 16 no proporciona ningún criterio preciso ni tampoco directrices en cuanto a la decisión de admisibilidad o inadmisibilidad, quedando así la misma en las manos del Tribunal Europeo, que puede decidir discrecionalmente. Esta circunstancia permitirá un amplio margen de discrecionalidad al Tribunal en fase de admisión, como ya sucede en la autorización a la admisión de una remisión a la Gran Sala a solicitud de las partes de un caso concreto.

Para más detalles sobre las características de la fase de admisión de la solicitud de opiniones consultivas al TEDH, pueden verse las páginas 25 y 26 del mismo trabajo citado.

⁶¹³ Esta circunstancia representa una de las diferencias entre este mecanismo y la prejudicial ante el TJUE. En efecto, los Jueces de Luxemburgo no pueden expresar votos particulares de ningún tipo.

⁶¹⁴ RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall’adozione*, en *Studi sull’integrazione europea*, 2016, pp. 455 y ss., evidencia algunas contradicciones en el mecanismo del parecer prejudicial y prevé una difícil aplicación del mismo, pues faltarían instrumentos aptos para garantizar su activación (y eficacia) a nivel nacional y su racionalización a nivel europeo; ONIDA, V., *Introduzione*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. IX, considera que la reforma del Protocolo n 16 no se fundaría en una lógica muy clara y evidente, pues el Tribunal Europeo intervendría, con su opinión, en un proceso todavía en curso y en el momento de la última instancia; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., pp. 68 y ss., observa que, en el momento actual, la presencia contemporánea de un mecanismo de consulta al Tribunal Europeo y de una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo se presenta poco conciliable; ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 95), prevé que las peticiones de opiniones al Tribunal de Estrasburgo serán muy pocas y que el instrumento no tendrá el éxito deseado; SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti*

Entre los autores que sostienen la primera postura, se ha hablado de una verdadera “*revolución copernicana*” para los ordenamientos de los Estados miembros⁶¹⁵ y de la posibilidad de que pueda crearse un beneficioso círculo virtuoso, pues el Tribunal Europeo conocerá de una forma más completa las particularidades de cada supuesto específico y será posible una provechosa relación entre el Juez constitucional y la Corte Europea⁶¹⁶. Llega a afirmarse que este instrumento puede convertirse en el elemento central (la “*chiave di volta*” en italiano) de todo el sistema europeo de derechos humanos⁶¹⁷.

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación – de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea – de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas. En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo⁶¹⁸, gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y la mayoría de las veces sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en el mismo se cumpla principalmente a nivel “local”, convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo⁶¹⁹.

Esta misma experimentaría así una importante e inevitable transformación, pasando de ser el juez del caso concreto a ocuparse de problemas más genéricos, fijando los principios generales que posteriormente fundarán la decisión del juez al que le toque resolver la controversia determinada⁶²⁰.

sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri* cit., pp. 145 y ss., llama la atención sobre el riesgo que la práctica de las opiniones consultivas pueda conllevar, transformándose en una suerte de “réplica” (*doppione*) del recurso individual.

⁶¹⁵ CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea*, cit.

⁶¹⁶ CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione*, cit., 4, hablan de “*dirompente novità per l’ordinamento convenzionale*”.

⁶¹⁷ ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 788.

⁶¹⁸ LÓPEZ GUERRA, L.M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 21 y 28.

⁶¹⁹ Entre otros, PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 3 y ss.; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., pp. 79 y ss.; SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali*, cit., pp. 145 y ss.

⁶²⁰ En este sentido POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, en *Forumquadernicostituzionali*, 2 de abril de 2014; CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., pp. 8 y ss., que afirman que la nueva competencia determinará una modificación de la fisonomía de la Corte Europea, que podrá

Al Tribunal Europeo se le asignaría entonces una nueva competencia que le acercaría a las Cortes constitucionales nacionales, por lo menos por lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones analizadas en los capítulos anteriores⁶²¹ y que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse.

El Protocolo n. 16 ha sido denominado, en razón de las características ahora descritas, el “*protocolo del diálogo*”⁶²²; no obstante, y siempre que finalmente entre en vigor, que sea de ese modo dependerá claramente de su aplicación práctica y del rol y de la posición del CEDH en el sistema de fuentes del Derecho de cada ordenamiento nacional⁶²³.

Al examen de las características de la prejudicial eurounitaria y de la del Protocolo n. 16, en comparación con aquella constitucional, tiene que anteceder en el

intervenir *ex ante* y no solo *ex post* como hasta ahora, realizando una verdadera función nomofiláctica en el contexto europeo y creando un punto de equilibrio entre las distintas jurisdicciones; DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell’esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell’uomo*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri*, cit., pp. 1 y ss.

⁶²¹ Nos referimos a las sentencias aditivas de principios, analizadas en el Cap. Segundo, VI.1.

⁶²² Esta definición es del propio Presidente del Tribunal de Estrasburgo don Dean Spielmann, pronunciada en ocasión de la 123ª Sesión del Comité de Ministros de 16 de Mayo de 2013 (www.echr.coe.int).

⁶²³ En Italia durante mucho tiempo el CEDH se ha considerado una fuente de igual rango que la ley ordinaria, con la consecuencia que la misma no podía utilizarse como parámetro de constitucionalidad en los procesos de control de las leyes por parte de la Corte constitucional; solo podía citarse “*ad abundantiam*”, junto con los parámetros de constitucionalidad formalmente reconocidos.

El significado y el “peso” real del CEDH han crecido sensiblemente después del cambio jurisprudencial a través de las denominadas “sentencias gemelas” (Sentencias de la Corte const. de 24 de octubre de 2007, nn. 348 y 349, comentadas en *Foro italiano*, 2008, I, pp. 39-40).

En estas decisiones, la Corte ha resaltado la previsión del art. 117.1 de la Constitución italiana, así como quedó modificado con la reforma de 2001, que declara que las leyes tienen que respetar las obligaciones internacionales; y de esto deriva que la violación del Convenio produce indirectamente la vulneración de dicha disposición de la Constitución italiana. El CEDH puede, por tanto, utilizarse como parámetro de constitucionalidad en virtud de la técnica de “*la norma interposta*”.

La Corte constitucional ha afirmado también la necesidad de que el juez ordinario interprete la ley nacional de conformidad con el Convenio, recordando que en esta labor tiene que seguirse la interpretación proporcionada por el Tribunal de Estrasburgo.

Posteriormente esta doctrina ha sido precisada; la Corte alude a varios “criterios”, entre los cuales estarían: el de la selección de la “tutela más intensa” entre las proporcionadas por el Convenio y la Constitución nacional; y el de la necesidad de llevar a cabo una valoración “sustancial” y además “sistémica y no fraccionada” de los derechos fundamentales, para garantizar la expansión máxima de todos los principios relevantes (v. las Sentencias de la Corte const. de 4 de diciembre de 2009, n. 317, en *Foro italiano*, I, 2010, p. 359; de 22 de julio de 2011, n. 236, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 3021, con nota de PINELLI, C.; y de 18 de julio de 2013, n. 202, en *Foro italiano*, I, 2013, p. 3376).

En España el problema se ha puesto con menor intensidad, en razón de la previsión del art. 10.2 CE: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

examen una cuestión preliminar: aclarar la naturaleza del mecanismo que permite la petición de opiniones consultivas al TEDH, es decir, si efectivamente estamos ante una verdadera cuestión prejudicial.

En relación con ello se ha sostenido la naturaleza “híbrida” de esta competencia asignada al Tribunal Europeo, que presenta características típicas de los procedimientos consultivos pero, también, de aquellos prejudiciales; por esta razón se ha hablado de “*procedimiento consultivo-prejudicial*”, de “*opiniones prejudiciales*”⁶²⁴, de “*reenvío prejudicial sui generis*”⁶²⁵ o incluso de “*opinión para-prejudicial*”⁶²⁶.

Adquiere un valor decisivo en este debate averiguar si existe para la autoridad judicial que plantea la cuestión interpretativa la obligación de suspender el juicio en curso en el que ha surgido la duda, a la espera de la respuesta de la Corte de Estrasburgo. El problema, dicho en otros términos, reside en definir si el dictamen puede (o tiene que) servir también al juez remitente o solo *pro futuro*.

Una respuesta negativa se fundaría, señaladamente, en la naturaleza subsidiaria del recurso al Tribunal de Estrasburgo, en la circunstancia de que el art. 1.1 del Protocolo n. 16 se refiere a opiniones sobre “cuestiones de principio”, y, en fin, en la necesidad de evitar que el instrumento del dictamen se transforme en una réplica del recurso individual directo⁶²⁷.

Consideramos, sin embargo, que los argumentos que permiten postular una respuesta en positivo son absolutamente predominantes. En efecto, la petición puede plantearse solo “*en el ámbito de un proceso pendiente*” (art. 1.2) y el juez proponente tiene que alegar “*los datos pertinentes del contexto jurídico y fáctico del asunto pendiente*” (art. 1.3). A la vista de ello resultaría ilógico, y seguramente contrario a la economía procesal, que un juez, durante un juicio del que es competente, pida una opinión sobre la interpretación de una disposición del CEDH y cierre el caso, sin embargo, sin esperar la respuesta de la Corte Europea.

⁶²⁴ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione cit.*, pp. 9 y ss.

⁶²⁵ CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomistiche*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri cit.*, pp. 49 y ss., a cuyo juicio se trataría de una suerte de compromiso entre dos exigencias inconciliables: armonizar los sistemas jurídicos (nacionales y supranacional) y ampliar el margen de apreciación de los Estados.

⁶²⁶ SQUAZZONI, A., *Qualche suggestione. Se un ponte tra giudici si fa diretto*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri cit.*, p. 135.

⁶²⁷ En tal sentido, POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” cit.* Y, aunque planteando algunas dudas al respecto, SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali cit.*, pp. 145 y ss.

A todo esto cabe añadir las reflexiones sobre el objetivo del instrumento mencionadas en la misma Relación explicativa del Protocolo, en la que puede leerse: “*el procedimiento no está pensado, por ejemplo, para permitir una revisión en abstracto de la legislación que no tiene que aplicarse en el proceso en curso*” y que la finalidad es “*proporcionar a la autoridad judicial proponente los medios necesarios para garantizar el respeto de los derechos previstos en el Convenio durante el examen del caso pendiente ante ella misma*”⁶²⁸.

Por lo dicho, es difícil negar el efecto suspensivo del planteamiento de una petición de opinión consultiva al TEDH, aunque coincidimos con los autores que han defendido la “utilidad” de dedicar una específica disposición del Protocolo n. 16 a la obligación de suspender el juicio en el que se plantee la pregunta al Tribunal Europeo⁶²⁹.

En Italia, sin embargo, el proyecto de ley de ratificación y ejecución de los Protocolos nn. 15 y 16 al CEDH, actualmente a la espera del examen de la Cámara de los Diputados, deja al juez la elección sobre la suspensión del proceso en el que se decida utilizar el nuevo instrumento consultivo⁶³⁰, lo que describe de nuevo las dudas interpretativas que presenta la regulación que nos ocupa.

⁶²⁸ Concuerdan, en forma expresa o implícita, con la teoría de la suspensión del juicio: CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale* cit., pp. 49 y ss.; CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., pp. 8 y ss.; LÓPEZ GUERRA, L.M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 24; RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., pp. 455 y ss.

⁶²⁹ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 6.

⁶³⁰ Disegno di legge recante “*Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013*”, cuyo art. 3 establece que “*il giudice che richiede il parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo può disporre la sospensione del processo fino alla ricezione del parere stesso*”, en <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/gi0583.pdf>.

III. Una comparación entre las características de la prejudicial constitucional, europea y convencional:

a) los sujetos legitimados

Ya declarado que nos situamos en la posición mayoritaria de la doctrina en cuanto a que la autoridad que pide la opinión al TEDH tiene la obligación de suspender el juicio en curso a la espera de la respuesta del Tribunal Europeo, podemos concluir que, también en lo que atañe al mecanismo previsto en el Protocolo 16 al Convenio, cabe advertir una forma de prejudicialidad, si bien, como diremos, con características peculiares.

Como fue anticipado, procede verificar una comparación entre la prejudicial constitucional, a la que hemos dedicado los primeros cuatro capítulos de este trabajo, y los dos instrumentos prejudiciales que pertenecen al ordenamiento eurounitario, de un lado, y al ámbito del Convenio Europeo, de otro. Con esta finalidad nos centraremos en los siguientes aspectos de cada uno de los mencionados procedimientos: a) los criterios para el reconocimiento de los sujetos legitimados para plantearlos; b) el carácter obligatorio o facultativo del planteamiento; c) el objeto de la cuestión o de la consulta; d) la existencia de un contradictorio o el rol de las partes del proceso nacional ordinario en los procedimientos supranacionales; e) la decisión y su eficacia.

Empezando con la primera de estas cuestiones, el art. 267 TFUE, al reconocer la legitimidad para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, utiliza la expresión “órgano jurisdiccional”⁶³¹. Se trata, evidentemente, de un término genérico, que necesitaba de una mayor especificación, dado que cada Estado miembro

⁶³¹ Art. 267 TFUE: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

de la UE tiene su estructura jurisdiccional y, en consecuencia, puede tener una diferente forma de calificar a las autoridades con jurisdicción.

El Tribunal de Justicia elaboró entonces su definición de “órgano jurisdiccional”, válida, en concreto, para despejar los términos de legitimación de cara a plantear la cuestión prejudicial (y que, por lo tanto, no tiene que aplicarse en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión a otros fines⁶³²).

En particular, el Tribunal de Luxemburgo ha definido algunos requisitos del órgano, a saber: 1) el origen legal; 2) el carácter permanente; 3) la obligatoriedad de la jurisdicción; 4) la naturaleza contradictoria del procedimiento; 5) que decidan aplicando normas jurídicas y no simplemente según equidad; 6) su independencia⁶³³.

El TJUE ha interpretado en sentido amplio la noción de “juicio”, excluyendo solo aquellos procedimientos en los que la autoridad judicial desarrolla una función exclusivamente administrativa.

El Protocolo n. 16 establece en su art. 1 que están legitimadas para solicitar la opinión consultiva las “más Altas Jurisdicciones” de aquellos Estados que hayan procedido a la ratificación, así como que éstas (indicadas luego con la expresión “autoridades judiciales”) sean como tales reconocidas por cada país en el momento de la firma o del depósito sucesivo a la aprobación del instrumento de ratificación.

En este caso, los términos empleados en el acto normativo terminan por no tener mucha importancia. En efecto, en contra de lo que pasa en la prejudicial constitucional y en la eurounitaria, el Protocolo n. 16 cambia el criterio “de fondo” para la identificación de los sujetos legitimados para dirigirse al Tribunal Europeo. En las dos primeras, las nociones indicadas en la normativa (“juez”, “autoridad judicial”, “órgano jurisdiccional”, “juicio”) han permitido una mayor concreción a través de la jurisprudencia, seguramente también influenciada por las sugerencias de la doctrina

⁶³² Para proponer solo algunos ejemplos en relación con la noción de “juez” y de “juicio” (v. también, para los ámbitos nacionales, Cap. Segundo, I): en Italia la legitimación del Consejo de Estado (en el seno del recurso extraordinario al Jefe de estado) para plantear cuestiones de legitimidad constitucional a la Corte constitucional tardó varios años; sin embargo, nunca fue excluido de la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Al contrario, el árbitro puede elevar una duda de constitucionalidad ante la Corte constitucional italiana pero no puede plantear una cuestión ante el Tribunal de Luxemburgo.

⁶³³ “Nota informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales” cit., punto 4.

En jurisprudencia, puede verse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia: de 30 de junio de 1966, Vaassen-Gobbels (61/65); de 10 de diciembre de 2009, Umweltanwalt von Karnten (C-205/08); de 14 de junio de 2011, Miles (C-196/09).

científica. Nada parecido puede suceder en el caso del Protocolo n. 16, ya que la selección de las autoridades judiciales legitimadas para elevar una duda sobre la interpretación del Convenio procede de una elección política, que probablemente llevará a la previsión de un elenco taxativo de sujetos, eliminando el espacio de la interpretación jurisprudencial.

Evidencia aún más la naturaleza política y discrecional de la elección la previsión del Protocolo según la cual la declaración en la que se indican las autoridades judiciales legitimadas “*puede modificarse en cualquier momento*” (art. 10), generando dudas en orden a la independencia de estas autoridades⁶³⁴. Sobre este particular, ha habido autores que se han preguntado si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles “desde el exterior”, en los casos en los que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones (como la exclusión de las Cortes constitucionales en aquellos Países en los que estas hayan demostrado su trascendencia para las transiciones democráticas)⁶³⁵.

La “Memoria explicativa”, a la que ya hemos hecho referencia, precisa las razones que sustentan la previsión del Protocolo n. 16: la expresión “las más Altas Jurisdicciones” estaría dirigida a evitar complicaciones potenciales, permitiendo al mismo tiempo una cierta libertad de elección. La misma se refiere a las autoridades jurisdiccionales que se encuentran en la cúspide del sistema judicial nacional y la utilización del “plural” permitiría la inclusión de aquellos órganos judiciales que, no obstante se encuentren en un escalón jerárquico inferior al Tribunal Supremo o al Constitucional, ostentan una posición de especial relevancia en el ordenamiento, por ser, por ejemplo, las “más altas” en una determinada categoría de pleitos.

Sin duda, otra circunstancia que no hay que olvidar y que fundamenta esta elección es el consecuente efecto limitativo sobre el número de peticiones de opiniones a la Corte de Estrasburgo, que podría convertirse en excesivo si se hubiera dejado esta facultad a todas las jurisdicciones nacionales⁶³⁶.

⁶³⁴ POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit., afirma que esta previsión puede convertirse en una peligrosa “espada de Damocle” sobre todo para los Jueces constitucionales que todavía no han terminado su proceso democrático.

⁶³⁵ RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., p. 460.

Sobre el rol de las Cortes constitucionales en los procesos de transición democrática, puede consultarse el ya citado texto de BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

⁶³⁶ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 7 y ss. De la misma opinión también LÓPEZ GUERRA, L.M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 23, que afirma que la limitación a los “más altos tribunales” de los estados busca sin

Este elemento no tiene, entonces, que olvidarse: mientras en la prejudicial constitucional y en la eurounitaria cualquier autoridad jurisdiccional, en ocasión de un proceso del que es competente, tiene legitimación para plantear una cuestión de constitucionalidad o una prejudicial ante el TJUE, en el instrumento contemplado en el Protocolo n. 16 el número de los órganos judiciales legitimados se limita a determinadas autoridades según las previsiones aprobadas por los legisladores nacionales.

La doctrina ha llevado a cabo unas “previsiones” sobre este punto. Habitualmente no se excluye de este listado, por lo menos en Italia, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas cuando actúa con poderes jurisdiccionales, la Corte única militar de Roma y el Tribunal superior de las aguas⁶³⁷.

Por lo que concierne al Juez constitucional, en la “Memoria explicativa” del Protocolo n. 16 se precisa que “*una más Alta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser una autoridad a la que presentar un recurso para satisfacer el requisito del agotamiento de las vías de recursos internos, ex art. 35.1 CEDH*”. Esta puntualización parece querer responder a exigencias y realidades como la italiana, donde no está previsto un recurso directo del ciudadano ante la Corte constitucional y, por ello, el juicio ante esta no se considera un procedimiento necesario para agotar los medios de apelación a nivel nacional (según el principio de subsidiariedad)⁶³⁸.

Las opiniones expresadas hasta la fecha por la doctrina reconocen de manera casi unánime la inclusión de la Corte constitucional dentro de las “más Altas Jurisdicciones” legitimadas para pedir la opinión consultiva al Tribunal de

duda evitar una “proliferación de peticiones” que podrían llevar a complicar el sistema de tutela del Convenio.

⁶³⁷ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 4 y ss.; CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 4, sostiene, sin embargo, que sería preferible limitar la legitimación a la Corte constitucional y a las Secciones Unidas de la corte de Casación. MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., p. 74, considera que también el Consejo de Estado en el ámbito del recurso extraordinario al Jefe de Estado debería incluirse entre las “Altas Jurisdicciones”.

⁶³⁸ Sobre este tema, véase la reciente Sentencia del TEDH de 27 de agosto de 2015, asunto Parrillo c. Italia, y en particular el voto particular expresado por la minoría del colegio. En doctrina puede verse RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 617 y ss.

La respuesta de la Corte constitucional italiana a esta doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo se encuentra en la Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, n. 49, en *Foro italiano*, 2016, I, p. 1623; en doctrina v. SORRENTI, G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, en *Forumquaderniconstituzionali*, 2015.

Estrasburgo⁶³⁹. Uno de los argumentos que fundamentan esta postura ha sido, evidentemente, el hecho de que la jurisprudencia constitucional italiana ha terminado por incluir el Convenio entre las normas que constituyen el parámetro de la constitucionalidad en los juicios de legitimidad constitucional de las leyes (aunque todavía como “*norma interposta*”)⁶⁴⁰; sería, entonces, una paradoja excluir ahora la Corte constitucional de los sujetos legitimados para entablar un diálogo directo con la Corte de Estrasburgo⁶⁴¹.

Siempre con respecto a este tema, otros autores han llegado a afirmar que la legitimación de la Corte constitucional se manifiesta “*como la única hipótesis en el que la opinión podría alcanzar una significación ‘en abstracto’*”⁶⁴².

No obstante las opiniones de la doctrina, el legislador italiano ha seguido otra orientación y en el proyecto de ley para la ratificación del Protocolo n. 16 ha enunciado como autoridades legitimadas solo la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo de justicia administrativa de la región Sicilia, excluyéndose por lo tanto a la Corte constitucional⁶⁴³. Se trata sin duda de una elección difícil de comprender, y ciertamente contraria al espíritu que fundamenta el Protocolo n. 16, dirigido a incrementar el diálogo justo entre las “más Altas Jurisdicciones” (de las que es arduo obviar el Constitucional). Diálogo alentado por el carácter facultativo de la consulta y por la eficacia no vinculante de la opinión.

Muchos comentaristas y la más autorizada doctrina confían en un replanteamiento por parte del legislador italiano; en caso contrario, como hemos apuntado en las reflexiones anteriores, las posibilidades de una integración sucesiva del listado de sujetos legitimados a pedir opiniones consultivas al TEDH utilizando los instrumentos de la interpretación y la actividad jurisprudencial parecen remotas (aunque algunos autores sostengan esta última teoría⁶⁴⁴).

⁶³⁹ Entre otros, PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 4 y ss.; POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 12; LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali* cit., pp. 82 y ss.

⁶⁴⁰ V. Cap. Quinto, II, nota 625.

⁶⁴¹ CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

⁶⁴² “*Come l’unica ipotesi in cui il parere potrebbe rivestire un rilievo ‘in astratto’*”, v. ONIDA, V., *Introduzione* cit., p. X, que observa como en estos casos se justificaría menos el carácter no vinculante del dictamen.

⁶⁴³ *Disegno di legge recante “Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013”*.

⁶⁴⁴ En este sentido se ha expresado RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 470.

Merece la pena entonces, para concluir, evidenciar como esta disciplina puede crear una situación en la que en un ordenamiento jurídico se le reconozca al Juez constitucional la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante sí mismo y cuestiones prejudiciales ante la Corte de Luxemburgo, pero al mismo tiempo, dejando la elección de los sujetos legitimados para pedir opiniones consultivas al Tribunal Europeo en las manos de la clase política, el máximo intérprete de la Constitución quede fuera de este listado, como en el caso italiano.

En la eventualidad de que se realice la prevista adhesión de la Unión Europea al Convenio, otro sujeto que sin duda debería incluirse entre los legitimados a pedir la opinión consultiva al TEDH sería el Tribunal de Justicia de Luxemburgo (sobre este tema volveremos más adelante).

b) el carácter obligatorio o facultativo

El segundo aspecto que tenemos que analizar atañe a la naturaleza obligatoria o facultativa de las solicitudes de intervención de los dos órganos jurisdiccionales supranacionales⁶⁴⁵.

En el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad en el ámbito nacional (nos referimos solo a los ordenamientos analizados en este trabajo, evidentemente), hemos visto que cualquier juez está legitimado para plantearla ante el Juez constitucional, cuando subsistan algunas condiciones expresamente previstas por la Constitución o por la ley o introducidas en vía jurisprudencial (como la obligación de interpretación conforme en Italia⁶⁴⁶). Contrariamente a los autores que han sostenido que al juez ordinario se le reconoce una mera facultad de elevar la duda de constitucionalidad⁶⁴⁷,

⁶⁴⁵ Las consideraciones de este apartado se refieren, como aclararemos, al carácter obligatorio o facultativo del planteamiento por parte del juez nacional de una cuestión prejudicial o de la solicitud de opinión consultiva. Otros autores han analizado la naturaleza obligatoria o facultativa de estos dos instrumentos también desde otro prisma, de carácter “previo”. A saber: el carácter opcional o no de cada uno de estos procedimientos pero respecto de la opción del Estado que pertenece al ordenamiento supranacional en cuestión (Unión Europea y Consejo de Europa) de acogerse al mecanismo mismo. Queremos con esto referirnos a que los Estados miembros de la UE no pueden renunciar a la eficacia del art. 267 TFUE, mientras que la ratificación del Protocolo n. 16 es totalmente facultativa, y aunque este entre en vigor, los Estados que no hayan firmado el mismo no tendrán ninguna obligación respecto de la aplicación del instrumento de las opiniones consultivas. Véase a este respecto LÓPEZ GUERRA, L.M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 22.

⁶⁴⁶ V. Cap. Segundo, VI.1.i.

⁶⁴⁷ Véanse, entre otros, SCODITTI, E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell’Unione europea*, en *Foro italiano*, III, 2012, p. 371; CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell’Unione europea sull’interpretazione della normativa “comunitaria”: i poteri del giudice nazionale*, en *Quaderni europei*, n. 43, agosto de 2012.

llegamos a la conclusión de que, si se verifica que la cuestión es relevante para el juicio en curso, no concurre la manifiesta falta de fundamento, no es posible superar la duda de legitimidad constitucional a través de los poderes interpretativos del juez y este mismo haya manifestado su perplejidad en relación con la constitucionalidad de la norma en cuestión, el órgano judicial que conoce del caso concreto tenga la obligación (y no la simple facultad) de llevar la cuestión ante el Juez constitucional. Prueba de estas afirmaciones ha sido el reciente cambio en la jurisprudencia constitucional española sobre el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en ocasión del no planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad⁶⁴⁸.

Entrando ahora en el tema que nos ocupa en este capítulo, hemos visto como, según el art. 267 TFUE, el Tribunal de Justicia puede recibir por parte de un juez ordinario de un Estado miembro de la UE una cuestión relativa a la correcta interpretación o a la validez del Derecho eurounitario.

Aunque, como hemos dejado claro, exista una absoluta parificación entre todos los sujetos que pueden considerarse “órganos jurisdiccionales” a la hora de poder plantear una cuestión, el Derecho de la Unión Europea introduce una diferenciación entre los jueces de última instancia (órganos cuya decisión no sea susceptible de ulterior recurso judicial de Derecho interno) y aquellos que no lo son. Solo los primeros, en efecto, tienen (en caso de duda sobre la validez o interpretación del DUE, claro está) la obligación de activar el instrumento prejudicial – para evitar que se consolide una jurisprudencia nacional en contraste con la normativa de la Unión -, los demás una simple “facultad”. Esta previsión del art. 267 TFUE ha sido en realidad posteriormente integrada y modificada por parte de la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo y de su actividad “paranormativa”.

Respecto de las cuestiones de validez, el Tribunal de Justicia ha afirmado que los jueces no pueden declarar ilegítimo un acto eurounitario sin haber consultado el mismo a través de la cuestión prejudicial. En caso de dudas sobre la validez de la fuente normativa eurounitaria, los jueces (aunque no sean de última instancia) tienen entonces

⁶⁴⁸ V. Cap. Segundo, V.2.

la obligación de solicitar la intervención del órgano encargado de la interpretación del DUE⁶⁴⁹.

Una vez más a través de la jurisprudencia, hoy en día absolutamente consolidada⁶⁵⁰, se han introducido unas limitaciones con respecto a la obligación del reenvío por los jueces de última instancia. A estos no se les podrá exigir el planteamiento siempre que la duda sobre la interpretación resulte: a) no pertinente para el juicio en curso (relevancia); b) fácilmente superable a través la aplicación de una consolidada doctrina de la Corte de justicia, porque la cuestión planteada es materialmente idéntica a otra ya resuelta previamente en una decisión prejudicial dictada en caso análogo (criterio denominado, en francés, del *acte éclairé*); c) de evidente inconsistencia, y por lo tanto la correcta aplicación del Derecho eurounitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada (criterio del *acte clair*). Ha habido casos en los que las autoridades estatales se han preguntado si es posible reconocer otras causas que eximen al juez de última instancia de la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante el juez de Luxemburgo⁶⁵¹.

En Italia, por ejemplo, en un caso el juez administrativo de última instancia estimó no estar obligado a plantear la cuestión eurounitaria solicitada a instancia de parte, pues la solución a la duda interpretativa podía deducirse de una sentencia aditiva dictada por la Corte constitucional en otro contexto. Una interpretación distinta— en este caso que proviniese del Tribunal de Justicia — habría podido entonces entrar en contradicción con aquella de la Consulta y en este caso no habría podido aceptarse, ya que la interpretación del Juez constitucional de la normativa en cuestión fue dictada para proteger un derecho fundamental. El juez administrativo justificó su decisión utilizando la teoría de los contra-límites: en este supuesto la presencia de una

⁶⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de octubre de 1987, n. 314/85, asunto *Foto-Frost*. Esta jurisprudencia, absolutamente consolidada, tiende a evitar divergencias de interpretación entre los jueces de los Estados miembros, garantizando así la uniformidad pero también la certeza del Derecho eurounitario.

⁶⁵⁰ Identificada como doctrina *Cilfit*, pues estos criterios se explicitaron con ocasión de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 1982, n. 283/81, asunto *Srl Cilfit y otras c. Ministero della sanità*.

⁶⁵¹ Estas dudas han surgido muchas veces en consideración, de un lado, de que la circunstancia que la cuestión prejudicial tiene unas consecuencias, aunque indirectas, para la tutela de los derechos de las partes del juicio nacional en el que la misma se plantea y, de otro, de la eventual responsabilidad del Estado en caso de no planteamiento.

interpretación de la normativa proporcionada por la Corte constitucional actúa como “límite” a la obligación de plantear la cuestión prejudicial ante Luxemburgo⁶⁵².

La trascendencia de la posible inobservancia de la obligación del reenvío prejudicial por los jueces nacionales de última instancia, ha producido un debate sobre los posibles remedios a esta conducta. Se ha hablado de la posibilidad de activar el procedimiento de infracción, por responsabilidad del Estado⁶⁵³; de recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del art. 6 del Convenio⁶⁵⁴; o,

⁶⁵² Sentencia del Consejo de Estado, sección V, de 8 de agosto de 2005, n. 4207. El órgano judicial, ante la petición de una de las partes de inaplicar la regulación nacional aplicable al caso porque contravenía en su opinión el Derecho comunitario, o de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, descartó la primera solución y consideró además “no pertinente” el planteamiento de la prejudicial eurounitaria, pues no la consideró relevante para la resolución del caso.

La motivación se fundó en que la regulación aplicable al caso era el resultado de una sentencia aditiva de la Corte constitucional que imponía un determinado contenido – según la notoria teoría de las “rimas tasadas” (v. Cap. Cuarto, III.2) - en actuación del principio de tutela del derecho a la salud; por esta razón, afirmó el juez que no habría podido inaplicar la normativa nacional tampoco si así se hubiera pronunciado el Tribunal de Luxemburgo, pues la interpretación de la Corte constitucional proporcionada para la tutela de un derecho fundamental vincula el juez administrativo a la aplicación de aquella normativa y opera entonces como contra-límites frente al ordenamiento eurounitario.

La doctrina se ha manifestado críticamente sobre este particular. Véanse, por ejemplo: RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario*, en *“Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, Studi dell’anno 2005*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 397; DAL CANTO, F., *Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, en *Giur. it.*, 2007, pp. 587 y ss.

⁶⁵³ El Tribunal de Justicia, en unas cuantas decisiones, ha precisado que también la actividad del juez en el ejercicio de sus funciones interpretativas puede ser motivo de responsabilidad del Estado, cuando esto suponga una violación de los principios del Derecho de la Unión Europea, entre los cuales está la obligación del planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de los jueces de última instancia.

Véanse, en jurisprudencia, las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C9/90, Francovich; de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46 y C-48/93, Brasserie du Pecheur; y de 30 de septiembre de 2003, C-224/01, Kobler.

Esto llevó a que la legislación italiana se declarase no conforme al Derecho de la Unión Europea por excluir la responsabilidad del Estado para la actividad del juez, también en los casos de “culpa grave” (por no plantear el juez de último grado la cuestión prejudicial) y por la existencia de una cláusula que eximía siempre de responsabilidad la actividad interpretativa del juez (Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2006, C-170/03, Traghetti del Mediterraneo; y de 24 de noviembre de 2011, C-379/10, Commissione c. Governo Italia).

En respuesta, el legislador italiano ha aprobado una nueva ley sobre la responsabilidad civil del juez (ley n. 18 de 2015), siguiendo los criterios enunciados en la jurisprudencia eurounitaria.

En doctrina, puede verse AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, en *Foro italiano*, V, 2015, pp. 281 y ss.

⁶⁵⁴ La jurisprudencia del Tribunal Europeo se ha consolidado en la afirmación de los siguientes principios: a) el art. 6.1 CEDH impone a los órganos jurisdiccionales nacionales una obligación de motivar las decisiones en las que se niegan a plantear una cuestión prejudicial al TJUE; b) la tarea del TEDH, cuando tenga que decidir sobre un caso de este tipo (negativa a plantear la cuestión prejudicial) por supuesta violación del art. 6 del Convenio, es asegurarse que dicha negativa haya sido adecuadamente motivada; c) no le compete, no obstante, pronunciarse sobre eventuales errores del órgano judicial nacional en la interpretación o aplicación del Derecho pertinente; d) si quien ha negado el planteamiento es un órgano nacional de última instancia (art. 267.3 TFUE), éste deberá haber justificado su decisión respecto de las excepciones previstas por el Derecho eurounitario. Deberán, por lo tanto, explicar porque consideran la cuestión no pertinente, o que la misma regulación ya ha sido objeto de una interpretación del TJUE, o que la aplicación del Derecho UE se impone con toda evidencia, sin dejar lugar a dudas.

finalmente, de utilizar el recurso directo, en los Estados que lo prevén, al Juez constitucional por violación del derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁵⁵ o del principio del juez natural⁶⁵⁶.

En el sistema de la prejudicial delineada por el Protocolo n. 16, los “Altos Tribunales” (o “Altas Jurisdicciones”, según la traducción que se haga) que hayan sido elegidos como sujetos legitimados en el momento de la ratificación, tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo, pero nunca una obligación. En la “Memoria explicativa” se afirma, en efecto, que dichas autoridades “pueden” pedir el parecer al Tribunal: “*la solicitud es facultativa y en ningún caso obligatoria. A este propósito es importante también evidenciar que la autoridad jurisdiccional que presente la petición puede renunciar en cualquier momento*”⁶⁵⁷.

Las razones de esta elección, que diferencia la prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el “resultado”, y no averiguar una solución igual para todos. Por el contrario, siempre que lleguen a aquel resultado, se permiten soluciones diferentes, reconociendo un “margen de apreciación” a los Estados miembros⁶⁵⁸.

Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 2011, asunto *Ullens de Schooten s Rezabek c. Belgio*; y de 21 de julio de 2015 (rec. 38369), *Schipani c. Italia*.

En doctrina: ROVAGNATI, A., *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto eurounitario e diritto ad un giusto processo ex art. 6 Cedu*, en *Rivista AIC*, 2012/1, 14 de marzo de 2012; RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu*, en www.europeanrights.eu.

⁶⁵⁵ En España, desde el ATC 58/2004, que analizaremos en las próximas páginas, el Tribunal Constitucional admite poder utilizar el instrumento del amparo constitucional para reparar graves violaciones de la obligación del juez ordinario de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de justicia. V. Cap. Quinto, III. Sigue.

⁶⁵⁶ Son ejemplos de esta postura los ordenamientos austríaco y alemán. En doctrina, sobre este tema, puede verse RORIG, M.T., en PASSAGLIA, P. (Coord.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, Servizio studi della Corte costituzionale*, Roma, abril de 2010.

⁶⁵⁷ Introducción a la Memoria (o Relación) explicativa al Protocolo n. 16 al CEDH, n. 7.

Hemos visto en los capítulos anteriores como esta conducta no sea posible para el juez ordinario que haya planteado una cuestión de inconstitucionalidad, sobre todo en el ordenamiento italiano.

⁶⁵⁸ Entre otros, v. PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione cit.*, pp. 3 y ss.; DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu cit.*, pp. 7-8. Sobre el tema del margen de apreciación estatal en el contexto del Consejo de Europa, pueden verse: GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación*

En este sistema de prejudicial europea, el juez “no seleccionado” entre los legitimados en el momento de la ratificación del Protocolo n. 16, no tendrá ninguna posibilidad de pedir opiniones interpretativas a la Corte de Estrasburgo. La única posibilidad para los órganos judiciales “inferiores” sería entonces plantear al Juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, poniendo “en contacto” la prejudicial constitucional y la europea.

Sin embargo, en situaciones como la italiana en la que, por lo menos hasta ahora, la Corte constitucional no ha sido incluida entre los “Altos Tribunales” habilitados a solicitar el parecer del Juez Europeo, no se ofrece tampoco esta solución a los jueces ordinarios⁶⁵⁹.

En la comparación entre estos tres distintos instrumentos prejudiciales, nos parece oportuno en este punto evidenciar que, en nuestra modesta opinión, la labor de realización y difusión de los principios y valores fundamentales confiada a las autoridades jurisdiccionales legitimadas para activar estos mecanismos puede entenderse plenamente cumplida en la prejudicial constitucional, en la que todos los jueces tienen la facultad (y recurriendo algunos presupuestos, la obligación) de elevar la cuestión de inconstitucionalidad; en una medida ciertamente suficiente en la prejudicial eurounitaria, en la que los jueces cuyas decisiones pueden recurrirse tienen una simple facultad de recurrir al instrumento prejudicial; y probablemente en medida insuficiente en lo que concierne al instrumento previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio, orientado más bien a un diálogo entre autoridades en la cumbre de los ordenamientos jurídicos y que deja aislados a la mayor parte de los jueces nacionales.

nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos : soberanía e integración, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J., *Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes : ¿cuál es el margen de apreciación nacional?*, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales : de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; GARCÍA ROCA, J., *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143.

⁶⁵⁹ Merece una mención la reflexión de CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 45, que sostiene que de todas formas si el juez ordinario no encontrara una interpretación conforme a Constitución de la norma sobre la que tiene también una duda interpretativa en relación con el Convenio, de nada serviría la respuesta de Estrasburgo, pues el órgano judicial debería sucesivamente plantear de todos modos la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte constitucional, dado que no tiene la facultad de inaplicar la normativa nacional que contraste con el CEDH.

c) el objeto

Analizaremos ahora algunos aspectos relacionados con el objeto, de un lado, de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia y, de otro, de la solicitud de opinión consultiva a la Corte Europea de Derechos Humanos. Por lo que concierne al primer instrumento, el Juez de Luxemburgo ha precisado, a través de una jurisprudencia constante resumida en las “Notas informativas sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales”, que el planteamiento tiene que referirse a la interpretación o validez del Derecho de la Unión, y no a la interpretación de las normas de Derecho interno o a cuestiones “de hecho” elevadas en el ámbito de un juicio. Se añade además que la Corte de Justicia entrará a conocer del asunto solo si el Derecho de la Unión es aplicable al caso concreto del que proviene el planteamiento.

Es notorio como, en la aplicación práctica y con el paso del tiempo, se ha reducido la distinción tan rígida entre interpretación del Derecho de la Unión, interpretación del Derecho nacional y aplicación de ambos por parte del juez ordinario. De un lado, como consecuencia de la obligación para el órgano jurisdiccional nacional de interpretar el Derecho interno según el *eurolunitario*. De otro, en razón de las modalidades a través de las cuales se suele concretar y resolver el reenvío prejudicial. En efecto, el Tribunal de Justicia habitualmente se pronuncia sobre la compatibilidad de la normativa nacional con aquella *eurolunitaria*, terminando por llevar a cabo un control que se acerca, en algunos aspectos, al de constitucionalidad (cambiando el parámetro de constitucionalidad con el de legitimidad al Derecho de la Unión). No hay que olvidar que en este contexto se ha dado lugar a una suerte de forma de control de tipo difuso, por la atribución de la facultad del juez nacional de inaplicación directa de la normativa nacional considerada contraria al DUE.

Quedándonos todavía en el análisis del sistema *eurolunitario*, pero ahora respecto del ámbito específico del planteamiento de cuestiones prejudiciales que tengan por objeto la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia ha afirmado que, en virtud del art. 51, § 1 de aquella, los preceptos de la Carta se aplican a los Estados miembros exclusivamente cuando tengan una conexión directa con otra normativa de la Unión. Las hipótesis pueden ser numerosas y diferentes; pero todas tienen que respetar un requisito, a saber: que en el

auto de planteamiento se evidencie de forma clara e inequívoca que una norma del Derecho de la UE distinta de la Carta es aplicable en el proceso ordinario nacional.

Es sabido que el Tribunal de Luxemburgo no es competente para decidir sobre situaciones jurídicas que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho eurounitario; pues bien, las disposiciones de la Carta DFUE eventualmente invocadas por el juez nacional remitente de la cuestión prejudicial no son por sí solas suficientes para justificar y fundar dicho reenvío prejudicial⁶⁶⁰.

Por lo que concierne, ahora, al mecanismo prejudicial previsto en el Protocolo n. 16, el art. 1.1 de este mismo reconoce como objeto de la consulta las “*cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus protocolos*”. La “Memoria explicativa” se limita a precisar que “*el Tribunal interpretará la definición en el momento de decidir si admitir o no la solicitud de una opinión consultiva*”⁶⁶¹.

Un procedimiento en el que un Tribunal, cuya intervención es requerida por otro órgano jurisdiccional para poder cumplir con su tarea, se pronuncia en abstracto sobre “cuestiones de principio”, pero con fundamento en un caso concreto que tiene que ser especificado ante ese Tribunal y que constituye la *occasio* para la expedición de la opinión, evoca en cierta medida la cuestión incidental de constitucionalidad. Una petición, en definitiva, que se refiere a un caso específico aunque concierna a situaciones y problemáticas más generales, que se concretan en el supuesto del proceso *a quo*.

Desde otro ángulo, el referirse a la interpretación solo de la regulación de derechos y libertades incluidos en el CEDH (y no entonces de la normativa nacional), el mecanismo europeo recuerda el sistema de reenvío prejudicial del ordenamiento eurounitario y, justo con fundamento en aquella experiencia, nos hace pensar que en la praxis también el parecer de la Corte de Estrasburgo terminará por extenderse a la conformidad de las normas internas con el Convenio.

La circunstancia que levanta más dudas es la posibilidad que el Tribunal Europeo tenga la capacidad de atender a un ámbito interpretativo exclusivamente

⁶⁶⁰ En aplicación de estos principios, v. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 6 de marzo de 2014, n. 206/13, en la que se ha precisado que se requiere la existencia de un nexo consistente que vaya más allá de la simple afinidad entre las materias en cuestión o de la influencia indirectamente ejercitada por una materia sobre otra.

⁶⁶¹ Ya hemos evidenciado en las páginas anteriores de este mismo Cap. Quinto el amplio margen de discrecionalidad que esta regulación deja en las manos del Tribunal Europeo.

abstracto, cuando hasta ahora ha desempeñado sus funciones decidiendo sobre casos concretos⁶⁶².

El temor, manifestado por alguno autores, es que la solicitud de opinión consultiva se transforme en una suerte de “recurso en prevención” de un posible contencioso futuro, con la consecuencia que no se respetaría el sistema fundado en el necesario agotamiento de las vías judiciales⁶⁶³.

De un lado, entonces, la opinión no puede pedirse para encontrar la solución del caso concreto, dado que de esta forma no se respetaría la naturaleza subsidiaria de la intervención del TEDH en la protección de los derechos; de otro, sin embargo, el parecer no puede ser completamente “abstracto”, pues encuentra su origen en un caso concreto. Por estas razones se ha afirmado que la Corte europea tendrá que proporcionar indicaciones de principio al juez nacional, siendo luego tarea de este último deducir las consideraciones y las consecuencias oportunas para adaptar el principio al caso específico y llegara a su solución⁶⁶⁴.

d) El contradictorio y el rol de las partes en el juicio *a quo* y ante los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo

Nos centramos ahora en el rol de las partes y en la posibilidad de que se cree un contradictorio ante las Cortes supranacionales en la prejudicial eurounitaria y en la prevista en el Protocolo n. 16.

Por lo que concierne a la primera, no puede negarse que el mecanismo, aunque tenga como finalidad proporcionar la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea y garantizar la aplicación uniforme del mismo, ofrece (aunque de forma indirecta) una tutela para los derechos involucrados en el juicio ante la jurisdicción nacional, siendo este reenvío el único instrumento con el que llevar el supuesto concreto ante el Tribunal de Justicia⁶⁶⁵.

⁶⁶² CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 6; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria* cit., p. 84.

⁶⁶³ Sobre este particular v. POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit.

No compartimos el “temor”, pues consideramos que en realidad, esta “consecuencia” tendría también el efecto positivo al que ya nos hemos referido, es decir la reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo, que es propiamente una de las finalidades del nuevo instrumento prejudicial.

⁶⁶⁴ SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit., p. 159.

⁶⁶⁵ En relación con esto v. SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?*, en *Osservatorio europeo*, diciembre de 2016, p. 7, que afirma que por esta razón la petición de la parte no puede verse como una tentativa de

El juez puede decidir el planteamiento de oficio, o admitiendo una específica instancia de parte, aunque sea en todo caso el primero el *dominus* absoluto (como hemos visto que ocurre también en las cuestiones de inconstitucionalidad italiana y española) de la decisión final y de los tiempos y contenidos del reenvío prejudicial. Sin embargo, el punto 16 (perteneciente al apartado “Forma y contenido de la petición de decisión prejudicial”) de las “Notas informativas (o Recomendaciones) a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (2016/C 439/01)” establece que “*La petición incluirá, en su caso, un breve resumen de los argumentos pertinentes de las partes del litigio principal*”.

Para mencionar un supuesto concreto pertinente con lo que estamos analizando, el Consejo de Estado italiano (con una finalidad “cautelar”, es decir para evitar incurrir en responsabilidad) preguntó al Tribunal de Justicia si es posible, por parte del juez nacional, llevar a cabo el juicio de relevancia y una suerte de filtro respecto de las instancias de parte formuladas en una forma genérica o incluso mal formuladas⁶⁶⁶.

Resulta evidente la intención de acercar este mecanismo a la cuestión de inconstitucionalidad italiana, en la que el juez puede – y habitualmente lo hace – realizar una total reformulación de la instancia de parte con la que se solicita el planteamiento de la duda de constitucionalidad⁶⁶⁷.

El Tribunal de Justicia ha contestado afirmando que el juez tiene que utilizar el instrumento del reenvío prejudicial solo cuando la respuesta a su duda tenga relevancia en el juicio *a quo*; y que la obligación de llevar a cabo el mismo es expresión de la cooperación entre la Corte de Luxemburgo y los jueces nacionales, utilizando un instrumento ajeno a las iniciativas particulares. Por estas razones, concluye el TJUE que la determinación y la formulación de las cuestiones competen al juez ordinario, y las

eludir la prohibición de *ne bis in idem* o de impugnar una sentencia de la Corte constitucional, cuando esta se haya pronunciado anteriormente.

Según CONTI, R. (*Rinvio pregiudiziale alla Corte Ue del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco chiaro?*, en Pol. del dit., 2012, p. 93), la tutela de las posiciones jurídicas subjetivas se queda en un segundo plano, pues la finalidad y la *ratio* de la cuestión prejudicial se refieren a la protección de la unidad del sistema. Sobre el mismo particular, v. también: CONDINANZI, M., MASTROIANNI, R. (*Il contenzioso dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 190, que afirman que “*reconocer al reenvío prejudicial la tarea de contribuir a la tutela de los individuos significa, de un lado, sobrevalorar y, de otro, desnaturalizar el mecanismo mismo*” (“attribuire al meccanismo del rinvio pregiudiziale il compito di contribuire alla tutela dei privati comporta che il meccanismo medesimo venga, per un verso, sopravvalutato, per altro verso, in qualche modo, snaturato”).

⁶⁶⁶ Consejo de Estado, sección VI, auto de 5 marzo de 2012, n. 1244, en *Foro italiano*, 2012, III, p. 350.

Según la decisión del Cons. de Estado, sección V, de 23 de octubre de 2013, n. 5131, no subsiste un derecho sin condiciones del ciudadano a que se plantee una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

⁶⁶⁷ Hemos visto que en España las circunstancias son parcialmente diferentes, en razón de la existencia del trámite de audiencia previa a las partes y sus requisitos; v. Cap. Tercero, I.1.

partes no pueden modificar su contenido. Las normas procesales nacionales no pueden limitar esta competencia del juez; es más, las normas procesales que en su caso contrasten con lo dicho, tendrán que inaplicarse⁶⁶⁸.

Para terminar, merece la pena indicar que las partes del juicio ordinario nacional pueden desarrollar sus defensas o alegaciones, de forma escrita u oral, en el ámbito de un contradictorio abierto a la intervención de las instituciones y de los Estados miembros que quieran participar.

En la prejudicial regulada en ámbito del Consejo de Europa, se ha optado generalmente por interpretar que la solicitud de opinión consultiva puede ser planteada de oficio por la “Alta Jurisdicción” pero también, aunque existe silencio en el Protocolo n. 16 sobre este punto⁶⁶⁹, que pueda surgir a instancia de parte.

Por lo que concierne al contradictorio ante la Corte Europea, el art. 3 del Protocolo indica algunos sujetos a los que se les reconoce el “derecho de presentar observaciones por escrito y de participar en las vistas”: el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa y el Estado al que pertenece la jurisdicción que ha planteado la petición de parecer.

El mismo artículo prevé la posibilidad para el Presidente del Tribunal Europeo de invitar “otras partes contrayentes o personas a presentar observaciones por escrito o a participar en las vistas”. Se trata, por tanto, de una mera posibilidad, dejada a la discrecionalidad del Presidente, que decidirá (verosímelmente) en razón del contenido de la opinión solicitada y de sus consecuencias y efectos en el juicio nacional en el que se originó la prejudicial⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 18 de julio de 2013, C-136/12.

En doctrina, sobre este supuesto, pueden verse: v. CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* cit.; CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea* cit.; PIGNATELLI, N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, en *Foro italiano*, III, 2012, p. 367; RUGGERI, A., *Il Consiglio di Stato e il “metarinvio” pregiudiziale*, en *Dir. unione europea*, 2012/1, pp. 95 y ss.; ZAMPETTI, G., *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfe e conseguenze della sua mancata osservanza*, en *Riv. AIC, Osservatorio*, 2014; FOA', S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, Report annuale 2015. Italia*, en *Ius publicum network review*, 2015. Sobre este tema puede verse también la reciente Sentencia del TJUE de 5 de abril de 2016, causa C-689/13.

⁶⁶⁹ Art. 1.1: “Las más Altas Jurisdicciones de una Alta parte contrayente, designadas conforme al art. 10, pueden presentar al Tribunal solicitudes de opiniones consultivas [...]”.

⁶⁷⁰ En sentido crítico v. ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea* cit., p. 4, que afirma que también a las partes del juicio principal se habría tenido que reconocer el derecho a presentar observaciones escritas y a participar en las vistas.

Es casi cierto que los sujetos a los que se les solicite participar estarán presentes como *amici curiae*⁶⁷¹, pues se especifica en la normativa que la decisión del Presidente se tomará “*en consideración de una buena administración de la justicia*”.

La alusión a unas “personas” sin más especificaciones puede sin duda incluir, aunque no de forma exclusiva y excluyente para otras, las partes del juicio *a quo*; en el “*Rapport explicatif*”, párrafo n. 20, se lee a este respecto: “*podemos esperarnos que las partes involucradas en el proceso en cuyo ámbito se ha solicitado la opinión consultiva serán invitadas a participar en el procedimiento*”.

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado además que, para garantizar el respeto del principio de igualdad, se propone añadir una disposición específica en su reglamento que establezca que las partes del juicio *a quo* se inviten de oficio a personarse ante ella misma en ocasión del proceso consultivo-prejudicial⁶⁷².

e) la decisión y su eficacia

Por lo que concierne a los efectos de las decisiones que terminan el procedimiento ante las Cortes supranacionales, en la prejudicial eurounitaria la interpretación brindada por el Tribunal de Justicia tiene eficacia *erga omnes*, parificando sus efectos a los de las fuentes del Derecho. Por tanto, es vinculante para los jueces nacionales. En el caso de que el juez remitente, una vez recibida la respuesta del Juez de Luxemburgo, no esté conforme, podrá solicitar una segunda intervención del Tribunal de Justicia, pidiendo aclaraciones o aduciendo elementos sobrevenidos o que no se han considerado adecuadamente en la decisión.

Estas sentencias, en definitiva, proporcionan una interpretación auténtica de las fuentes eurounitarias, frente a las cuales solo es posible replicar afirmando la existencia de unos contra-límites, en el sentido que vamos a precisar en las próximas páginas.

Al tratarse de una interpretación auténtica, la eficacia de las resoluciones tendrá efectos retroactivos, que en ciertas ocasiones pueden chocar con el principio de la confianza legítima del ciudadano en la ley, sobre todo en aquellos casos en los que la interpretación no puede derivarse fácilmente del texto de la disposición. Por esta razón, al Tribunal de Justicia (y solo a él, con exclusión de que lo mismo pueda aplicarse al

⁶⁷¹ ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu cit.*, p. 781.

⁶⁷² *Avis de la Cour sur le projet d protocole n. 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention*, párrafo n. 11.

juez nacional) se le ha reconocido la facultad de limitar los efectos retroactivos de sus decisiones, hasta el punto de que los mismos no se apliquen en el caso concreto en el que se ha originado la cuestión prejudicial.

Merece la pena analizar, aunque sea sólo sumariamente, el procedimiento establecido en el Protocolo n. 16 para la fase ante el Tribunal Europeo, es decir una vez que la solicitud de opinión consultiva haya llegado a Estrasburgo.

Esta se componga de dos momentos diferentes que se cierran con dos resoluciones distintas: una fase que podríamos llamar de admisibilidad de la solicitud y una segunda, cuando la primera se haya concluido en sentido positivo, relativa propiamente a la emisión de la opinión consultiva sobre cuestiones de principio referentes al contenido del Convenio.

La primera fase, como ya hemos tenido ocasión de mencionar en la parte introductoria de este capítulo, se confía a cinco jueces de la Gran Sala, que tendrán que emitir una decisión motivada sobre el respeto de las condiciones previstas en el Protocolo n. 16. En realidad, como se extrae de la lectura de este documento, los requisitos de admisibilidad de la solicitud no están fijados con precisión. Podemos presumir que la inadmisión pueda ser decretada principalmente por razones procesales, como, por ejemplo, la falta de legitimación del sujeto que pide el parecer, la insuficiencia de la motivación o la falta de alegaciones sobre el contexto jurídico y fáctico (ambos requeridos *ex art. 1.3 del Protocolo*), etc.

Podemos pensar también – en analogía con lo que sucede en las prejudiciales constitucional y euounitaria – en una inadmisibilidad por razones que conciernen al fondo. Nos referimos al caso de la falta manifiesta de fundamento, en aquellos supuestos en los que el Tribunal Europeo haya ya sentado doctrina a través de un caso similar o idéntico, o cuando la duda tenga una solución clara (*acte clair e acte éclairé*).

Una vez superado el filtro de admisibilidad, la Corte de Estrasburgo dictará su opinión motivada; el art. 4.2 del Protocolo establece que, si no hubiera unanimidad de pareceres, cada Juez tiene el derecho de expresar su opinión “separada”⁶⁷³.

Un antiguo Juez acreditado del Tribunal Europeo ha observado como este, muy probablemente, utilizará en sus respuestas a las consultas fórmulas genéricas, de manera

⁶⁷³ Sobre este particular, ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani* cit., p. 95) recuerda que hasta la fecha en los casos en los que se ha utilizado el instrumento de consulta *ex art. 47 CEDH*, la praxis ha sido de no emitir opiniones disidentes, para proporcionar una única y unitaria respuesta al remitente.

que se permita al juez nacional llevar a cabo las consideraciones oportunas para adaptar la interpretación proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, añadiríamos, del específico ordenamiento jurídico⁶⁷⁴.

Huelga repetir que las opiniones consultivas del Tribunal Europeo no tienen efectos vinculantes para el juez remitente, ni para el País al que este pertenece, según lo establecido en el art. 5 del Protocolo n. 16⁶⁷⁵.

En la “Memoria (o Relación) explicativa” del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que “el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional”.

Se precisa, asimismo, que – y nos parece consecuente y más que congruente con lo que acabamos de mencionar – las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos; sin embargo, sí “*formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones*”.

Estas afirmaciones, consideradas conjuntamente con la jurisprudencia constitucional italiana y española que impone a los jueces ordinarios entender los contenidos del Convenio según la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo en sus decisiones, otorgan un valor diferente de la simple naturaleza “no vinculante” a la eficacia de las opiniones consultivas⁶⁷⁶.

Ciertamente la “interpretación conforme” que provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de la de Luxemburgo; es decir: no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el Derecho

⁶⁷⁴ ZAGREBELSKY, V., *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani*, en en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali* cit., p. 96.

⁶⁷⁵ Sobre las razones de fondo de esta elección, puede verse, entre otros: SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali?* cit., pp. 156 y ss., que afirma que estos efectos son consecuencia lógica del carácter genérico propio de las opiniones de principio proporcionadas por el TEDH.

⁶⁷⁶ Pueden encontrarse algunas consideraciones sobre este aspecto en PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., 5, que considera que, en el caso en el que el juez ordinario quiera descostarse de la interpretación del TEDH, estará obligado a motivar su decisión.

interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales.

Sea como fuere, la doctrina no ha tardado en evidenciar como la taxatividad de la afirmación de la falta de eficacia vinculante de los pareceres puede reducirse ulteriormente en razón de otro factor⁶⁷⁷. A saber: es la Gran Sala quien responde a la consulta. La parte del juicio nacional interesada en el respeto del contenido de la interpretación proporcionada por el TEDH, en el caso en el que el juez ordinario no lo haga, puede recurrir, en vía contenciosa, a la misma Corte de Estrasburgo⁶⁷⁸, que, en aquel caso, se quitará el traje de simple órgano consultivo para ponerse el de órgano decisorio. Y, dado que quien viste estos distintos trajes es la misma institución, es muy alta la probabilidad que la segunda decisión irá en la misma línea que la primera.

Sigue. Unas breves consideraciones finales

Para concluir con esta comparación entre la prejudicial constitucional, la eurounitaria y la europea, nos preguntamos si el mecanismo prejudicial puede considerarse como un instrumento de diálogo – o apto para estimularlo – o como una inevitable jerarquización entre los distintos jueces y los diferentes ámbitos y ordenamientos jurídicos, en el sentido de crear unos niveles de supra o subordinación entre los órganos jurisdiccionales.

Si, de un lado, el sistema de las apelaciones termina por parecerse, más propiamente, a un sistema jerárquico, nos parece evidente que, de otro, la prejudicialidad se inclina más en la dirección de una colaboración-cooperación entre los dos órganos involucrados. Estos, en efecto, están vinculados entre sí en la realización de

⁶⁷⁷ Entre otros: LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., pp. 468 y ss.; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., pp. 61 y ss.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 10. Algunos autores (RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 460; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., p. 62; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria*, pp. 83 y ss.) consideran que por esta razón podría verse frustrada la finalidad de una reducción de la carga de trabajo para el Tribunal Europeo, que podría incluso incrementarse.

⁶⁷⁸ En la “Relación explicativa” del Protocolo n. 16 se declara que la emisión de una opinión consultiva “no impide que una de las partes pueda ejercitar posteriormente su derecho a un recurso individual [...] ante el Tribunal. No obstante, si el recurso se propone después de la emisión de una opinión consultiva del Tribunal que se haya respetado, se considera que los elementos del recurso que conciernan a las cuestiones abarcadas en la opinión consultiva tienen que declararse inadmisibles [...]”.

una finalidad común: llegar a la emisión de la decisión que permita poner fin al juicio principal. En definitiva, como hemos ya apuntado en relación con el juicio incidental nacional, estamos ante un proceso único pero constituido por dos fases, la segunda de las cuales está representada por un procedimiento instrumental para la resolución del primero.

En lo que se refiere a la prejudicial constitucional italiana y española, hemos tenido la oportunidad de constatar en los primeros capítulos de este trabajo que la concreta realización de esta relación de “cooperación” depende mucho de la voluntad de los órganos jurisdiccionales ordinarios y el Juez constitucional; en efecto, hemos podido especificar algunas etapas distintas: en algunos casos, verificando una suerte de “guerra” o por lo menos de “desconfianza” entre estos sujetos; en otros, celebrando la consecución de una relación virtuosa.

El establecimiento de un sistema concentrado, pero con iniciativa difusa (en lo que concierne, claro está, al proceso constitucional objeto de este estudio) en cuanto al reconocimiento a los órganos jurisdiccionales de la legitimación para plantear cuestiones de constitucionalidad, ha contribuido, sin duda, a entender este instrumento como un mecanismo de colaboración y de diálogo. Un diálogo que, sin embargo, puede encontrar dificultades y obstáculos según la “actitud” que se proponga el Juez constitucional.

De un lado, la interrupción de la relación virtuosa puede ser consecuencia de la elección del Constitucional de dejar de lado, o abandonar incluso, su naturaleza propiamente “jurisdiccional”, privilegiando sin embargo su “alma política”⁶⁷⁹, circunstancia que puede inducir los jueces ordinarios a buscar un “juez” a nivel supranacional.

De otro lado, no hay que olvidar que el éxito del instrumento analizado en esta tesis, en el que confiaban los constituyentes españoles más que en el propio recurso directo de constitucionalidad⁶⁸⁰ y sobre el que apostó el constitucionalismo italiano⁶⁸¹, se sustenta además en el logro de un equilibrio entre propuesta y respuesta. De hecho, un injustificado retraso en la respuesta constitucional o un exceso de rigurosidad en la

⁶⁷⁹ Estas expresiones son ampliamente utilizadas en Italia cuando los autores se refieren a la Corte constitucional y a su actuación. Pueden verse, entre otros, los trabajos presentados en ocasión de la Mesa Redonda organizada por la Universidad de Pisa: “*Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*”, Jornadas en Memoria de Alessandro Pizzorusso, 15 de diciembre de 2016, en prensa.

⁶⁸⁰ V. Cap. Primero, II. 2.

⁶⁸¹ V. Cap. Primero, I.1 y 2.

admisión de la cuestión de inconstitucionalidad pueden desajustar una pieza importante en el sistema de justicia constitucional y crear pautas por las cuales los tribunales ordinarios, con o sin fundamento, rehúsen la consulta a los Tribunales constitucionales y procedan a puentearlos recurriendo a otras instancias supranacionales⁶⁸².

En la prejudicial eurounitaria la finalidad de uniformar la interpretación del Derecho de la Unión Europea, la distinción entre los que son o no son jueces de última instancia, la eficacia *erga omnes* de las interpretaciones del Tribunal de Luxemburgo, junto con algunos comportamientos algo “autoritarios” de esta misma, ha determinado una mayor percepción de supra y subordinación⁶⁸³. Todo esto ha terminado por evidenciar un elemento que ciertamente es propio del instrumento prejudicial, a saber: el hecho de que un órgano jurisdiccional suspenda un juicio del que es competente a la espera de una decisión que es competencia de otro órgano y que influye, a veces muy notablemente, en la resolución del proceso principal.

La regulación de la prejudicial prevista en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos se inclina evidentemente, como hemos podido comprobar, en la dirección de prever un instrumento que permita incrementar el diálogo entre las “Altas Jurisdicciones” nacionales y europea, pues se trata de una solicitud de parecer facultativa cuya respuesta no tendrá efectos vinculantes⁶⁸⁴. Claramente, solo la experiencia práctica, en caso de entrar en vigor el Protocolo n. 16, nos podrá confirmar la verdadera eficacia de las opiniones consultivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁸² En España, por ejemplo, se ha asistido en los últimos años a un comportamiento sobre el uso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por el Tribunal Supremo y otros tribunales ordinarios en los que el recurso al mismo sobre normas europeas intenta esquivar el reproche sobre la constitucionalidad y sustrae al Tribunal Constitucional de su competencia básica y natural.

⁶⁸³ CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* cit., afirma que es opinión común que, en razón del valor normativo del Derecho de la UE, la influencia y el valor del Tribunal de Justicia lo ponen en una posición de supra-ordenación respecto del juez nacional, aunque justo el instrumento prejudicial parece negar el vínculo jerárquico. TIZZANO, A., *I diritti fondamentali e la Corte in Europa*, en *Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 843, considera que la cuestión prejudicial responda más a un *ethos* colaborativo que jerárquico.

⁶⁸⁴ En relación con la idea de que los efectos no vinculantes de las decisiones de los órganos jurisdiccionales recaídas en procesos prejudiciales benefician el diálogo entre Cortes, v. ROMBOLI, R. (*Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO, A. (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014, p. 490).

Sigue. Una particularidad que deriva del sistema de justicia constitucional español: el recurso de amparo contra la negativa del órgano jurisdiccional de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia

a) Encuadramiento de la problemática

Hemos anteriormente tenido la ocasión de reconocer la existencias de algunas diferencias muy importantes entre el sistema de justicia constitucional elegido por el Constituyente español respecto del italiano. Diferencias que conciernen en especial medida la elección de las diferentes modalidades de acceso al Juez constitucional y que influyen sin dudas el examen del objeto principal de este trabajo de investigación.

También en lo que atañe al “entrelazamiento” de la protección de los derechos en la doble dimensión nacional e internacional, las particularidades del ordenamiento español (y veremos, especialmente, la presencia del recurso de amparo constitucional) han producido circunstancias y efectos de los que merece dejar constancia.

El Tribunal Constitucional español ha abordado desde diversos planos las cuestiones relativas a la tutela multinivel de derechos fundamentales, a la que nos hemos referido al principio de este capítulo. De forma más directa o a modo más indirecto, lo cierto es que las determinaciones de su doctrina enlazan con el objeto de estudio de este trabajo, ya sea porque muestran las interrelaciones entre órdenes y Tribunales en la tutela de esos derechos, ya porque revelan los criterios que inspiran la limitación o delimitación de los mismos, ya, en fin, porque exponen los márgenes de su competencia jurisdiccional, el objeto de la misma y la influencia exógena o externa en la identificación de la cobertura que la Constitución ofrece a dichos derechos o, incluso, los condicionantes externos que pueden modular los ritmos en los que la tutela sea otorgada. Veremos a continuación todos esos diversos aspectos.

Como ha quedado manifiesto con la lectura de las páginas anteriores, queremos situarnos en este punto en la tutela multinivel que encuadra el marco de influencia internacional y europeo. Quedarán fuera escenarios de otro tipo, por más que, desde un enfoque conceptual expandido o flexible, pudieran tener asimismo conexión con la problemática que tratamos en este momento. Como las que van a ser objeto de exploración, en efecto, otras hipótesis de enjuiciamiento y pronunciamiento constitucional cuentan también con un fundamento o condicionante externo, exógeno,

así como con una eventual influencia, implicación, proyección derivada o *vis atractiva* en un nivel diferente, que resultará afectado de manera directa o mediata.

Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con la problemática que tratamos al abordar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad sobrevenidas sobre procesos judiciales en curso y sobre recursos de amparo pendientes de resolución. En aquel bloque, con el estudio de la STC 159/1997, de 2 de octubre, vimos que no sólo se razona en la doctrina constitucional sobre la influencia de una declaración del Tribunal de ese estilo en los recursos de amparo sin concluir, sino también sobre cómo puede afectar esa circunstancia en la reapertura de procesos en la vía judicial, de acuerdo con lo prescrito en el art. 40.1 LOTC, precepto del que se sigue que puede darse una reactivación del litigio cuando se trate de procesos penales o contencioso-administrativos relativos a un procedimiento sancionador, aunque hayan fenecido por sentencia con fuerza de cosa juzgada.

No dejamos de estar en ello, sin embargo, como esa cita temática acredita, en el campo de los efectos de los pronunciamientos constitucionales, que no es ahora el que nos ocupa.

Tampoco cabe hablar en sentido estricto de tutela multinivel en otros muchos planos o hipótesis. Bastaría citar en ello, por poner un ejemplo más, lo dispuesto en el art. 10.2 CE, según el cual “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a atender, por ejemplo, al Convenio europeo de Derechos Humanos, CEDH, y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o, entre otros muchos, también al Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Como viene de anunciarse, no estamos ahí tampoco en el núcleo de nuestro debate, pues ese art. 10.2 CE no es sino un *corpus* de interpretación, que no afectará a la tutela en uno u otro nivel de protección sino, más bien, a la delimitación del canon de constitucionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE).

Por consiguiente, para conducirnos hacia lo que es la concreción del objeto a examinar, pondremos la atención únicamente en un escenario particularmente relevante: el de la doctrina constitucional sobre la cobertura que ofrece el art. 24 CE en supuestos de negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

b) La protección del Tribunal Constitucional en caso de negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Juez de Luxemburgo por parte de la jurisdicción ordinaria

El examen de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia, señaladamente (en orden cronológico) las SSTC 58/2004, de 19 de abril; 145/2012, de 2 de julio; 27/2013, de 11 de febrero; 212/2014, de 18 de diciembre; 99/2015, de 25 de mayo, y 232/2015, de 5 de noviembre, informará de manera suficiente sobre el estado de la situación doctrinal en este punto, permitiéndonos además poner de manifiesto algunas preocupaciones que nos suscita dicha jurisprudencia.

Antes de entrar en ello, quizá convenga recordar otros datos próximos y conexos (aunque diversos) a este que ha sido enunciado como objeto de tratamiento en las siguientes páginas. Por ejemplo, que el Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada y constante que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, pues dicho control es atribuido a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores de dicho ordenamiento y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, STC 64/1991, de 22 de marzo).

Del mismo modo, que la eventual infracción del Derecho europeo por leyes internas, estatales o autonómicas, no derivará por sí, automáticamente, en un problema de constitucionalidad; se trata, antes bien, al menos en principio, de un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse, como sucedería en aquella otra y primera problemática, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, STC 28/1991, de 14 de febrero).

Ha establecido también el Tribunal otro tipo de criterios; parámetros de control donde la tutela de los derechos fundamentales sí está comprometida, acercándose en consecuencia a la materia que hemos seleccionado para la investigación. Así, en concreto, el segundo pronunciamientos citados tres párrafos atrás representa uno de los puntos álgidos y más penetrantes de dicha tutela constitucional sobre la prejudicialidad europea. La STC 145/2012, en efecto, establece que el Tribunal Constitucional debe velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una

interpretación auténtica efectuada por el TJUE. De modo que, por tanto, la desconsideración patente por parte de un juez ordinario del Derecho de la Unión en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia supondrá una decisión contraria a derechos fundamentales, en este caso, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al representar una “*selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso*”. Estamos, como puede advertirse, ante la concreción de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias del TJUE se lleven a efecto, si bien, y es aquí lo relevante, con un efecto en el control de constitucionalidad y en el otorgamiento de una tutela subjetiva al afectado.

Todos esos aspectos, sin embargo, no afectan de forma demasiado directa a las cuestiones prejudiciales, que son las que ahora van a detenernos por tener mayor conexión con nuestro estudio en este capítulo relativo a los mecanismos prejudiciales en el contexto supranacional (y a la tutela multinivel). Es en los pronunciamientos constitucionales sobre la negativa o resistencia de un órgano judicial a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE donde podemos conocer con más claridad cómo opera ese multinivel en la tutela de los derechos fundamentales, siquiera sea en esta ocasión como resultado de una omisión –lo que no deja de ser un dato destacable–, ya que será el no planteamiento de la cuestión, privando al TJUE de su competencia, la que puede llegar a acarrear la lesión del derecho fundamental consagrado en la Constitución española. Puede parecer prometedor lo que se dice; sin embargo, después de una primera decisión del Constitucional en la que éste se abre a la posibilidad de declarar vulnerado el art. 24 CE en los supuestos en los que no se haya planteado una cuestión prejudicial, la jurisprudencia siguiente (que será la que se irá consolidando hasta el día de hoy) terminará por cerrar casi completamente esta posibilidad, por no volver a presentarse las mismas circunstancias “favorecedoras”.

El primero de ellos (STC 58/2004⁶⁸⁵), un caso relativo a la tasa fiscal del juego (ya analizada anteriormente⁶⁸⁶), permitió al Tribunal Constitucional declarar que es

⁶⁸⁵ Entre los autores que han comentado esta Sentencia pueden verse, por ejemplo: BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, n. 18, mayo-agosto de 2004; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, en *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero-diciembre de 2004, pp. 387-443. Sobre otros caso de vulneración del art. 24 CE en relación con el DUE puede verse SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, M., *STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de*

contrario al art. 24 CE inaplicar una ley interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo el órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea. En concreto, que esa circunstancia vulnerará el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, al que la vulneración se reconduce por estar en juego el sistema de fuentes, siempre que exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre la supuesta contradicción.

Nos ocupamos de este mismo pronunciamiento más atrás, al referirnos a la eventual lesión de derechos fundamentales por la negativa de un órgano judicial a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Se recordará que allí describimos el caso: un empresario del sector del juego presentó un escrito dirigido al Jefe de la Sección del Juego de la Delegación Territorial de Barcelona (Generalidad de Cataluña) oponiéndose a la tasa fiscal que le correspondía abonar según lo dispuesto en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, así como, en segundo lugar, contra el recargo autonómico establecido sobre la misma por una Ley del Parlamento de Cataluña, la 2/1987, de 5 de enero, y los incrementos establecidos en aquélla en sucesivas Leyes presupuestarias de diversos ejercicios. Desestimada esa oposición y efectuada la liquidación correspondiente, presentó el interesado una reclamación económico-administrativa, que fue también rechazada, y seguidamente un recurso contencioso-administrativo, que resultó en cambio estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

Lo que nos afecta en este apartado es lo que señaló el Tribunal Constitucional al enjuiciar la respuesta judicial sobre la "legalidad del recargo autonómico", establecido en la Ley 2/1987 antes citada. El órgano judicial que dictó la resolución recurrida en amparo examinaba la regulación jurídica autonómica a la luz de la Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades, llegando a la conclusión de que, en virtud de las decisiones prejudiciales contenidas en esa Sentencia europea (y a diferencia de lo que el TJUE señaló en ella respecto de los tributos franceses sobre máquinas automáticas de juego que allí se consideraron), en el caso español enjuiciado sí se darían todos los presupuestos que, según aquella jurisprudencia, determinan la

contenido idéntico a otro de la LIVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/.../2006_STC194_Sanchez.pdf.

⁶⁸⁶ V. Cap. Segundo, V.2.

incompatibilidad de la norma nacional con la europea comprometida (a saber: el art. 33 de la Directiva 77/378/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios de la sexta Directiva). Por todo ello, declaraba la Sentencia recurrida en amparo que no era ajustada a Derecho la liquidación practicada.

Para la STC 58/2004, la resolución judicial impugnada en amparo, recién descrita, lesionó el derecho de la Administración demandante a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por preterición del sistema de fuentes. Lo concluye de ese modo la sentencia constitucional porque, afirma, la decisión de inaplicar el Derecho interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario se actualizó por el órgano judicial sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial ante el TJUE. Decisión de inaplicación del Derecho nacional, añade, *“adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia -formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias”*.

Queremos dejar constancia de las aportaciones esenciales de la sentencia constitucional, que definen los márgenes de tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia en estos terrenos de la protección multinivel que nos ocupa. Algunas de estas consideraciones corresponderán claramente con lo que hemos afirmado analizando las características de la cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo.

Recuerda el Tribunal:

a) que el art. 234 TCE (que se cita en razón de la fecha de la Sentencia constitucional – ahora art. 267 TFUE) regula la cuestión prejudicial y que, conforme a esa disposición, cuando un juez nacional tenga una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario *“podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”*, estando sin embargo obligado a hacerlo (y no solo facultado) *“cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”*.

b) que esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, también si la decisión judicial no es susceptible de un recurso judicial conforme al Derecho interno, si la cuestión planteada es materialmente idéntica a otra ya resuelta previamente

en una decisión prejudicial dictada en caso análogo, o, además, si la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse “*con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada*” (la muy conocida STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*).

c) que, por obvio que parezca el recordatorio (art. 96 CE), el Tratado de la Comunidad Europea - y concretamente, en este caso, la regulación de la cuestión prejudicial eurounitaria - forma parte del ordenamiento interno, de suerte que no es al Tribunal Constitucional al que le corresponde asegurar la recta aplicación del Derecho europeo, sino, antes bien, al juez ordinario plantearla cuando proceda y al TJUE resolverla.

Bajo esas circunstancias, la regla será que no hay vulneración del art. 24 CE cuando el Juez o Tribunal competentes en el caso de autos entiendan que no procede plantear ante el Tribunal de Justicia la consulta que se le solicite porque no albergan duda alguna sobre la interpretación que “*haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio*”.

d) Que la regla anterior cuenta, sin embargo, con una excepción (o una primera excepción) que sí determinará la declaración de vulneración de aquel art. 24 CE; si se prefiere, con un plano que entra en intersección o concurrencia conflictiva con ese derecho fundamental. En concreto, puede el Constitucional proceder *ex art. 24 CE* a revisar la valoración judicial realizada sobre la contradicción entre el Derecho europeo y el interno, siempre que, y únicamente si, haya podido suponer la lesión de alguno “*de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]*”, esto es, susceptibles de amparo.

La razón de la eventualidad de la lesión, por tanto, no es otra que el efecto derivado que esa decisión de incompatibilidad entre norma interna y europea (que como tal resulta ajena a la competencia del Tribunal Constitucional) haya podido tener en la efectividad de derechos que corresponde tutelar a la jurisdicción constitucional. Es decir, un juicio que se despliega “*con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución*”.

e) Entre los fundamentos de esa conclusión se encuentra, de modo nuclear y decisivo, el imperativo de que el juez que gobierna el litigio respete y no se exceda en el ejercicio debido de la jurisdicción que le es atribuida, puesto que, específicamente, en esas situaciones de colisión potencial entre norma interna y europea, no puede sustituir

el pronunciamiento que corresponde al TJUE (salvo en los casos y las excepciones ya señalados anteriormente). Un principio de respeto a las competencias jurisdiccionales en el control de la validez de las normas que la Sentencia constitucional decide vincular con el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Con esas bases, la STC 58/2004 estima el amparo. Lo hace porque los diferentes órganos judiciales españoles, incluido el Tribunal Supremo, habían declarado la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva, en aplicación de la doctrina de la STJCE de 26 de junio de 1997, y porque, al ir en contra de todos esos pronunciamientos judiciales, no podía permitirse el Tribunal interviniente, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, apreciar la contradicción entre el Derecho interno y el eurounitario (en aquel entonces todavía “comunitario”) sin plantear la cuestión prejudicial. Tanto que, afirma el Constitucional, el solo hecho de su discrepancia con un línea sostenida y generalizada en la jurisprudencia, introducía *“una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía”*, por más que aquél órgano judicial del caso dijera no tener incertidumbre interpretativa alguna sobre la corrección de su tesis hermenéutica. Esa negativa al planteamiento, en condiciones como las descritas, es la que se declara lesiva del art. 24 CE.

Una construcción, como se ve, que gravita alrededor de un criterio objetivo, excluyendo una libre lectura del juez que soslaye los factores jurisprudenciales concurrentes. Dice sobre tal elemento el Tribunal Constitucional: *“la existencia o inexistencia de una duda - a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna”*⁶⁸⁷.

No cabe, en fin, en situaciones como la dicha, inaplicar la norma interna; en otras palabras, no es posible sostener, con un criterio de convicción subjetiva, que no hay duda alguna sobre la incompatibilidad referida cuando otros órganos, de modo generalizado, disponen justamente lo contrario. Y si objetivamente la duda existe (empleando ese criterio de medida –la existencia de contradicción con la jurisprudencia

⁶⁸⁷ STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 13.

existente-), tampoco cabrá oponer que ya se dictó una Sentencia por parte del TJUE en la materia, ya que al haber discrepancia no hay excusa para el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial.

En suma, la discrepancia con una línea interpretativa asumida con generalidad a raíz de una sentencia europea obligaría a plantear cuestión prejudicial, so pena de lesión del art. 24.2 CE en otro caso, por preterición del sistema de fuentes relativo al control de normas, ya que no cabe inaplicar una ley por supuesta contradicción con el Derecho europeo (existiendo dudas sobre su interpretación) privando a quien tiene competencia jurisdiccional del control correspondiente (TJUE).

La Sentencia es importante⁶⁸⁸, sin duda, pero a nuestro juicio no agota el debate sobre esta problemática, como se verá en el examen de las siguientes que se recogen en el texto. Resuelve, eso sí, el marco potencial de cobertura del art. 24.2 CE en supuestos en los que pervive la duda sobre la aplicabilidad de la norma interna (atravesada por el Derecho europeo) y no se formula la cuestión prejudicial. Pero se hace, particularmente, para determinados supuestos o sobre todo para una tipología de casos: aquellos en los que la duda se manifiesta por la contradicción de la doctrina entre diversos Tribunales, sin resolver en cambio, nos parece, la eventual vulneración del art. 24 CE en otros supuestos en los que no sea esa la fuente del debate, sino la concurrencia de otros factores (por ejemplo, por ser seguramente el que posee más recorrido, las situaciones de discordancia sobre la concurrencia de las excepciones recogidas en la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto *Cilfit*, antes citada).

Estamos también aquí, no obstante, ante un nuevo espacio de fortalecimiento de los derechos fundamentales por razón del respecto, a la hora de aplicar la legalidad, de los instrumentos incidentales o prejudiciales previstos para el control de la virtualidad de una norma, aquí de los de carácter europeo⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ La doctrina ha evidenciado como esta Sentencia demuestre la posibilidad de que también el Tribunal Constitucional pueda, si concurren determinadas condiciones, actuar como “juez comunitario” y de cómo el Derecho eurounitario puede “venir en paradójica ayuda del Derecho interno”, v. BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial* (STC 58/2004), cit., p. 479.

⁶⁸⁹ SÁNCHEZ LEGIDO hace hincapié en varias ocasiones, en ocasión de su comentario a esta Sentencia, en el paralelismo entre cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión de inconstitucionalidad que, en su opinión, “lleva al TC a construir la sanción constitucional del incumplimiento de la obligación de remisión prejudicial, no por la vía de considerar tal incumplimiento en caso de denegación arbitraria una vulneración del derecho al juez legal, sino como un supuesto de inaplicación de norma legal por quien, en las circunstancias del caso, no tenía en su opinión competencia para hacerlo”. Exceso de jurisdicción, en suma; v. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, cit., pp. 433- 434.

Después de unos años llegará la STC 27/2013, de 11 de febrero, que representa el referente principal de la doctrina consolidada sobre esa problemática del no planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Se ocupaba en ella el Tribunal Constitucional de una presunta lesión del art. 24 CE cometida por el Tribunal Supremo, que a juicio de la parte recurrente en amparo habría infringido al aplicar al supuesto de hecho (una reclamación sobre ayudas a cultivos, que fue denegada) la Orden de 21 de enero de 1999 de la Junta de Extremadura, obviando con carácter previo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo por la eventual contradicción de esa norma autonómica con la normativa comunitaria.

El debate gravitaba alrededor de una previsión singular de dicha Orden, que condicionaba las ayudas económicas a la existencia de rotación de cultivos, cuando la normativa europea las sometía en realidad a la verificación de “buenas prácticas agrarias en las tareas normales de cultivo”, sin explicitar a qué equivalían esas buenas prácticas y sin precisar si implicaban la reseñada rotación, como prescribía la norma autonómica. El Tribunal Supremo, en la Sentencia recurrida en amparo, consideró que podía completar el concepto de “buenas prácticas” a debate, no siendo necesario a su juicio el planteamiento prejudicial controvertido al evidenciarse con toda nitidez, decía, *“cómo debe ser interpretada la disposición reglamentaria de la Comunidad Autónoma sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del Derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial”*. Interpretación que, por tanto, llevó a cabo, concluyendo que la alternancia en los cultivos o el descanso de la tierra mediante el barbecho era necesaria para rellenar la noción, resultando en consecuencia acorde la normativa autonómica con la comunitaria. En suma, el Tribunal Supremo rechazó el planteamiento prejudicial con base en la doctrina del “acto claro”, descrita con suficiencia en la STJUE, de 6 de octubre de 1982, asunto 283/1981 (*Cilfit*), y según la cual no existe una obligación a proceder al planteamiento de la cuestión (tampoco para la jurisdicción de última instancia) si no existen dudas a solventar, ni siquiera si, concurrente esa ausencia de incertidumbre, la norma europea no ha sido objeto de interpretación reiterada por el TJUE.

Las determinaciones de la Sentencia, que contiene de modo más o menos explícito su texto y procede destacar, son las siguientes.

En primer lugar, no cuestiona el Tribunal Constitucional que corresponda al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar Sentencia, como tampoco que le compete enunciar las concretas cuestiones en las que se concrete la duda, para así, tras la respuesta del TJUE, asegurar la aplicación correcta e interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros (así se sigue de sentencias como las de 7 de junio de 2005, *Eneco NV y otros*, apartado 34; 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme*, apartado 20; 27 de noviembre de 1997, *Somalfruit y Camar*, apartado 40, o 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, apartado 59).

En opinión del Constitucional, en segundo lugar, tampoco cabe dudar de que al Tribunal de Justicia no le incumbe pronunciarse, en el marco de la aplicación del art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora art. 267 TFUE), sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario, sino solo deducir de las cuestiones formuladas por el juez nacional los elementos de Derecho comunitario de los que depende la resolución del caso que enjuicia el juez que la eleva (así se desprende también de Sentencias como la de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, apartado 60).

Finalmente, afirma el Alto Tribunal, *ad casum*, no hay lesión alguna en la decisión del Tribunal Supremo cuando entiende que no debe plantear la cuestión por ser la interpretación de las normas en presencia evidente y clara, ya que, conforme a la motivación que contiene su sentencia, no quedaba afectada la aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, al no estar en duda la uniformidad aplicativa a cuya preservación la cuestión prejudicial se destina.

Podría entonces parecer que el criterio empleado para llegar a esas conclusiones en la sentencia constitucional sea, como mínimo, frágil. En efecto, afirma el Tribunal que la interpretación en la sentencia impugnada de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea “*está razonada y que no resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria y, por tanto, se trata de una resolución judicial que no puede calificarse a primera vista como no fundada en Derecho*”. Un canon, como se ve, indirecto y exclusivamente formal, que puede tener la consecuencia de no atender de manera suficiente al relieve y sentido de la tutela multinivel, y que no acomete tampoco una revisión de los efectos de la decisión de no planteamiento de la cuestión desde el prisma del respeto al sistema de fuentes, *ex art. 24 CE*, conformándose con el empleo del canon de control estándar,

indirecto o externo -de no manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad-, que es propio del examen en casos de legalidad ordinaria, cuando se invoca el derecho a la motivación o resolución fundada en Derecho que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Decir, como hace el Tribunal en esa Sentencia, que resulta en efecto *“plausible la premisa de la que parte el órgano sentenciador de que los reglamentos comunitarios aplicables al cultivo del cáñamo admiten un complemento normativo a cargo de las autoridades estatales competentes para su ejecución, de forma que pueden ser complementados con criterios específicos acordes con las características del lugar en que el que iban a ser aplicados”* o que *“resulta perfectamente entendible que, dentro de su capacidad para desarrollar el concepto de ‘faenas normales del cultivo’, la autoridad autonómica competente estableciera la exigencia de la rotación para el disfrute de las ayudas comunitarias al cultivo del cáñamo, requisito cuya lógica y adecuación agronómica no cabe cuestionar”*, en definitiva, afirmar que no hay lesión porque no están fijadas de una forma *“arbitraria las premisas”* del razonamiento judicial que llevó a concluir la compatibilidad con el Derecho comunitario y la exigencia de la rotación de cultivos, puede demostrarse una manera un tanto insuficiente o per lo menos incompleta de abordar esta tipología de casos (dado además que se trata de un supuesto que no permite recurso de apelación). No hay propiamente un test de la fundamentación jurídica de la decisión en contraste con el sistema de fuentes, solo una verificación de la concurrencia de una motivación, con la que no se produce ningún tipo de diálogo material o sustantivo.

Tan es así que llega a decir el Tribunal Constitucional que si el Tribunal Supremo manifestó que no tenía duda alguna sobre la interpretación de la normativa europea aplicable al caso, *“es claro que no existía la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario que para el órgano sentenciador no existía”*, lo que es cierto según las premisas antes enunciadas pero, al mismo tiempo, expresivo de la ausencia de control constitucional.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional no es una tercera instancia y no le compete interpretar el Derecho comunitario al objeto de inferir la compatibilidad o no de la normativa nacional con la europea (en concreto, en el caso, la exigencia de la rotación de cultivos), pero también es verdad que le cumpliría examinar la resolución recurrida con un control efectivo y sustantivo de la motivación, no meramente formal o externo, si (como parece) considera que en este tipo de decisiones puede contravenirse

el art. 24.1 CE por estar en juego el sistema de fuentes y la tutela multinivel (idea que compartimos ya que es obvio que una decisión judicial en ese marco debe estar fundada en Derecho, como el art. 24.1 CE demanda para todo pronunciamiento). Una verificación que, a nuestro criterio, no debería estar dirigida a juzgar la procedencia o improcedencia de la decisión de no planteamiento en términos de estricta corrección jurídica, pero sí a exteriorizar un test de motivación exigente, que permita concluir al menos si la resolución judicial recurrida, a la vista de la regulación y configuración jurídica de la cuestión prejudicial y su finalidad, contiene una motivación compatible con los derechos en presencia y el modelo normativo de tutela.

Frente a esa idea de fortalecimiento del canon de la motivación propio del art. 24.1 CE en estos casos, a la vista de las declaraciones de la Sentencia antes transcritas, parece haberse impuesto un control meramente indirecto (y por esto probablemente más débil), que se siente satisfecho con la mera concurrencia de una motivación. Debería, en nuestra modesta opinión, examinarse la sentencia impugnada, antes bien, en contraste con los criterios que el propio TJUE ha establecido para justificar el no planteamiento de la cuestión prejudicial, analizando si cabe entender con razonable fundamento que existe un acto claro a tenor de las determinaciones jurisprudenciales del TJUE en la materia concreta. De otro modo, no hay control alguno y no tiene sentido considerar que se está realizando un visado de la decisión con base en el art. 24.1 CE.

Nos preguntamos, en suma, si no debería el Tribunal en estos casos cambiar el enfoque, pues la dimensión constitucional no radica, como es obvio, solo en definir cuál es el órgano competente para elevar la cuestión, ni en indagar la posibilidad de integrar unas y otras normas en presencia o precisar cuáles sean las dudas, sino, desde el prisma del amparo y del art. 24.1 CE, indagar si se han satisfecho las garantías del sistema de fuentes, ya que la alteración de éste, de haber sido soslayado en el proceso con la decisión de no planteamiento, afecta a la cobertura del art. 24.1 CE⁶⁹⁰.

La labor del Constitucional, es obvio, debe de ser verificar que los derechos *ex* art. 24 CE no queden comprometidos. Por esta razón consideramos que su intervención debería ir más allá de la comprobación de la mera existencia de motivación, y centrarse

⁶⁹⁰ Dice el voto particular formulado por la propia Ponente de la Sentencia (la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita): *“Efectivamente cuando la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es incorrecta, el órgano judicial se auto-atribuye la función hermenéutica en relación con el Derecho de la Unión desplazando la que genuinamente corresponde al Tribunal de Justicia; al arrogarse una competencia que no le corresponde, incurre en una arbitrariedad por infracción de las normas que delimitan la competencia del Tribunal de Justicia, pues el legislador competente ha querido sustraer al Juez ordinario de última instancia la posibilidad de interpretar el Derecho de la Unión”*.

en si la resolución judicial es verdaderamente conforme con los elementos estructurales de la configuración normativa de la tutela multinivel.

Sin embargo, hay que señalar que la actitud del Constitucional español se encuadra perfectamente en aquella doctrina analizada anteriormente en relación a la necesidad de que el juez ordinario motive su decisión de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sobre todo en los casos en los que se había evidenciado una supuesta inconformidad entre la norma aplicable y la Constitución a instancia de parte⁶⁹¹.

La última Sentencia analizada ha asentado en la jurisprudencia constitucional una línea de control de las decisiones de no planteamiento de cuestiones prejudiciales que se ha consolidado, según puede verse en los tres pronunciamientos posteriores a 2013 relativos a estas cuestiones: las SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, 99/2015, 25 de mayo, y 232/2015, 5 de noviembre.

El primero de ellos, la STC 212/2014, de 18 de diciembre, con cita y reproducción de aquella de 2013 (y también con voto particular de la minoría), reitera esa jurisprudencia con ocasión de un caso sobre el computo de antigüedad en concursos públicos en el que se invocaba la Directiva 1999/70, se denunciaba la inaplicación de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, que se estimaba asimilable al caso de autos, y la vulneración de diversos derechos fundamentales por no haberse procedido, ante la duda existente, al planteamiento de una cuestión prejudicial.

Recuerda el Tribunal, antes de desestimar el amparo, que *“desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto”*, es decir, como venimos diciendo, el canon estándar de no manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad en la motivación. Y termina el enjuiciamiento, a partir de ello, con la afirmación de que los argumentos expuestos por el órgano judicial respetan ese canon, *“pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido*

⁶⁹¹ V. Cap. Segundo, V.2.

por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE. Debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria”.

Por lo tanto, no se analiza, tampoco en este supuesto, si se ha respetado el sistema de fuentes, si se ha soslayado la configuración jurídica de la cuestión prejudicial, si se ha caído en una flagrante negación de una duda interpretativa evidente, si se ha apropiado el órgano judicial de una competencia de interpretación del Derecho europeo que corresponde al TJUE. El Tribunal Constitucional se limita a comprobar si existe algún tipo de motivación y que no resulte abiertamente fuera de sentido por su arbitrariedad patente.

Para terminar y completar el análisis pueden verse las STC 99/2015, de 25 de mayo, en la que se aplica la misma doctrina analizada en el texto y la STC 232/2015, de 5 de noviembre, que estima el amparo con base en que, *ad casum*, no había duda alguna sobre la interpretación del Derecho europeo (por tratarse de un acto ya “aclarado” por el propio TJUE al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo” y que el órgano judicial desatendió).

A pesar de esta jurisprudencia más reciente y de la circunstancia que desde el 2004 el Tribunal Constitucional no haya otorgado ningún otro amparo en casos de negativa a plantear una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo, no se puede tampoco afirmar que el Tribunal Constitucional haya vuelto a cerrar la puerta a la posibilidad de participar ella misma en la tutela multinivel de los derechos a través de este tipo de intervención, ya que dicha puerta se queda de todas formas entreabierta gracias a los criterios sentados en la STC 58/2004, de 19 de abril, Sentencia que, con razón, ha sido definida “*histórica*” por sus comentaristas⁶⁹².

⁶⁹² BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, n. 18, mayo-agosto de 2004, p. 465. El autor evidencia como esta Sentencia demuestre la posibilidad de que también el Tribunal Constitucional pueda, si concurren determinadas condiciones, actuar como “juez comunitario”

IV. La “doble prejudicialidad” constitucional y europea: las hipótesis posibles y los criterios para elegir un orden de preferencia

El problema denominado de la “doble prejudicialidad” es un tema conocido y tratado en doctrina desde hace años⁶⁹³. Se refiere a la posibilidad de que el juez ordinario tenga, en el seno del mismo proceso, una duda respecto de la norma aplicable y relevante para el caso tanto en relación con la conformidad de esta con la Constitución nacional, como respecto de su validez según el Derecho eurounitario (o la correcta interpretación de este último).

En estos casos el juez tiene que resolver el problema de qué criterio seguir y a cuál de los dos instrumentos (cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial eurounitaria) dar la preferencia (o “precedencia”, o incluso la “preeminencia”, según las expresiones de CRUZ VILLALÓN y REQUEJO PAGÉS⁶⁹⁴), o si utilizar los dos de forma simultánea.

La existencia de una situación de “doble prejudicialidad” puede reanudarse a la concepción “dualista” que —a pesar del notorio “camino comunitario” recorrido por muchas Cortes constitucionales para adecuarse a la posición expresada por el Tribunal de Justicia sobre la relación entre el ordenamiento eurounitario y el interno— sigue caracterizando la concepción de la mayoría de los Tribunales constitucionales.

⁶⁹³ CARTABIA, M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità»*, comunitaria e costituzionale, en *Foro italiano*, 1997, V, pp. 222 y ss. ; GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, pp. 1193 y ss.; CELOTTO, A., *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria*, en *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, pp. 47 y ss.; MAZZUCCHI, S., “Residui” di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 663 y ss. Más recientemente, en la doctrina española, CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, J. L., *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, pp. 173-194. FERRERES COMELLA utiliza la expresión “doble vicio”, poniendo el acento entonces en la norma de aplicación al caso concreto, y no en la situación de incertidumbre entre las dos prejudiciales en la que se encuentra el juez nacional respecto de los máximos intérpretes de la validez constitucional y eurounitaria de la norma misma, en FERRERES COMELLA, V., *El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, pp. 57-61.

⁶⁹⁴ CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, J. L., *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, respectivamente p. 178 y p. 177.

Según esta “estructura”, existen ámbitos en los que permanece un cierto margen de control de constitucionalidad en las manos de los Jueces constitucionales también respecto de las relaciones entre los dos ordenamientos.

Dos ordenamientos distintos (y dos órdenes jurisdiccionales cada uno con su Corte como máximo intérprete del primero) pero caracterizados por unas reglas que los vinculan el uno al otro. En particular, por lo que nos ocupa en este momento, la existencia de unas normas que provienen de la Unión Europea y que pueden tener efectos directos o indirectos en el ordenamiento del Estado miembro de dicha organización internacional. En el primer supuesto (efectos directos), el juez nacional tiene la posibilidad de inaplicar la normativa interna que contravenga la eurounitaria, después de plantear el reenvío prejudicial, si no considerara necesario o estuviera entre los sujetos obligados al mismo; en el segundo puede que quede (claramente según el ordenamiento en cuestión) la competencia de la Corte constitucional para apreciar la legitimidad constitucional de la ley por supuesta vulneración del Derecho de la UE (según la teoría a la que nos hemos referido como la “norma interpuesta”).

En razón también de todo esto, es difícil negar que la concepción dualista no produzca consecuencias al sobrevenir situaciones en las que se presenta un problema de “doble prejudicialidad”. En la concepción “monista” (propugnada por el Tribunal de Justicia), sin embargo, es inevitable que cualquier cuestión sobre el Derecho de la UE (aunque presente perfiles de “constitucionalidad”) se considere integrada en el juicio sobre la conformidad eurounitaria ante Luxemburgo⁶⁹⁵.

La doctrina ha supuesto y evidenciado, en relación con la denominada “doble prejudicialidad”, unas cuantas situaciones en las que esta misma puede surgir, dando lugar a hipótesis diferentes. En la opinión de algunos comentaristas (cuyas teoría, sin embargo, no nos convence plenamente), sería oportuno diferenciar entre los casos en los que una ley nacional parece entrar en conflicto, de un lado, tanto con la Constitución nacional como con el Derecho UE derivado y, de otro, con la Constitución nacional y con la Carta Europea de los derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el primero de ellos (denominado de “*legalidad europea*”) el juez debería elevar en primer lugar la cuestión al Tribunal de Justicia; en el segundo supuesto (que han llamado de

⁶⁹⁵ VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, en *Giust. amm.*, 2010, 2, pp. 63 y ss., afirma que la estrategia dualista ha transformado el diálogo con el Juez de Luxemburgo en una suerte de “doble monólogo”; También véase, sobre este tema: REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, en *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 659 y ss.

“*inconstitucionalidad constitucional-europea*”) se debería plantear antes la cuestión de inconstitucionalidad, dado que los beneficios que derivarían de la participación del Juez constitucional superarían el *vulnus* de la directa inaplicabilidad del Derecho eurounitario⁶⁹⁶.

Otros autores han reflexionado sobre articulaciones más complejas del problema. El juez nacional podría encontrarse ante:

a) dos normativas distintas, ambas aplicables para resolver el caso, y que necesitan las dos la activación del instrumento prejudicial; pero para una de ellas ante el Tribunal de Justicia y para la otra ante el Constitucional (la denominada “doble prejudicialidad independiente);

b) la duda concierne a la misma norma por supuesta discrepancia con el Derecho eurounitario directamente aplicable y por esta razón también con la disposición constitucional que vincula al Estado al respeto de las obligaciones que derivan de los ordenamientos supranacionales (“doble prejudicialidad en sentido estricto”);

c) la misma situación descrita en el *sub b*), pero respecto del Derecho eurounitario no directamente aplicable;

d) la misma situación delineada en el *sub a*), pero en el que la norma aplicable contraste también con otros principios o derechos constitucionales, como el principio de igualdad, el derecho a la tutela judicial efectiva etc. (“doble prejudicialidad ampliada”);

e) una norma eurounitaria contrasta supuestamente con el Derecho primario de la UE o con los principios supremos del ordenamiento jurídico nacional - contra-límites – (doble prejudicialidad “con partes invertidas”)⁶⁹⁷.

1. Italia: dos casos de doble prejudicialidad

Dejando la teoría para pasar a verificar en la práctica algunos casos conexos con la temática de la “doble prejudicialidad”, nos limitaremos a recordar dos supuestos recientes relativos al ordenamiento italiano y que tienen aspectos singulares.

⁶⁹⁶ CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁶⁹⁷ En particular, v. GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni n. 102 e 103 del 2008*, en *Giur. cost.*, 2009, pp. 1315 y ss.; LOSANA, M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, en *Riv. Aic*, 24 de enero de 2014, n. 1; ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale en Rivista AIC*, n. 3/2014.

En el primer supuesto, el Tribunal de Milán, en una hipótesis que puede enmarcarse entre las *sub b)*, ha optado por emitir dos autos separados, en fechas distintas⁶⁹⁸, planteando sobre la misma norma aplicable al caso que tenía que resolver tanto una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, como una duda de constitucionalidad a la Consulta, advirtiendo en ambas resoluciones que también la otra Corte había sido llamada a pronunciarse.

Las dos jurisdicciones solicitadas en vía prejudicial han resuelto la cuestión con absoluta autonomía, ignorándose recíprocamente, y llegando (por fortuna) a una solución análoga y que no iba a crear conflictos entre los dos ordenamientos a la hora de aplicar la norma al caso concreto⁶⁹⁹.

La doctrina ha evidenciado cómo circunstancias de este tipo pueden provocar un contraste entre los fallos difíciles de resolver⁷⁰⁰. Se ha hablado a este respecto de un verdadero “defecto del sistema”, de una posible brecha en el mismo, especialmente inquietante. Por tanto, se ha solicitado la aprobación de una regulación procesal que proporcione al juez, en estos casos de “doble prejudicialidad”, un camino obligatorio que indique el orden de preferencia entre los dos planteamientos⁷⁰¹.

En el segundo ejemplo que proponemos –más reciente– el Consejo de Estado⁷⁰² ha evidenciado un problema específico en orden a la obligación, para los jueces de última instancia, de plantear, en caso de duda, la prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia. Frente a la solicitud de una de las partes de plantear una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo, el juez administrativo ha afirmado tener que aplicar una normativa nacional (la regulación, aunque esta precisión poco añadida al análisis que queremos llevar a cabo, concernía a unos requisitos específicos para la realización de una actividad económica conexa con el “juego público a distancia” o el “juego lecito”), que ya había sido objeto (a iniciativa del mismo Consejo de Estado, con ocasión del mismo proceso) del control de constitucionalidad ante la Corte constitucional, que declaró infundada la cuestión⁷⁰³. Además, la cuestión de

⁶⁹⁸ Tribunal de Milán, auto de 6 de mayo de 2008, que plantea cuestión de inconstitucionalidad y auto de 22 de mayo de 2008 que plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

⁶⁹⁹ Se trata de la decisión de la Corte constitucional de 27 de marzo de 2009, n. 86, en *Foro it.*, 2010, I, p. 796, con nota de CAPPUCCIO L., y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de marzo de 2009, asunto C-217/08, en *Foro it.*, 2009, IV, p. 446.

⁷⁰⁰ ROVAGNATI, A., *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)*, en *Quaderni cost.*, 2009, pp. 717-718.

⁷⁰¹ VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”* cit., pp. 63 y ss.

⁷⁰² Consejo de Estado, sección IV, auto de 1 de junio de 2016, n. 2334.

⁷⁰³ Esta Sentencia anterior dictada por la Corte constitucional es la n. 56, de 31 de marzo de 2015, en <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0056s-15.html>.

inconstitucionalidad se había planteado respecto de los mismos parámetros constitucionales en los que se fundaba también el reenvío prejudicial.

El juez administrativo, también en atención a la eventual responsabilidad del Estado en caso de falta de planteamiento de la cuestión prejudicial por el juez de última instancia, promovió ante el TJUE la cuestión relativa a la interpretación del art. 267.3 TFUE. El órgano judicial preguntaba si era posible interpretar esta norma en el sentido de que no se prevé una obligación incondicional del juez de última instancia al reenvío prejudicial cuando, en el mismo juicio, la Corte constitucional ya hubiese enjuiciado la legitimidad de la disciplina nacional utilizando sustancialmente los mismos parámetros normativos cuya interpretación debería pedirse al Tribunal de Luxemburgo, aunque sean diferentes desde el punto de vista formal, por encontrarse en normas constitucionales y no en Tratados Europeos. El Consejo de Estado añadió como fundamento de su interpretación la necesidad de evitar la vulneración del principio del *ne bis in idem* y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Una parte de la doctrina ha puesto de relieve cómo la petición de la parte de plantear una prejudicial eurounitaria se proponía “puentear” la decisión del Constitucional, en la tentativa de obtener una solución distinta y más favorable para sus intereses⁷⁰⁴.

La posición de la Corte constitucional sobre el tema de la “doble prejudicialidad” y más en general de las relaciones entre Derecho de la Unión Europea y Derecho interno (de rango legal o constitucional) ha evolucionado en los últimos 40 años y no siempre de una forma coherente; es más: la misma ha manifestado en ocasiones apreciaciones y posturas incluso contradictorias.

En un primer momento, la Consulta se había limitado a negar su competencia para apreciar la conformidad del Derecho comunitario con los principios constitucionales, afirmando que se trataba de una tarea confiada a los jueces ordinarios, en su caso utilizando el instrumento de la cuestión prejudicial ante el Juez de Luxemburgo⁷⁰⁵.

Posteriormente, la Corte ha elaborado de una manera más precisa las razones que fundaban la imposibilidad de su intervención. La justificación se encontró en la

SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità cit.*, 5; PURIFICATI, N., *L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza*, en *Neldiritto.it*, 2016.

⁷⁰⁵ Auto de la Corte constitucional de 28 de julio de 1976, n. 206.

necesidad del respeto del requisito procesal de la relevancia⁷⁰⁶. En efecto, opina el Constitucional italiano, la solución de la duda sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea era determinante para establecer la aplicabilidad al caso concreto de la normativa nacional, supuestamente en contraste con la eurounitaria. En el supuesto de que la interpretación de Luxemburgo hubiese llevado al juez a inaplicar la norma de Derecho nacional, habría derivado en la irrelevancia de la cuestión de legitimidad constitucional, pues la norma ya no sería aplicable al caso. De aquí la conclusión de la necesaria precedencia de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia respecto del planteamiento de una duda de constitucionalidad ante la Corte.

En los años que siguieron, la Consulta, fundándose en esta motivación que algunos autores han definido como una “*artimaña procesal*”⁷⁰⁷, ha dejado siempre que fuera el juez ordinario quien utilizara el instrumento del reenvío prejudicial al Tribunal de Luxemburgo⁷⁰⁸, evitando así una comunicación directa con aquella y prefiriendo, un diálogo con la Corte de Justicia “a través de un intermediario” (“*per interposta persona*”)⁷⁰⁹.

Puede ser que la verdadera razón que funda la mencionada jurisprudencia constitucional tenga que buscarse en la voluntad de la Corte constitucional de evitar

⁷⁰⁶ V. Cap. Segundo, II.1 c).

⁷⁰⁷ “*Strattagemma processuale*”, VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”* cit., p. 66.

⁷⁰⁸ Por ejemplo, en determinadas ocasiones la Corte constitucional ha decidido devolver las actuaciones al juez *a quo* porque previamente no se había planteado la cuestión prejudicial al Juez de Luxemburgo: pueden verse los autos de la Corte constitucional de 26 de julio de 1996, n. 319; y de 2 de abril de 2009. En otros casos, se ha declarado inadmisibile la cuestión de inconstitucionalidad porque al mismo tiempo se había planteado una de validez ante el TJUE (por ejemplo en el caso del auto de la Corte constitucional de 21 de marzo de 2002, n. 85), o la emisión de una decisión de este mismo se ha considerado *ius superveniens* que justificaba la devolución de las actuaciones al juez *a quo* (por ejemplo en el auto de la Corte constitucional de 20 de abril de 2004, n. 125). También se ha decretado el denominado “*rinvio a nuovo ruolo della questione di costituzionalità*” a la espera de una decisión de la Corte de Justicia sobre los mismos preceptos impugnados ante el Constitucional (auto de la Corte constitucional de 1 de junio de 2004, n. 164). Se han considerado inadmisibles aquellas cuestiones de inconstitucionalidad relacionadas con una norma comunitaria objeto de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo planteada por otro juez en otro proceso (autos de la Corte constitucional de 16 de junio de 1994, n. 244; y de 13 de febrero de 1995, n. 38). Finalmente, ha habido casos en los que se ha afirmado la necesaria prioridad del reenvío prejudicial eurounitario cuando el juez *a quo* planteaba una duda de constitucionalidad sobre una ley nacional utilizando como parámetro disposiciones distintas del art. 117.1 de la Constitución italiana (auto de la Corte constitucional de 28 de diciembre de 2006, n. 454), o cuando el juez ordinario afirmó aplicar un principio de derecho fijado por la Corte de Casación (auto de la Corte constitucional de 13 de julio de 2007, n. 284).

En doctrina, para un análisis detallada sobre esta temática, puede verse GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010) y (2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 335 y ss. 2014, pp. 401 y ss.

⁷⁰⁹ Esta expresión, hoy muy famosa, es de CARTABIA, M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, en ZANON, N. (Coord.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, pp. 101-104.

encontrarse ante una suerte de obligación respecto del Tribunal de Justicia, a saber: de un lado, en relación con el planteamiento de una cuestión prejudicial (obligada, entonces, al reenvío por ser juez de “última instancia”); de otro, respecto de las interpretaciones que la Corte de Luxemburgo proporcione y que la Corte constitucional no podrá no tener en cuenta a la hora de resolver su cuestión de inconstitucionalidad.

Finalmente, esta postura se modificará paulatinamente, hasta el momento en el que la Corte constitucional ha reconocido su legitimación para entrar en diálogo directo con el Tribunal de Justicia, utilizando ella misma el mecanismo de la cuestión prejudicial eurounitaria.

La doctrina italiana ha expresado su perplejidad en relación con las razones que justificarían la precedencia de la prejudicial eurounitaria sobre la constitucional, evidenciando cómo se trataría exclusivamente de criterios prácticos de tipo histórico-contingente y de economía procesal⁷¹⁰. Algunos incluso han afirmado que la falta de participación del Constitucional en el diálogo directo con Luxemburgo se debería al preocupante volumen de trabajo al que ya la misma tiene que hacer frente⁷¹¹.

Asimismo, se ha sostenido que sería preferible “revocar” la precedencia a la prejudicial eurounitaria y preferir una situación de “equiordenación” con la constitucional. Competería en aquel caso al juez ordinario decidir si plantear ante uno u otra, o si hacerlo a la vez⁷¹². Incluso se ha llegado a imaginar la eventualidad en la que el mismo Tribunal de Justicia pida resolver antes la cuestión de inconstitucionalidad, pues la eventual ilegitimidad constitucional de la norma aplicable al caso concreto podría privar a la intervención del Juez de Luxemburgo de la necesaria relevancia⁷¹³.

⁷¹⁰ CERRI, A., *La doppia pregiudizialità in una innovativa decisione della Corte*, en *Giur. cost.*, 2013, pp. 2897 y ss.

⁷¹¹ ONIDA, V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 47 y ss.

⁷¹² GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale* cit., pp. 1315 y ss.

⁷¹³ MALFATTI, E., *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 194.

2. España: los supuestos de “doble prejudicialidad”

La concurrencia (anterior, posterior o simultánea) de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo en España

Pasando ahora al examen del concreto desarrollo de este fenómeno también en el ordenamiento jurídico español, son muy escasas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tomado posición sobre la doble prejudicialidad, en concreto sobre los supuestos de una simultánea o sucesiva formalización de cuestiones de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales europeas⁷¹⁴.

Como se trata en los correspondientes apartados de este trabajo, el Tribunal español, al dar y definir la cobertura de los derechos fundamentales, no se ha resistido a la lógica de una tutela multinivel. Antes al contrario, aproximándonos a esa realidad en sentido amplio cabe decir que el Tribunal está comprometido plenamente en su dinámica.

A modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad puede mencionarse, por ejemplo, como el Tribunal no sea ajeno a la jurisprudencia del TJUE en diversos asuntos y planos, amparándose no pocas veces en ella en los diversos procesos constitucionales; o el hecho que el Tribunal haya definido, ciertamente sin la nitidez que un tema de semejante envergadura demanda, los términos de la influencia o confluencia entre la jurisprudencia del TJUE y sus propios pronunciamientos internos, así como, con ello, su posición en los denominados contra-límites, en el debate, si se prefiere, entre primacía y supremacía⁷¹⁵. Además, como se expone en el lugar correspondiente en

⁷¹⁴ Entre los autores más destacados que han tratado este tema pueden mencionarse: CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, J. L., *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, pp. 173-194; FERRERES COMELLA, V., *El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, pp. 57-61.

⁷¹⁵ Son muchísimos los trabajos doctrinales que se han ocupado, directamente o indirectamente, de esta importante temática, sobre todo desde la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional, ya mencionada y que sentó doctrina justo sobre este tema. Entre otros autores, pueden verse: MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *Primacía y supremacía: la primacía del Derecho europeo vs. la supremacía de la Constitución*, en *Actualidad administrativa*, n. 6, 2017; SÁIZ ARNAIZ, A., *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de*

este trabajo, el Alto Tribunal ha apreciado incluso en ocasiones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en escenarios de inaplicación manifiesta de la jurisprudencia del TJUE, de desconsideración del sistema de fuentes y abandono o dejación de la configuración jurídica y presupuestos de activación de la cuestión prejudicial, considerando siquiera (aunque con un canon de control indirecto y formal) la hipótesis de vulneración del art. 24 CE en supuestos de no planteamiento de la cuestión prejudicial⁷¹⁶. Y finalmente, aunque quede ahora referido lo enunciado a otros ámbitos de cobertura o estadios multinivel en la protección de los derechos, también es destacable que el Constitucional tome en consideración la jurisprudencia del TEDH, contemplando incluso la revisión de sus pronunciamientos previos después del dictado de Sentencias condenatorias por violación del CEDH (en supuestos de pervivencia de la lesión de derechos fundamentales).

Sin embargo, pese a todo ello, llaman la atención en cambio las pocas oportunidades y la poca intensidad dada a su respuesta cuando ha tratado la doble prejudicialidad en sentido estricto, esto es, supuestos de confluencia o de concurrencia conflictiva entre la activación de una cuestión de inconstitucional y una cuestión prejudicial ante el TJUE, ya fuera de modo simultáneo o sucesivo.

i. Un caso de concurrencia: el planteamiento anterior de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo a la cuestión incidental ante el Tribunal Constitucional

Nuestro análisis empieza con el examen de un supuesto en el que un juez ordinario planteó primeramente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo y sucesivamente, después de recibir una decisión en sentido favorable a la compatibilidad de la norma enjuiciada con el Derecho de la Unión, una cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma norma.

diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución, en LÓPEZ CASTILLO, A., SÁIZ ARNAIZ, A., FERRERES COMELLA, V., *Constitución Española y Constitución Europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 51-75.

⁷¹⁶ V. Cap. Quinto, III. Sigue.

La Sentencia más específica sobre el particular es todavía reciente, STC 35/2016, de 3 de marzo, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el segundo párrafo del apartado 1 del art. 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁷¹⁷.

El litigio procesal del que nace la cuestión de inconstitucional que resuelve esa Sentencia de 2016 se refería a un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, sobre la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

Una vez tramitado y concluso el procedimiento, el órgano judicial acordó suspender el procedimiento principal y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 234 del Tratado CE (ahora art. 267 TFUE), plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre diversos aspectos en los que no merece poner atención de detalle. El caso es que las citadas cuestiones fueron resueltas (en el sentido de la compatibilidad de las normas internas con las comunitarias) por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07). Con posterioridad a dicha resolución del Tribunal de Luxemburgo, el órgano de la jurisdicción ordinaria, tras un trámite de alegaciones a las partes personadas, dictó Auto planteando ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 25/1994 (que ya había sido objeto de la decisión citada de Luxemburgo).

Se trata, en consecuencia, de una sucesión de procedimientos incidentales, el prejudicial europeo y, a posteriori, la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La Sentencia de referencia, más allá de las razones de fondo en las que sustenta la validez de la norma en los primeros fundamentos jurídicos, sobre lo que nos detiene aquí, en el FJ 6, afirma literalmente que, aunque con lo dicho en los fundamentos jurídicos anteriores ya bastaría para declarar la desestimación de la CI:

⁷¹⁷ Aunque el dato no tenga especial relieve ahora, en concreto, la cuestión tenía por objeto la posible contradicción del art. 5.1 de la Ley 25/1994, en la redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, con los arts. 14 y 31.3, en relación con el art. 38, todos ellos de la Constitución española.

“Resulta pertinente efectuar alguna precisión adicional teniendo en cuenta que la presente cuestión de inconstitucionalidad se ha visto precedida por una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea planteada por el mismo órgano jurisdiccional (la Sala Tercera del Tribunal Supremo) en el curso del mismo procedimiento (recurso contencioso-administrativo núm. 104-2004) y en relación con la misma medida ahora cuestionada (la obligación de los operadores de televisión de invertir cierta parte de sus ingresos en determinadas obras audiovisuales). Una cuestión prejudicial que fue desestimada por el Tribunal de Justicia por considerar que la mencionada obligación es compatible con el Derecho de la Unión, y más en concreto con las libertades fundamentales consagradas en el Tratado fundacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2009, asunto C-222/07, UTECA).

Obviamente, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, añade el Tribunal Constitucional:

“[...] tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE”.

Tras ello recoge las manifestaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la materia, destacando que la medida nacional discutida no supone según aquél restricción alguna “de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado” o que los condicionantes que la norma española implica para la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales y la libre circulación de trabajadores eran compatibles “con el Derecho de la Unión”. Dicho lo cual, justo a

renglón seguido y sin añadidos, concluye que, por lo tanto, procede “*la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad*”.

Se desprenden de lo dicho una serie de evidencias.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional no encuentra ninguna objeción al planteamiento de una cuestión prejudicial con carácter previo a la incidental interna, sino todo lo contrario, lo que implícitamente tendría un claro e indiscutible fundamento, a saber: la competencia del TJUE en la materia, al tratarse de la compatibilidad de la norma nacional con la norma eurounitaria.

En segundo lugar, tampoco considera el Constitucional objetable el planteamiento sucesivo de la cuestión de inconstitucionalidad, que tendría su razón de ser en el diverso “*ámbito de las mismas*”.

Finalmente, declara el Tribunal no estar sometido en el juicio de constitucionalidad que le compete a lo establecido por el Tribunal de Justicia, si bien, pese a ello, realiza luego el juicio de constitucionalidad -plenamente y sin matices o prevenciones- de acuerdo con lo dicho por el TJUE (por lo menos así podemos afirmar por el caso concreto en examen), sin ningún añadido, justamente tras reconocer la trascendencia de lo resuelto por éste por razón de la materia y admitiendo la implicación directa en ella de la normativa europea que activa la competencia interpretativa de la Corte de Luxemburgo.

Entonces, nos preguntamos si de verdad queda un ámbito nacional, distinto del de la Unión Europea, así como afirma el Constitucional. En efecto, no dejan de llamar la atención, siendo así, algunas de las declaraciones de la Sentencia. Decir que uno no está obligado por lo resuelto por el Tribunal de Justicia (a cuya doctrina sin embargo se somete luego sin matiz) o decir que se “*tendrán presentes*” sus determinaciones jurisprudenciales sobre la materia (como quien dijera que las atenderá pero no está forzado a hacerlo), más parece una declaración retórica, dirigida a afirmar una competencia propia que, en verdad, está atravesada por la auténtica competencia de quien tiene el monopolio interpretativo del Derecho de la Unión⁷¹⁸. Por ello, lo real y efectivo, lo que desvelaría una auténtica aceptación del estado de cosas en la tutela

⁷¹⁸ CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J.L. (*La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, p. 176) nos advierten de las dificultades a la hora de abordar el tema de las relaciones entre estas dos tipologías de cuestiones prejudiciales (la eurounitaria y la constitucional), siendo efectivamente y en definitiva un problema de relaciones entre Derecho de la Unión Europea y Derecho nacional. En España, en opinión de los autores, se trataría de una relación “*difícil*”, pues no puede articularse siguiendo las reglas propias del principio de jerarquía y “*solo en términos muy relativos cabe constituirla con el de competencia*”.

multinivel, sería afirmar lo siguiente (algo bien distinto a lo que hace la Sentencia a modo de vacía reivindicación): que desborda todo margen de autonomía jurisdiccional del Tribunal Constitucional cualquier dimensión de constitucionalidad del debate normativo que quede absorbida, o centrada de modo estructural, en la interpretación de Derecho de la Unión.

Así lo estimamos, con solo dos excepciones: la primera, que exista un fundamento o alegación autónomos en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, un plano ajeno e independiente, paralelo o distinto, al contenido deducido en la previa cuestión prejudicial europea; en suma, un prisma de enjuiciamiento de constitucionalidad que diferencie el objeto de la cuestión incidental nacional del sustanciado en la cuestión incidental europea (circunstancia la descrita que no dota, como se ve, de prioridad adicional alguna al Tribunal Constitucional en el debate multinivel, puesto que la competencia en esa hipótesis nacerá, en exclusiva, de la vertiente “no europea” de lo planteado, ajena por ello a las atribuciones del TJUE).

La segunda excepción, que en nuestra opinión posee incluso mayor alcance e implica una controversia jurídica superior, es que se acoja una determinada construcción en materia de contra-límites⁷¹⁹; esto es, que se postule una lectura del principio de supremacía⁷²⁰ de determinados contenidos propios del Derecho nacional (los “principios supremos”) que permita defender, frente a la capacidad exclusiva del TJUE, que sus interpretaciones de la normativa europea, cuando tengan efectos inmediatos o mediatos, directos o indirectos, sobre prescripciones de la Constitución (seguramente, sobre algunos contenidos concretos o principios esenciales de ésta), no lo podrán todo, no agotarán la potencialidad de un pronunciamiento de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Con ese encuadramiento podría llegar el tiempo, pensamos, de dejar en el pasado las “guerras” de competencia, de asumir la realidad de las cosas. Y es que la disputa queda reducida, seguramente, a la definición de los contra-límites y a la fijación del auténtico alcance del principio de supremacía porque, en resumidas cuentas, más

⁷¹⁹ CELOTTO, A, GROPPI, T., *Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs contralímites*, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMP, P. (directores), *Constitución europea y constitucionales nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 287, ya habían puesto de manifiesto la “paradójica contradicción” inherente a la eficacia del Derecho de la Unión Europea: que de un lado tienda a la unificación de los derechos nacionales y, de otro, provoque que estos mismos ordenamientos nacionales se opongan a la *primauté* poniendo condiciones y límites propios a la eficacia del Derecho de la Unión Europea (a través, esto es, de los contra-límites).

⁷²⁰ Para citas bibliográficas y jurisprudenciales sobre la relación entre primacía y supremacía, puede verse la nota 717.

allá del intenso y decisivo debate que en esos planos se concentra y que precisa de respuestas, no hay nada más que principio de primacía del Derecho Europeo, cuando éste concurra. No hay, a salvo de aquello, insistimos, un doble plano constitucional interno/eurounitario, sino un único trazado o mapa en el que, cuando, en un asunto, la dimensión constitucional coincida o quede atravesada y del todo condicionada por un neto perfil europeo en razón de la materia, la problemática de constitucionalidad será solo y únicamente la problemática de la interpretación del Derecho de la Unión, coincidiendo lo uno con lo otro y despejándose precisamente la cuestión con la respuesta interpretativa del TJUE. Todo lo demás es un combate retórico, hueco, de resistencias y egocentrismo jurisdiccional.

Por ello, más todavía en casos como el descrito en la Sentencia de referencia, STC 35/2016, en el que la cuestión prejudicial y la de inconstitucionalidad se referían a una misma medida normativa, suscitándose incluso en el mismo proceso, chocan las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional de no estar condicionado por la decisión de la cuestión prejudicial (“*ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal*”) o de que se “*tendrá en cuenta*” la doctrina europea, aunque se diga que mucho (“*deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas...*”). Más aún si es para acabar haciendo lo que hace el Tribunal Constitucional: someterse en suma, como no podría ser de otro modo, a la interpretación dada por la Corte de Luxemburgo en una materia que es de su competencia.

Ese es, en todo caso, el discurso del Tribunal Constitucional. Dejando a salvo, en cuanto a España afecta, lo que afirmamos en este trabajo sobre los contra-límites, este discurso del Constitucional no sufre alteración en el resto de pronunciamientos que se han ocupado de esta materia.

ii. Sigue. El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de la cuestión prejudicial y los supuestos de planteamiento simultáneo (la doble prejudicialidad en sentido estricto)

Los AATC 202 a 205/2016, todos ellos de 13 de diciembre y referidos a supuestos de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de cuestión prejudicial, y los AATC 168/2016, de 4 de octubre, y 183/2016 y 185/2016, ambos de 15 de noviembre, en supuestos de planteamiento simultáneo de una y otra, lo único que añaden a lo ya dicho es una consecuencia sobre el incumplimiento del

requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea “aplicable al caso” (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). Para decir, en concreto, que no se cumple ese requisito si el órgano judicial apunta en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma impugnada puede entrar eventualmente en contradicción con el Derecho de la Unión Europea, sin haber elevado cuestión prejudicial, o si la ha planteado de forma simultánea a la cuestión de inconstitucional y está pendiente de resolución por el TJUE.

Así, los AATC 202 a 205/2016, que se detienen en la primera de la hipótesis, declaran que no se cumplía aquel requisito (la aplicabilidad) porque el Auto de planteamiento, al acotar su duda de constitucionalidad, ponía de manifiesto la eventualidad de una contradicción entre la norma cuestionada y el Derecho de la Unión Europea, circunstancia a despejar que prefería dilatar en el tiempo: *“se pronunciará esta Sala en el momento oportuno, si resulta menester, una vez cuente con la respuesta del Tribunal Constitucional”*. A la vista de ello, declara el Tribunal Constitucional que, *“al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal ‘aplicable al caso’, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable”*.

En suma, no cabe suscitar una duda de inconstitucionalidad sobre un norma si se estima que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, ya que, en ese escenario, debe plantearse primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, y solo cuando haya sido descartada tal incompatibilidad por éste dirigirse, en su caso, ante el Tribunal Constitucional con la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte, en el supuesto del planteamiento simultáneo, el ATC 168/2016, como los AATC 183 y 185/2016, afirman la misma prioridad de la prejudicial europea y con un argumento plenamente coincidente con los ya expuestos, con independencia de las diferentes actuaciones de los órganos promotores. Y es que en nada difiere la idea fuerza, véase: *“estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el TJUE resuelva. La eventual*

incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea aplicable al caso (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC)”.

En esto queda la posición del Tribunal Constitucional hasta la fecha, aunque la problemática encuentre su plenitud solo una vez integrada con lo señalado en el apartado correspondiente sobre los contra-límites y el principio de supremacía de la Constitución.

V. La doble prejudicialidad” constitucional y convencional.

Si el problema de la “doble prejudicialidad” entre la prejudicial constitucional y la europea ha sido estudiado en teoría y ha manifestado en la práctica toda una variedad de hipótesis y diferentes soluciones, como consecuencia de la aprobación del protocolo n. 16 del CEDH podría comparecer una segunda tipología de “doble prejudicialidad”, esta vez entre la constitucional y la convencional⁷²¹.

Con la intención de llevar a cabo algunas reflexiones, por más que queden referidas a una hipótesis todavía lejos de realizarse y que podría no llegar a tener aplicación práctica, destacaremos que el problema de la doble prejudicialidad quedaría comprendido en el ámbito de aquellas que se definan como “Altas Jurisdicciones” en el acto de ratificación del Protocolo, delimitando ese dato el alcance de la problemática y, consiguientemente, del análisis.

Estos es, solo los sujetos a los que acabamos de aludir – y solo ellos – podrán plantearse el interrogante de decidir el orden de planteamiento entre la cuestión de inconstitucionalidad y la opinión del TEDH.

⁷²¹ España todavía no ha ratificado el Protocolo 16, por esta razón la elección de no desarrollar el debate sobre la triple prejudicialidad también en este País.

Siempre sobre este particular, se evidencia la trascendencia de las elecciones de cada Estado miembro del Consejo de Europa en relación con la fuerza normativa asignada al Convenio Europeo en el sistema de las fuentes del Derecho interno.

En Italia, después de las recordadas “sentencias gemelas” de 2007 y de la sucesiva jurisprudencia constitucional, la Corte constitucional ha sentado algunos puntos clave que merece la pena sintetizar⁷²²:

a) El CEDH no ha llevado a la constitución de un ordenamiento supranacional paragonable al de la UE, y, por tanto, posee una caracterización o posición sub-constitucional en el sistema de fuentes;

b) El Convenio, en consecuencia de lo anterior, no es un parámetro directo para valorar la legitimidad constitucional de las leyes, pero puede considerarse una “norma interpuesta” cuya violación determine, de forma indirecta, la vulneración del art. 117.1 de la Constitución italiana⁷²³, que impone a la ley nacional la observancia de las obligaciones internacionales;

c) La utilización del CEDH como norma interpuesta queda subordinada, por tratarse de fuente sub-constitucional, a una verificación previa por parte del juez de su conformidad a la Constitución, cuyo resultado negativo impone al juez plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Consulta sobre la ley de ratificación del Convenio.

d) La cuestión de inconstitucionalidad fundada en la presunta violación del CEDH tiene que seguir a un previo intento del juez de interpretar la ley de manera conforme con la disposición del Convenio en cuestión.

e) El juez ordinario tiene que dar a las disposiciones del Convenio el significado que le haya atribuido la Corte Europea de Estrasburgo en su jurisprudencia.

f) El juez tiene que seguir determinados criterios, como los de la tutela más intensa, el respeto del margen de apreciación estatal, la necesidad de una valoración sistemática y no fraccionada, el carácter consolidado de la jurisprudencia del TEDH, etc.

⁷²² V. Cap. Quinto, II, nota 625.

⁷²³ Art. 117.1 Const. italiana: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”.

Vistos estos principios (y en particular los últimos tres), parecería lógico que el juez pidiese, caso de precisar, la opinión del Tribunal de Estrasburgo con carácter preferente y solo luego planteara la CI, para así aclarar, en su caso, la interpretación correcta de las disposiciones del Convenio, que, ya que se fundan casi siempre en las peculiaridades del caso concreto, a veces puede no resultar clara en las decisiones del TEDH.

Una vez recibida la opinión, el juez podrá plantear la duda de constitucionalidad o cambiar de opinión, señaladamente por haber encontrado la forma de llegar a una interpretación de la ley que resulte conforme al Convenio gracias a la lectura proporcionada por el TEDH.

La hipótesis de pedir la opinión después de haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad parecería concurrir si esta última se hubiera resuelto con una decisión de falta de fundamento, pues una sentencia de inconstitucionalidad, en cambio, convertiría la petición de opinión en irrelevante o en meramente abstracta.

En el primer caso, véase, la demanda de opinión podría enmascarar una especie de impugnación de la sentencia de la Corte constitucional, con la finalidad de llevar una segunda vez la cuestión ante ella con nuevas motivaciones o diferentes parámetros.

Finalmente, nos parece oportuno resaltar que tendrá una influencia central en el tipo de “doble prejudicialidad” a examen que el Juez constitucional quede o no incluido entre las “altas jurisdicciones” legitimadas para pedir la opinión al Tribunal de Estrasburgo.

En aquellos países que hayan decidido o que decidan legitimar al Juez constitucional, los órganos de la jurisdicción ordinaria podrían elegir plantear antes la cuestión de constitucionalidad, exhortando al Juez constitucional para que sea él quien actúe ante el TEDH, por considerar al Tribunal o la Corte más autorizados para dialogar con el Tribunal de Estrasburgo.

Sigue: La Carta de los derechos de la Unión Europea y la hipótesis de adhesión de la UE al Convenio: la posibilidad de una “triple prejudicialidad”

Con respecto a las dos hipótesis de “doble prejudicialidad” ahora examinadas (constitucional y europea; constitucional y convencional), el escenario podría devenir más intrincado como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de

diciembre de 2009, especialmente por aquella parte del Tratado que atribuye a la Carta de los Derechos de la UE el mismo rango de los tratados y, más todavía, por la que prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

Una importante decisión de la Corte constitucional ha intentado en Italia proporcionar indicaciones precisas sobre ambos temas⁷²⁴.

En lo que afecta al primero de ellos, la Corte ha negado que la Carta instituya un instrumento de protección de los derechos fundamentales que desborde las competencias de la UE; por tanto, presupuesto de su aplicabilidad será que el supuesto concreto que haya llegado al juez ordinario esté sujeto o regido por el Derecho de la UE y no solo al Derecho interno sin nexo con el eurounitario – ya por resultar inherente a un acto de la Unión, ya a un acto nacional que active el Derecho de la UE, ya a un acto nacional justificado por la necesidad de no ser incompatible con una normativa eurounitaria–.

Respecto de la segunda problemática, la Corte constitucional ha sostenido que la prevista adhesión de la Unión Europea al Convenio refuerza la protección de los derechos humanos, asumiendo la propia Unión someterse a un sistema internacional de control del respeto de dichos derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, considera que la previsión del art. 6.2 del TFUE todavía no produce efecto alguno, y que la determinación de éstos dependerá de las modalidades específicas con las que se produzca la adhesión.

Respecto de dicha adhesión es de especial relieve, siquiera para los temas tratados en este trabajo, el Dictamen del Tribunal de Justicia n. 2/13, de 18 de diciembre de 2014, del que reseñaremos a continuación los aspectos más destacables.

La Corte de Luxemburgo expresa una opinión fuertemente crítica en relación con el proyecto de acuerdo de adhesión al Convenio, declarando que la Unión Europea no puede ser considerada como lo es un Estado que se adhiere al ordenamiento supranacional en cuestión, desatendiéndose con ello la naturaleza misma de la Unión.

En particular, el Tribunal de Justicia rechaza quedar sujeto a un control “externo”, específicamente en lo que concierne a la interpretación de la Carta de los Derechos y del Derecho de la UE, competencias que le corresponden con exclusividad.

⁷²⁴ Sentencia de la Corte constitucional de 11 de marzo de 2011, n. 80, en *Giur. cost.*, 2011, p. 1224.

El Dictamen se ocupa seguidamente de las consecuencias que derivarían, si la UE se adhiriese al CEDH, de los contenidos del Protocolo n. 16 y de la petición de opiniones en él previstas. Subraya que dicho mecanismo podría perjudicar la autonomía y la eficacia del procedimiento de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, sobre todo cuando los derechos reconocidos por la Carta DUE confluyen con los contenidos del Convenio. Esto es, a su juicio, no se excluye debidamente la eventualidad de que, la demanda de una opinión consultiva *ex* Protocolo n. 16 por parte de un juez nacional, pueda implicar que se soslaye el cauce de la prejudicial europea.

Esta firme oposición a un control externo ha sido criticada por muchos autores, que han visto en esta actitud la negación por parte del TJUE del elemento fundamental del sistema del CEDH, “*erigiendo la autonomía del ordenamiento eurounitario como baluarte inexpugnable*” y volviendo a proponer “*la excepción de la ‘jurisdicción domestica’ que el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa y fuera ha ya superado y negado*”, con la conclusión de que el dictamen del Tribunal de Justicia conduce a que “*el camino de la integración de la Unión en la Grande Europa del Consejo de Europa se haya interrumpido*”⁷²⁵.

En la misma línea, se ha postulado que el Dictamen de 2014 vuelve a proponer cuanto ya expresara otro Dictamen de 1996, a pesar de la evolución vivida desde entonces, y que, paradójicamente, parecería que sea el Convenio quien termina por adherir a la UE y no lo contrario; la conclusión no puede ser que la Unión Europea podrá adherirse solo cuando acepte un control externo por parte de la Corte de Estrasburgo⁷²⁶.

Para concluir, unas ultimas consideraciones. Después del Tratado de Lisboa y de la aprobación del Protocolo n. 16 del Convenio existe la posibilidad de una “*encrucijada particularmente concurrida*”⁷²⁷, sobre todo si una violación del CEDH que determine un contraste indirecto con la Constitución deriva de un acto normativo de la Unión Europea.

⁷²⁵ “*Erigendo l’autonomia dell’ordinamento eurounitario a baluardo inespugnabile ed ha ricreato l’eccezione della ‘giurisdizione domestica’ che lo sviluppo dei diritti fondamentali in Europa e fuori ha ormai superato ed escluso*”, y también “*il percorso di integrazione dell’Unione nella Grande Europa del consiglio d’Europa sia interrotto*”, ZAGREBELSKY, V., *L’Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà* cit., pp. 125 y ss.

⁷²⁶ De esta opinión CALVANO, R., *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull’adesione alla Cedu*, en Dir. pubbl. eur.. Rassegna online, julio de 2015, pp. 3 y ss.

⁷²⁷ La expresión es de CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi ed altre forme di cooperazione* cit., p. 84.

En este caso, en efecto, el juez de última instancia (es decir la “alta jurisdicción”) podría encontrarse ante la inédita situación de una “triple prejudicialidad”, es decir, ante la posibilidad (o en la necesidad) al mismo tiempo de plantear una cuestión de legitimidad constitucional en vía incidental, una prejudicial al Tribunal de Luxemburgo y una petición de opinión a la Corte de Estrasburgo.

En el momento actual no parece sencillo despejar esas situaciones y “dirigir el tráfico” en ese cruce, pues la competencia del Tribunal Europeo para interpretar el contenido del Convenio y aquella del Tribunal de Luxemburgo sobre la validez e interpretación del Derecho eurolunitario hacen complicado establecer un preciso orden de preferencia.

La eventual, y poco probable actualmente, adhesión de la Unión al CEDH, que legitimaría al Tribunal de Justicia para pedir opiniones consultivas a Estrasburgo, no parece cambiar significativamente la situación⁷²⁸, ya que el Protocolo n. 16 no contiene ningún criterio guía a este respecto.

VI. La defensa de los principios supremos de la Constitución frente al Derecho de la Unión Europea: los contra-límites, de amenaza a la posibilidad de una real utilización

En los apartados anteriores hemos examinado las analogías y las diferencias, sobre todo en relación con la tutela de los derechos fundamentales, entre la prejudicial constitucional, objeto de este trabajo de investigación, y, de un lado, la prejudicial eurolunitaria ante el Tribunal de Justicia, y de otro, aquella prevista en el Protocolo n. 16 del Convenio Europeo. Posteriormente hemos analizado el fenómeno de la denominada “doble prejudicialidad”, tanto en el nexo entre prejudicial constitucional y eurolunitaria, como entre la primera y la prejudicial “convencional”, además de la posibilidad que pueda presentarse de una “triple prejudicialidad”.

En este apartado queremos analizar otras temáticas, siempre relacionadas con los argumentos principales de este trabajo de investigación.

⁷²⁸ MARCHETTI, B., *Il prot. 16 Cedu cit.*, pp. 68 y ss.

Como mencionásemos al principio de este capítulo, puede ocurrir que un juez ordinario de un Estado miembro de la Unión Europea detecte, a la hora de tener que aplicar o controlar la validez de una normativa cuyo contenido proviene directamente de una obligación europea⁷²⁹, una incompatibilidad de esta misma con una disposición o un principio constitucional, muchas veces relativos a derechos.

En estos casos ha sido frecuente que el juez haya pedido la intervención de la Corte constitucional de su país (a través del juicio en vía incidental u otra tipología de acceso específica para la tutela de los derechos fundamentales, cuando está prevista). El propósito del órgano jurisdiccional es, de ese modo, sustraerse a la eficacia directa y sobre todo a la primacía del Derecho de la Unión Europea gracias a la intervención de los Altos Tribunales que, en su caso, puedan declarar la prevalencia (o supremacía) del Derecho constitucional interno.

Con este tema se enlaza estrechamente otro, que veremos, relativo a la utilización por parte del Juez constitucional del instrumento del reenvío prejudicial a la Corte de Luxemburgo, con la finalidad de recibir de ésta las aclaraciones interpretativas que considere oportunas sobre actos normativos de la Unión o decisiones del TJUE, que involucren derechos fundamentales o principios supremos de los ordenamientos nacionales.

En ambas clases de supuestos, los órganos nacionales comprometidos se encuentran, entonces, ante el recurrente problema del significado y alcance del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en contraste con el carácter “supremo” de las Normas Fundamentales nacionales, más alta expresión de la voluntad democrática de los ciudadanos de los Estados miembros.

No nos corresponde, a la vista del objeto de esta tesis doctoral, efectuar un análisis detallado del concepto de primacía -tema complejo al que numerosos autores han dedicado sus contribuciones-. Sin embargo, para nuestros fines de investigación, es útil recordar sumariamente la doctrina de referencia del Tribunal de Justicia de la Unión

⁷²⁹ Utilizamos a propósito una expresión tan genérica porque la normativa que proviene del ordenamiento europeo aplicable al caso en cuestión puede tener diferente naturaleza y grado de efectividad. A saber: aplicación directa de un Tratado o de un reglamento, aplicación de una ley nacional que únicamente reproduce el contenido de una directiva eurounitaria, etc.

Europea en relación a la primacía del DUE cuando el contraste se presente con una normativa nacional de rango constitucional⁷³⁰.

El Tribunal de Justicia sigue reiterando desde su sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*⁷³¹, que el Derecho interno de los Estados miembros en ningún caso podrá afectar a la primacía del Derecho de la Unión y a su eficacia en el ordenamiento jurídico nacional, tampoco en el caso de contraste entre este último y una norma o principio constitucional. Incluso, y esto nos interesa especialmente en relación con nuestro objeto de estudio, cuando se vean perjudicados derechos fundamentales, al afirmar el Tribunal de Luxemburgo que “*la alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado*”⁷³².

A pesar de afirmaciones tan rotundas, la jurisprudencia constitucional de la mayoría de los Estados miembros con tradición constitucional menos reciente (como Italia, Alemania, Francia y España) se ha opuesto a dicho criterio con declaraciones no menos tajantes y categóricas, objetando una aplicación “incondicional” del principio de primacía del DUE⁷³³.

Como es de ver, se trata de cuestiones fuertemente conexas con el relevante tema de los “contra-límites”, que está experimentando en los últimos años una evidente notabilidad y que merece ser comentado en lo referido al segundo de los aspectos indicados hace un momento. Procederemos a ello a través del estudio de dos importantes reenvíos al Tribunal de Justicia, el primero por parte del Tribunal

⁷³⁰ Para un análisis detallado de esta temática, véase, entre otros, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 17, 2013, pp. 1-38.

⁷³¹ STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, n. 11/70.

⁷³² STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, n. 11/70, apartado 3.

⁷³³ La expresión empleada es aquella utilizada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la famosa sentencia *Lisboa* de 2009, en la que puede leerse en los apartados 331 y 332 que “*la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional*” y que el Derecho de la Unión no puede, en caso de conflicto, pretender ningún tipo de preeminencia “*con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros*”.

Constitucional español (caso *Melloni*), el segundo de la Corte constitucional italiana (caso *Taricco*).

Los “contra-límites” se hallan y se concretan, como ampliamente es sabido – y dicho sea en extrema síntesis –, en los principios fundamentales y en los derechos inviolables de la persona, constituyendo, sobre todo en la jurisprudencia constitucional italiana y alemana, límites a la penetración y, en particular, a la injerencia excesiva del Derecho de la Unión Europea, así como, indirectamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ordenamiento nacional.

Los contra-límites se han considerado, durante mucho tiempo, una suerte de afirmación de principio emitida por las Cortes constitucionales nacionales⁷³⁴ que tiene por propósito evidenciar y subrayar las “fronteras” de su competencia, más que un instrumento al que, verdaderamente, un día, se pretenda recurrir; una especie de amenaza de “bomba atómica”, que todo el mundo espera que no llegue nunca a ser utilizada.

El tema de los “contra-límites” ha experimentado, sin embargo, una lenta pero progresiva transformación en su significado y en su efectiva potencialidad, ya que ha venido inevitablemente a entrelazarse con la problemática de las relaciones entre jurisdicciones nacionales, en particular Tribunales constitucionales, y el Tribunal de Luxemburgo, en la dirección de una colaboración entre ellas o, por el contrario, de una especie de combate para la supremacía.

La decisión de los Jueces constitucionales de reconocer su propia legitimación para plantear una cuestión prejudicial y la concreta utilización de la misma ha activado una suerte de “punto de contacto” con el Tribunal de Justicia; este no podía que llevar a un crecimiento de la posibilidad de divergencias sobre cuestiones o supuestos específicos entre las dos jurisdicciones, como consecuencia también de las diferentes normativas de referencia y de las distintas sensibilidades “constitucionales”.

En atención a lo dicho, y como ya hemos puesto de relieve, uno de los aspectos más debatidos en los últimos años es el de las fórmulas para prevenir o reducir los supuestos de concurrencia conflictiva, con la finalidad, así, de armonizar los resultados de las varias jurisprudencias en presencia (nacional, del Tribunal de Luxemburgo y del

⁷³⁴ En Italia, para las primeras afirmaciones generales sobre los contra-límites, pueden verse las sentencias de la Corte constitucional de 27 de diciembre de 1973, n. 183, y de 8 de junio de 1984, n. 170. En España la resolución más significativa es la DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

TEDH). Entre los instrumentos idóneos para este fin, cada vez con más frecuencia, aparecen los contra-límites.

Emblemáticos, a este respecto, son los dos casos ya recordados de reenvíos prejudiciales por parte del Tribunal Constitucional español y de la Corte constitucional italiana.

El examen tiene como finalidad verificar en qué medida los jueces ordinarios y el Juez constitucional pueden, más allá de las afirmaciones de principio, activar los contra-límites al objeto de garantizar la tutela de los derechos fundamentales; su invocación, en suma, no ya no frente a leyes nacionales sino confrontando el Derecho eurounitario.

En los dos supuestos citados el Juez constitucional ha considerado oportuno plantear la cuestión al Tribunal de Justicia. En el caso español con ocasión de un recurso de amparo, mientras que, en el italiano, en el marco del control incidental de constitucionalidad.

El distinto ámbito procedimental en el que se ha instado el planteamiento de la prejudicial eurounitaria (y de los contra-límites) no tiene ninguna consecuencia para lo que ahora analizamos, que consiste en despejar si puede el juez ordinario y, en su caso, en qué medida, en particular en el ámbito de un juicio en vía incidental, proteger los derechos fundamentales frente a una eventual lesión que derive del Derecho eurounitario interpretado por la Corte de Luxemburgo, así como en determinar el significado y la utilización que realmente perfilan en potencia los contra-límites para las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

1. La experiencia española: el Tribunal Constitucional y la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el caso *Melloni*

En el ordenamiento jurídico español el principio de la supremacía de la Constitución de 1978 sobre la normativa que proviniese del ámbito supranacional ha sido, ya desde el proceso constituyente, claramente conformado. Y, además, su reconocimiento era tan intenso que condujo a los constituyentes a establecer la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controlara la conformidad de los Tratados Internacionales (incluidos, es evidente, los de la Unión Europea) a la Constitución en un

momento previo a la ratificación de los mismos por parte de España⁷³⁵. El art. 95 CE, además de lo dicho, precisa en su apartado primero que “*la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”. Hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha tenido que intervenir en estas cuestiones solo en dos ocasiones, en 1992 y en 2004, pronunciando dos declaraciones⁷³⁶ fundamentales para la interpretación de las relaciones entre el ordenamiento de la Unión Europea y el español. Una parte de sus contenidos, sobre todo de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, resultarán de utilidad en las reflexiones que siguen.

Siempre con respecto a las elecciones del constituyente del ‘78 y a las relaciones con el ordenamiento supranacional (y para seguir proporcionando el marco que nos conduce el caso *Melloni*), deberá destacarse que, con la aprobación del art. 93 CE, España se abre a la posibilidad de ceder una parte de su soberanía a través de la autorización del Parlamento (mediante Ley Orgánica) de la atribución de competencias incluidas en la Constitución⁷³⁷.

Sin embargo, en la DTC 1/2004 antes indicada, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar que las cesiones de competencias (con respecto al sistema UE) permitidas por el art. 93 CE, y la consiguiente integración del Derecho de la Unión Europea en el sistema jurídico interno, no pueden considerarse exentas de limitaciones. Por el contrario, estas pueden aceptarse solo “*en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional*”, y que por esta razón “*la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión*”⁷³⁸.

Es incuestionable que el Alto Tribunal español, con estas enunciaciones, no está sino aludiendo a la existencia, también en su ordenamiento, de los contra-límites. Estos, en opinión del Constitucional, se hallarían en aquellos “*límites materiales, no recogidos*

⁷³⁵ Artículo 95 CE “1. *La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción*”.

No hay que olvidar que los Tratados Internacionales ratificados por España pueden siempre ser objeto de control de constitucionalidad en un momento posterior a su entrada en vigor, a través tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁷³⁶ DDTTC 1/1992, de 1 de julio, y 1/2014, de 13 de febrero.

⁷³⁷ Art. 93 CE: “*Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”.

⁷³⁸ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”⁷³⁹.

Así como el Tribunal constitucional español acepta la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, ya que España ha decidido formar parte de la institución supranacional aceptando someterse a una limitación de su soberanía en determinadas materias⁷⁴⁰, así también, al mismo tiempo, proclama la pervivencia de unos espacios intangibles, de estricta pertenencia a los Estados.

El Constitucional español, por consiguiente, parece no aceptar plenamente (con razón, podríamos añadir) la doctrina *Internationale Handelsgesellschaft*⁷⁴¹, bajo el presupuesto de que, en España, aceptar una normativa eurounitaria (sea cual sea su naturaleza, a saber, derecho originario o derivado) que contrastara con la Constitución precisaría de una previa modificación de la misma, pues de lo contrario se desconocerían y vulnerarían aquellos caracteres fundamentales que constituyen la esencia del ordenamiento constitucional español.

En efecto, en la línea de cuanto ha sido afirmado por DE LA QUADRASALCEDO JANINI, “*las constituciones nacionales, expresión de la voluntad democrática de los pueblos de los Estados miembros*”, tienen que seguir siendo “*el fundamento del poder público, incluyendo el atribuido a las instituciones europeas*” y, por lo tanto, “*la pretensión del Tribunal de Justicia de una primacía incondicionada, incluso frente a los derechos constitucionales nacionales, supone quebrar tal fundamento y por ende indirectamente quebrar la legitimidad del proceso de integración mismo*”⁷⁴².

Sin embargo, en la decisión referida, el Tribunal Constitucional entiende que es intrínseco al mismo sistema jurídico de la Unión Europea haber llegado a un alto grado de integración de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en

⁷³⁹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

⁷⁴⁰ Véanse, entre otras, las SSTC 28/1991; 64/1991; 130/1995; 58/2004; 232/2015.

⁷⁴¹ Nos referimos a la famosa doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1970 (asunto 11-70), *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, caso conocido también con la denominación *Solange I*.

⁷⁴² DE LA QUADRASALCEDO JANINI, T., *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR nº 23, 2015, p. 8.

sus Tratados, de suerte que sería prácticamente imposible concebir un contraste conflictivo entre los contenidos de las Constituciones nacionales y los Tratados de la UE. Es notorio, en efecto, como los tratados vigentes hoy en día reconocen que la Unión respeta la identidad nacional de los Estados, sobre todo en lo referente a los derechos fundamentales⁷⁴³.

La visión optimista del Alto Tribunal español se vio prontamente desmentida con ocasión del supuesto al que ya hemos aludido y que será objeto de estudio en las páginas siguientes: el caso *Melloni*.

Como hemos apuntado en otros momentos de este trabajo y en relación con otras cuestiones, señaladamente al referirnos a la doctrina del Tribunal Constitucional en casos de doble prejudicialidad y, en particular, al analizar la STC 35/2016, de 3 de marzo, la principal disputa o la controversia de mayor alcance en los planos de la tutela multinivel (entre el TC y el TJUE, en lo que ahora importa) queda realmente reducida a la definición de los potenciales contra-límites que en su caso quepa concebir o postular frente a determinadas decisiones del TJUE. Esto es, la fijación del auténtico alcance del principio de supremacía constitucional frente al de primacía del Derecho europeo, en concreto, cuando queden comprometidas en aquellos pronunciamientos las “estructuras constitucionales básicas” y “principios y valores básicos” de la Constitución, sus *normas más básicas o esenciales*. Más allá del intenso y decisivo debate que en esos planos se concentra y que precisa de respuestas, no hay nada más que principio de primacía del Derecho Europeo, cuando éste concurra. La principal excepción a esta regla que puede en nuestra opinión invocarse y que enunciamos al hablar de ello en aquellas páginas, comprende precisamente los supuestos que

⁷⁴³ Para profundizar el tema de las relaciones entre España y el derecho supranacional, prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema, pueden verse, entre muchos otros: SCARCIGLIA, R., *Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunale Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, en FERRARI, G. F. (Coord.), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006, pp. 381-408; ALONSO GARCÍA, R., *Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 107 y ss.; y el ya citado DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR nº 17, 2013, pp. 1-38. Para una síntesis de la jurisprudencia constitucional en temas de derecho comunitario, v. DE MIGUEL BÁRCENA, J., *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional*, en REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 631-648.

pertenecen a la tipología en la que se encuadra el supuesto que ahora se analizará, el caso *Melloni*.

La trascendencia de ese asunto para el objeto del análisis que nos detiene en este momento reside, de un lado, en que el mismo dio la ocasión para que el Tribunal Constitucional planteara por vez primera la cuestión prejudicial europea, y de otro lado, acaso en mayor medida, en los términos en los que la misma fue formulada a través del Auto 86/2011, de 9 de junio, así como en los efectos desde el prisma de los mencionados contra-límites en que ha derivado el Constitucional tras la respuesta del TJUE, como se apreciará en el estudio de la STC 26/2014.

Antes de llegar a lo sustantivo, deberá describirse el caso y sus antecedentes, de modo que podamos situarnos en las peculiaridades del debate.

La cuestión prejudicial antes mencionada nace de un recurso de amparo, interpuesto por un nacional italiano, el Sr. Melloni, contra un Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta por el Tribunal de Ferrara en el marco de la orden europea de detención y entrega núm. 157-2008.

Con anterioridad al dictado de dicho Auto, en otro de octubre de 1996 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declarararía procedente la extradición a Italia controvertida, a fin de que pudiera ser juzgado aquél por hechos que se recogían en diversas órdenes de detención emitidas por el Tribunal de Ferrara.

Queda constancia en las actuaciones, según recuerda el ATC 86/2011, que el reclamado se opuso a la extradición y que, previamente, el Juzgado de Instrucción correspondiente había acordado su libertad bajo fianza, que fue debidamente prestada; una vez puesto en libertad, el recurrente de amparo se dio a la fuga, lo que impidió su entrega a las autoridades italianas. El Tribunal de Ferrara, tras la huida, lo declaró en rebeldía y le condenó en ausencia, en el año 2000, en sentencia luego confirmada en apelación y casación, como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión, habiendo no obstante intervenido en las diversas instancias, pese a su condición de rebelde, letrados de su confianza. Finalmente, se dictó orden europea de detención y entrega tras aquellas sentencias condenatorias, en 2004, por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, a resultas de la cual

se inició el procedimiento de detención y entrega que culminó, más tarde, en el proceso constitucional ante la jurisdicción constitucional española.

En efecto, detenido por la policía española en agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción competente emprendió el procedimiento de orden de detención y entrega en relación con la orden europea de detención antes dicha, de la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, para el cumplimiento de la condena dictada por el Tribunal de Ferrara. Elevada por ese Juzgado a la Audiencia Nacional la orden europea, el recurrente en amparo se opuso a la entrega, ya que, a su criterio, no fue defendido en apelación por el Abogado que había designado y con el que pretendía sustituir a los que anteriormente se encargaron de su defensa, y, asimismo, que la ley procesal aplicada en Italia no permitía el recurso contra las condenas dictadas en ausencia, razones ambas que, a su juicio, deberían conducir, por lo menos, a condicionar la entrega a que Italia garantizase un recurso contra la Sentencia condenatoria impuesta. La Audiencia Nacional, mediante el Auto de 12 de septiembre de 2008, rechazó esa pretensión y acordó la entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena, descartando que hubiese quedado acreditado el problema aducido sobre la representación letrada y declarando que el interesado tuvo conocimiento del proceso y pudo ejercitar su derecho de defensa, siendo efectivamente defendido por abogados por él designados pese a haber optado por situarse voluntariamente en rebeldía. Se concluye, a la vista de todos esos elementos de hecho y constataciones sobre la efectividad del derecho de defensa, que *“la condena en rebeldía y la celebración del juicio en ausencia del acusado no fueron desproporcionados, precisamente porque había sido defendido técnicamente y había renunciado a la defensa personal poniéndose en rebeldía”*, e, igualmente, garantizado como quedó con lo anterior el derecho de defensa, que *“no procede interesar de las autoridades [italianas] emisión garantías al respecto”*.

Agotada la vía judicial previa, el Sr. Melloni se opuso a los razonamientos judiciales con la invocación en amparo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Aludía a precedentes del Tribunal Constitucional español en esa tipología de casos (por ejemplo, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio), en los cuales el Constitucional se opuso a la extradición no condicionada, sin garantías, acordada en un delito de gravedad, en concreto porque no se aseguraba el derecho a recurrir la sentencia condenatoria dictada en rebeldía.

Admitida la demanda, se inicia el procedimiento de planteamiento de la cuestión prejudicial europea, que constituye, como se señalara anteriormente y como analizaremos a continuación, toda una novedad en la praxis del Tribunal Constitucional. Para ello, abrió éste un trámite de alegaciones sobre el particular, a fin de oír al recurrente y al Ministerio Fiscal en relación con la oportunidad de iniciar ese cauce prejudicial, acordando finalmente suspender la tramitación del recurso de amparo 6922-2008 y formular las cuestiones prejudiciales de las que en breve daremos cuenta, según dispuso el ATC 86/2011, de 9 de junio.

Como hemos visto anteriormente⁷⁴⁴, la jurisprudencia constitucional española, desde los comienzos de su actividad, no contemplaba que pudiese crearse un conflicto con perfiles de naturaleza constitucional entre una norma de la Unión Europea y el Derecho nacional. Más aún, desde los años '90 del siglo pasado, venía excluyendo la posibilidad de que el Tribunal Constitucional mismo elevase por sí una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁷⁴⁵.

En opinión de algunos autores, las cosas empezaron a cambiar desde que el Tribunal Constitucional, con la STC 58/2004 ya analizada, se declaró competente para reparar en sede de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de no planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, en las circunstancias de las que hicimos alusión.

Otro paso más en la dirección de una apertura en este sentido, en segundo lugar, lo representa la STC 199/2009, de 28 de septiembre, que tuvo un objeto en muchos aspectos coincidente con el asunto *Melloni*, dado que se ocupa también de una supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías por el cumplimiento de una orden europea de detención y entrega⁷⁴⁶.

⁷⁴⁴ El Tribunal Constitucional se ha abierto progresivamente a considerar estas problemáticas en sus sentencias y a darles solución. El momento decisivo es la emisión de la STC 58/2004, antes analizada en dos ocasiones (v. Cap. Segundo, V.2 y Cap. Quinto, III.Sigue), en la que el Alto Tribunal otorgó el amparo por considerar vulnerado el art. 24 CE en un caso de falta de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, cambiando su doctrina con respecto a la STC 372/1993, de 13 de diciembre, FFJJ 7 y 8.

⁷⁴⁵ Véase a este respecto las SSTC 28/1991, de 14 de febrero y 372/1993, de 13 de diciembre.

⁷⁴⁶ El recurrente en amparo alegaba la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con garantías en razón de la decisión de la Audiencia Nacional que accedió a su entrega a Rumania, en virtud de una orden europea de detención y entrega, para cumplir una condena de cuatro años de prisión. La sentencia fue recurrida y el juicio de apelación tuvo lugar en Rumania; ambos procedimientos fueron celebrados en ausencia del acusado, quien fue defendido por un Abogado de su elección.

El Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que el Auto que accedió a la entrega no condicionó esta misma a la exigencia de revisión de la sentencia

En el supuesto a examen, el Alto Tribunal no planteó una cuestión prejudicial ante el TJUE. Pese a ello, los dos votos particulares (respectivamente de los Magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps) reconocían un conflicto entre el deber del Estado español de cumplir con la Euroorden y la declaración del Tribunal de que la condena en rebeldía vulnera un derecho fundamental (acarreado la anulación de la sentencia que daba ejecución a la normativa europea), lo que, a su juicio, solo habría podido superarse una vez planteada (y resuelta) la duda interpretativa al Tribunal de Luxemburgo⁷⁴⁷.

En una “atmósfera” en la que “se anunciaba lluvia prejudicial como nunca, [...], efectivamente, llovió”⁷⁴⁸. En efecto, en el Auto 86/2011, de 9 de junio, el Pleno del Tribunal Constitucional planteó por primera vez⁷⁴⁹, como ha quedado más que

condenatoria dictada en su ausencia. Afirmó el TC que no puede equipararse, a efectos del respeto de las garantías inherentes al justo proceso, la presencia en el juicio del Abogado designado por el individuo con la efectiva presencia de éste. El derecho del acusado a estar presente en la vista oral es el instrumento que hace posible, en concreto, el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que conforman la pretensión acusatoria. Sin embargo, el Alto Tribunal no consideró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que las alegaciones del recurrente acerca de las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas se formulaban con carácter genérico, sin sostenerse en pruebas o indicios racionales. Consecuentemente, la motivación del Auto de la Audiencia Nacional no resultó insuficiente en opinión del Tribunal Constitucional.

Para un análisis más detenido de este supuesto, véase TORRES PÉREZ, A., *Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 35, 2010, pp. 441-471.

⁷⁴⁷ GUERRERO PICÓ, C. reconoce con razón, en la emisión de los votos particulares, un paso hacia una modificación de la orientación del TC, que efectivamente llegará a plantear pocos años después su primera cuestión prejudicial (GUERRERO PICÓ, C., *Spagna*, en PASSAGLIA, PAOLO, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf, pp. 89-96.

⁷⁴⁸ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013, p. 22.

⁷⁴⁹ Que España activara esa vía por primera vez fue recibido con mucho entusiasmo, hasta el punto que ciertos autores lo han descrito como un “giro copernicano” del Tribunal Constitucional, REVENGA SÁNCHEZ, M., *Rectificar preguntando. El TC acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)*, en *Revista española de Derecho europeo*, n. 41, 2012, p. 148 (pp. 139-150); y también como “una celebración festiva de la tan ansiada participación de nuestro TC en el diálogo entre jurisdicciones europeas, en especial dentro del pluralismo materialmente constitucional de los derechos fundamentales”, MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Crónica de una muerte anunciada*, cit, p. 22. No han faltado autores menos entusiastas, como por ejemplo ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea*, en *Diario La Ley*, n. 7726, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2011, Año XXXII, 2011, que ha definido como “inútil” el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Véanse también las contribuciones de: AGUILAR CALAHORRO, A., *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011, pp. 471-512; ARROYO JIMENEZ, L., *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional - Comentario a ATC 86/2011*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 343-361. Y también las reflexiones, aunque anteriores al ATC de 2011 porque referidas al

evidenciado, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suspendiendo a tal fin la tramitación del recurso de amparo promovido por Stefano Melloni.

El primer punto a destacar, en nuestra opinión, es que el Tribunal Constitucional decide superar (como veremos también en la Corte constitucional italiana) su antigua postura en relación a que, como tal órgano, pudiese ser calificado de “jurisdiccional” en el sentido de la expresión utilizada en el art. 267 TFUE, que alude con ello a los sujetos legitimados para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Estrasburgo⁷⁵⁰.

Entrando ahora en lo sustantivo, la fundamentación jurídica del ATC 86/2011 recorre el marco jurídico nacional en la materia, las normas de Derecho de la Unión Europea que resultan de aplicación y los presupuestos del reenvío prejudicial, tras todo lo cual enuncia las cuestiones prejudiciales que desea formular.

En lo primero recoge su doctrina *ex art. 24 CE*, destacando singularmente, por ser lo que adquiere relevancia *ad casum*, que según su jurisprudencia lesiona aquel derecho fundamental la entrega incondicionada para el cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado en el marco del procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los tratados de extradición vigentes suscritos por España, aludiendo a tal propósito a precedentes precisamente relacionados con Italia (jurisprudencia que también alcanza, según dirá más tarde, al sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, que sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957, en cumplimiento de la

supuesto antes mencionado (ATC 199/2009, de 28 de septiembre), de FONTANELLI, F., *A comment on Tribunal Constitucional's judgment no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgment no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, en *STALS Research Paper*, n. 1/2010, p. 12, <http://stals.sssup.it>.

⁷⁵⁰ Dice el Auto sobre ese aspecto lo siguiente: “(e) *ste Tribunal Constitucional reúne los requisitos exigidos por el artículo 267 TFUE, en la medida en que es un ‘órgano jurisdiccional’ en el sentido de dicho precepto (vid. la STJUE de 30 de junio de 1966, Vaassen-Göbbels, 61/65, Rec. p. 395, así como las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos De Coster y Alpe Adria, de 28 de junio de 2001, C- 17/00, y de 25 de junio de 2010, C-205/08, respectivamente). Asimismo, las resoluciones de nuestra jurisdicción no son susceptibles de ulterior recurso en los términos exigidos por el artículo 10.1 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias del Tratado de Lisboa, en relación con el antiguo artículo 35 TUE y la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, antes citada (vid., entre otras, la STJUE de 25 de junio de 2009, Roda Golf & Beach Resort, C-14/08, Rec. p. I-5439, apartados 24 a 29, así como las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Wery?ski, de 2 de septiembre de 2010, C-283/09, puntos 16 a 25)”. Asimismo, que “(e)l reenvío prejudicial no se ve impedido por el hecho de que no fueran las partes personadas en este proceso constitucional quienes solicitaran su formulación, puesto que ni el Derecho de la Unión Europea ni la legislación española impiden al Tribunal Constitucional adoptar de oficio la decisión correspondiente.”. Como apuntará el Magistrado don P. Pérez Tremps, en su voto particular al Auto que nos ocupa, se supera así el viejo y restrictivo criterio de la STC 28/1991, de 14 de febrero.*

Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, incorporado por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega).

Esos precedentes de la jurisprudencia constitucional subrayan que, si bien el contenido vinculante para los poderes públicos de los derechos fundamentales es más reducido cuando se proyectan *ad extra* que *ad intra*⁷⁵¹, pues se concretan exclusivamente y solo en las “exigencias más básicas o elementales”, éstas deberán ser aseguradas en todo caso por los poderes públicos extranjeros, de suerte que, en otro caso, la resolución española de entrega resultaría contraria a aquel derecho fundamental. A esa situación lesiva se asocia, en caso de falta de suficientes garantías en la entrega incondicionada, una idea de inconstitucionalidad que se califica como “indirecta” y que se atribuye a la actuación de la jurisdicción española; en efecto, quiere subrayar el Tribunal con rotundidad que es la decisión de ésta la que propiamente constituye el objeto de su control y no, entonces, los actos de los órganos de otros países.

Destacan aquellas sentencias, en segundo lugar, que para precisar dichas “exigencias básicas” -que pueden desembocar, de ser insatisfechas, en la reseñada lesión “indirecta”- debe estarse al contenido constitucionalmente protegido de ese derecho integrado con la dignidad de la persona a la que alude el art. 10.1 CE, y de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo.

Termina así el Constitucional su razonamiento sobre el marco jurídico interno, situando el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo como parte del núcleo esencial del derecho de defensa del art. 24 CE, señaladamente en el proceso penal, y subrayando de manera particular que una entrega incondicionada, sin garantía de recurso en casos de delito muy grave, a países que den validez a las condenas en ausencia (sin posibilidad de impugnación) sería contraria a esos valores y contenidos del art. 24 CE, no resultando garantía suficiente frente a ello que la condena se haya producido en un procedimiento con presencia y defensa letrada si no asistió el acusado a la vista oral.

En suma, el razonamiento del Tribunal parte de su doctrina previa y de la necesidad, como condición *sine qua non* para proceder a la entrega solicitada, del

⁷⁵¹ Sobre la proyección “externa” (e “interna”) de la doctrina del Tribunal Constitucional, véanse las reflexiones de TORRES MURO, I., *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 350 y ss.

cumplimiento de aquellas garantías impugnatorias, estén o no contempladas en las normas de los países reclamantes o en la orden europea de detención y entrega. Garantías del art. 24 CE que, por consiguiente y según esos precedentes jurisprudenciales, se impondrían a los órganos judiciales españoles y prevalecerían (aunque no se utilice expresamente ese verbo) sobre otros regímenes jurídicos.

En el segundo bloque más atrás anunciado, relativo al marco jurídico relevante que se deriva del Derecho de la Unión Europea (en lo específico, Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, posteriormente modificada por Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero), el Tribunal realiza consideraciones sobre Disposiciones del Derecho primario (art. 6 del Tratado de la Unión Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), centrándose después en aquella normativa marco. En relación con esto último, el Constitucional primeramente admite que la segunda Decisión Marco mencionada pretende, precisamente, armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado; en segundo lugar, el ATC 86/2011 recoge la regulación marco resultante, que reproduce en los términos del art. 4 bis a debate, toda vez que, como era a todas luces obvio, ahí era donde podía residir el motivo de concurrencia conflictiva entre la normativa europea y la doctrina constitucional anteriormente relatada. Y ello porque, respecto de las resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado, esa previsión exceptúa expresamente de la denegación de la ejecución de la orden de detención europea los casos en los que el imputado (con suficiente antelación y con conocimiento de que podría dictarse una resolución en su contra en caso de ausencia) fuese citado en persona e informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio, o tuviera conocimiento efectivo por otros medios de la celebración del mismo, o, alternativamente, diera mandato a un Letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera, habiéndose efectivamente cumplido ese mandato de defensa.

Así encuadrado el conflicto, el Tribunal penetra en los términos de su planteamiento y en las claves de la respuesta que parece esperar o demandar del Tribunal de Justicia.

En efecto, si algo parece destacable en el planteamiento prejudicial que formula el Tribunal Constitucional en el caso *Melloni* es aquello que, en sentido si se quiere amplio, podemos denominar discurso persuasivo y cortés ante el Tribunal de Justicia. Afirmará la doctrina que es evidente que la voluntad de Tribunal Constitucional va en la dirección de “*mantener una actitud deferente respecto de la integridad de la función del Tribunal de Justicia*”, garante de la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea⁷⁵². El Tribunal español busca con su motivación un reconocimiento por parte del TJUE de la propia jurisprudencia, aunque sea a cambio, como se dirá, de una aparente auto-restricción de su “*facultad*” de determinación de contra-límites, al menos en terrenos de confluencia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tratando de obtener con ello una conformidad o conexión armónica para la tutela multinivel de los derechos, en los términos que veremos, de ambos Tribunales.

Es sabido que la credibilidad de un discurso se obtiene a través de muy diversos canales. A ellos no es desde luego ajeno el de la gestión de la propia imagen, que aquí opera, en el Auto de 2011, mediante la afirmación de la propia identidad jurisdiccional y el otorgamiento de valor y fundamento a la jurisprudencia constitucional española. En efecto, hay en el ATC 86/2011, sin lugar a dudas, un uso argumentativo del lenguaje al servicio de un reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la jurisprudencia española sobre la materia controvertida. Para ello, el Constitucional se presenta ante él con una motivación minuciosa, resaltando el aprecio o mérito de sus precedentes doctrinales en esa tipología de casos. Un intento, si se prefiere, de lograr adhesión a través de la retórica persuasiva, dirigida a lograr la confirmación de su doctrina con el asentimiento del TJUE. O aún en otras palabras, con ese uso argumentativo del lenguaje el Tribunal Constitucional persigue sobre todo instaurar un cauce para la armonía con la Corte de Luxemburgo, con propósitos de cooperación, sin ánimo de defender posiciones de supremacía constitucional, sino solo de rol, esto es, de defensa de su jurisprudencia y papel institucional. Como se verá en las páginas siguientes, en efecto, esa actitud de

⁷⁵² ARROYO JIMÉNEZ, L., *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 4, 2011, p. 11 (pp. 1-25). También AGUILAR CALAHORRO, entre otros autores, expresa la opinión de que la actitud reseñada del Tribunal Constitucional busca el método del “*dialogo*”, AGUILAR CALAHORRO, A., *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011, pp. 471-512.

Afirmará, con razón (desafortunadamente), MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Crónica de una muerte anunciada*, cit., p. 40, que, sin embargo, “*Hemos visto que la cortesía no es el tipo de macroacto de lenguaje que mayores efectos perlocutivos genera en el Tribunal de Justicia*”.

cooperación destaca abiertamente, a diferencia de lo que ocurrirá con la Sentencia final que dictará el Constitucional español sobre el asunto *Melloni*, la STC 26/2014, de 13 de febrero.

Volvamos al caso: situado el debate en las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, y en art. 53 CDFUE, en contraste con la jurisprudencia constitucional ya descrita sobre las vulneraciones “indirectas” del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el ámbito de la efectividad *ad extra* de los derechos fundamentales, sienta el ATC de 2011 dos serie de premisas. En primer término, el Alto Tribunal afirma que el juicio de constitucionalidad del Auto de la Audiencia Nacional recurrido, por el que se autoriza la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, depende de la intersección entre las normas de Derecho de la Unión Europea y aquella doctrina constitucional. En segundo término, apunta el Constitucional, que el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido de ese derecho que despliega eficacia *ad extra*, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde la entrega sin condicionamiento.

Como se ve, y pese a sucesivas declaraciones sobre la competencia del TJUE en la interpretación del Derecho Europeo, el Tribunal Constitucional no pone en cuestión su propia competencia en relación con la determinación potencial de los llamados contra-límites en materia de derechos fundamentales, guardando simplemente silencio. Reduce aquella invocación de la normativa europea, interpretada por el TJUE, a un elemento integrante del canon de constitucionalidad que podría conducir a una declaración de inconstitucionalidad “indirecta”, pero sin dotarla de un carácter absoluto o excluyente de su propio margen de maniobra en caso de que la interpretación europea reduzca la tutela que tradicionalmente ha ofrecido en esa tipología de casos la jurisprudencia constitucional. Es con ese eje de partida como enuncia el Tribunal su planteamiento, en los términos que seguidamente recogemos. Como ya hemos mencionado, tres son las cuestiones prejudiciales presentadas ante el Tribunal de Luxemburgo.

La primera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las disposiciones relevantes de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por la Decisión Marco 2009/299/JAI.

El Tribunal Constitucional formula dudas sobre el art. 4 bis, motivando su tesis a través lo que hemos denominado discurso persuasivo y entrando en diálogo con el TJUE. Así, entre otros argumentos, dice: *“el art. 4 bis podría interpretarse en el sentido de que lo que impide en un supuesto como el descrito es la denegación de la ejecución de la orden, pero no necesariamente su condicionamiento -que es, precisamente, la exigencia que se deriva de nuestra doctrina constitucional vertida en interpretación del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)-, puesto que el tenor literal del precepto excluye, efectivamente, la denegación de la orden, pero no su ejecución condicionada”*. Y añade, a renglón seguido: *“incluso en el caso de que se rechazara esta interpretación literal del art. 4 bis, una interpretación sistemática del precepto en relación con el art. 1.3 de la propia Decisión Marco acaso permitiera alcanzar una conclusión similar, puesto que la prohibición de los Estados miembros de denegar o, en su caso, condicionar la ejecución de una orden europea de detención y entrega no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”*, razón que de inmediato le permite asociar la previsión en duda con el reconocimiento entre los citados derechos fundamentales del derecho del acusado por delitos graves a estar presente en la vista oral, y en su defecto recurrir, para, con ello, defender sus precedentes sobre la inconstitucionalidad “indirecta” e inaplicar la obligación de ejecución derivada de los arts. 1.1 y 4 bis.

No puede sorprender, tras ese tipo de argumentación y diálogo, declaraciones de otro tipo, también contenidas en la resolución, como por ejemplo que *“la obligación de las autoridades judiciales de denegar la ejecución de la orden de detención por razón de la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea se derivaría directamente de esa disposición del Tratado”* (art. 6), o que, con cita del criterio del Abogado General Cruz Villalón, *“(s)i bien es verdad que el reconocimiento mutuo es un instrumento que fortalece el espacio de seguridad, libertad y justicia, no es menos cierto que la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un prius que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio”*.

Solo tras ese esfuerzo argumental, ese diálogo y esfuerzo de persuasión en orden al reconocimiento de los fundamentos de su doctrina clásica sobre las entregas

condicionadas, procede el Tribunal Constitucional a enunciar la primera cuestión: “*el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿ debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?*”

La segunda cuestión prejudicial se refiere a la validez del art. 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47 II CDFUE, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 CDFUE.

Planteada para el caso de que la primera se respondiese afirmativamente, el Tribunal retoma de nuevo su doctrina sobre el art. 24 CE y subraya, en particular, que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del contenido esencial del derecho de defensa y, por tanto, del derecho a un proceso con todas las garantías, tal y como este se reconoce en el art. 24 CE. Lo asocia, por lo demás, en cuanto al proceso penal, a la garantía del principio de contradicción, pero también al derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones, insistiendo en que se trata de una expresión del contenido esencial de aquel derecho fundamental que explica y justifica la tutela que ofrece la doctrina constitucional española frente a entregas incondicionadas dirigidas a cumplir una condena impuesta en ausencia por la comisión de delitos muy graves.

Tras ese insistente recordatorio, que atraviesa y es sostén a lo largo de la resolución de 2011, vuelve el Tribunal a atenuar el discurso sobre lo propio, reconociendo que su doctrina sobre el art. 24 CE no supone que esa misma garantía deba entenderse también comprendida en el contenido de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, así como de los derechos de la defensa reconocidos, respectivamente, en los arts. 47 II y 48.2 CDFUE, “*pues ello supondría desconocer el carácter autónomo que estos presentan en el marco del Derecho de la Unión Europea*”.

Un nuevo ejemplo de cortesía y reconocimiento de los planos multinivel, que no conduce sin embargo, tampoco en ese momento de la resolución, a admitir expresamente que la interpretación que el TJUE pueda realizar de esos preceptos cuente

con preferencia o resulte excluyente o preponderante sobre la previa doctrina constitucional dictada *ex art. 24 CE*. Antes bien, el Tribunal no declara de forma abierta que la competencia del TJUE en materia de Derecho europeo implique una necesaria imposibilidad de establecer contra-límites, sobre los que sigue en silencio. En efecto, lejos de entrar a ese debate, vuelve a motivar en defensa de su tesis sobre las garantías del acusado aludiendo ahora a los “*principios generales del Derecho de la Unión Europea*”, a las “*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*”, a las garantías contenidas en el CEDH, al art. 6.1 III TUE y al art. 52.7 CDFUE, o, en fin, a la disposición contenida en el art. 52.3 CDFUE, según la cual, “*en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este convenio, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa (STJUE de 5 de octubre de 2010, McB, C-400/10 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 53)*”, y no, por tanto, menor, incluyéndose además -añade el ATC 86/2011 en ese punto- no únicamente el texto del CEDH sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tan es así que transcribe parcialmente una STDEH (Gran Sala, de 1 de marzo de 2006, asunto *Sejdovic c. Italia*), al igual que cita SSTJUE que vinculan el derecho a ser oído con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, entendido éste como principio general del Derecho de la Unión (por ejemplo, STJUE de 2 de mayo de 2006, Eurofoods, asunto C-341/04, apartado 66, o STJUE de 15 de julio de 2010, Purrucker, asunto C-256/09, apartado 95).

Tras tal esfuerzo argumental, admite no obstante que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha pronunciado aún acerca de los arts. 47 II y 48.2 CDFUE en su virtualidad sobre las Sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves, por lo que formula la cuestión al objeto de despejar si: “*¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?*”.

La tercera cuestión prejudicial se plantea para el caso de que la segunda se responda afirmativamente y se refiere a la interpretación del art. 53 CDFUE, en cuya virtud “[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como

*limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por...las Constituciones de los Estados miembros*⁷⁵³.

Es, como se ve, la que posee un alcance más general, y la que, por tanto, concierne en mayor medida a la problemática aquí analizada al trascender las peculiaridades del caso *Melloni* y la normativa europea aplicable al mismo. Ahora sí los contra-límites, la primacía y la supremacía y la concurrencia conflictiva en el multinivel parecen entrar en juego.

Dice el Tribunal Constitucional que la Corte de Luxemburgo no se ha pronunciado todavía y que existen diversas interpretaciones posibles del art. 53 CDFUE, que enuncia. Según la primera ese precepto contendría una cláusula de estándar mínimo de protección, característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, al igual que la dispuesta por el art. 53 CEDH. De ese modo y conforme a dicha lectura, podría darse un mayor nivel de protección en un determinado sistema nacional, aunque el TJUE no lo hiciera suyo o general. La segunda tesis, que también recoge el Tribunal, convertiría el art. 53 CDFUE en un precepto de delimitación del ámbito de aplicación de la Carta respecto de las Constituciones de los Estados miembros, de suerte que, donde no existiera intersección (fuera del ámbito de aplicación de la primera, digamos) nada impediría una mayor protección constitucional de los derechos fundamentales en cada Estado miembro, pero, en cambio, donde la confluencia concurriera prevalecería la interpretación europea, de manera que podría darse lugar a una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales establecida por las Cortes Constitucionales a la vista de sus normas constitucionales nacionales. La interpretación tercera (o mixta), también posible según el Tribunal Constitucional, consistiría en apreciar que el art. 53 CDFUE opera o bien como en la primera hipótesis (estándar mínimo que puede ser incrementado por una disposición o interpretación constitucional interna más tuitiva) o bien como en la segunda tesis (cláusula de uniformización, que puede acarrear una reducción de la tutela de los derechos fundamentales), en función de las características de cada caso.

Con ese triple planteamiento abierto procede a enunciar la tercera cuestión (para el caso de que la segunda se responda afirmativamente): “¿permite el art. 53,

⁷⁵³ Como ya hemos tenido ocasión de decir y como es notorio, con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene la misma fuerza y eficacia normativa que el Derecho originario UE.

interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?”.

El Tribunal cambia el paso, como se ve. Ya no se ocupa de afirmar su doctrina en la materia, como hiciera en las dos primeras cuestiones, sino de preguntar al Tribunal de Justicia sobre su propia competencia para la suplementación en la tutela cuando se trata de eficacia *ad extra* de los derechos fundamentales y confluye un elemento normativo europeo. El hecho de interrogar a la Corte de Luxemburgo sobre ello parecería llevar implícita la aceptación de cualquiera de esas opciones hermenéuticas que el propio Tribunal Constitucional explicita, y de modo mediato o derivado, a su vez, aunque no se especifique formalmente y quede también en lo implícito o subyacente, la asunción de una exclusión de la “facultad” potencial de determinación (o activación) de los contra-límites en esos terrenos de intersección. O lo que es lo mismo, la asunción pasiva de la hipótesis de reducción de la tutela de los derechos fundamentales allí donde se den terrenos de confluencia y una divergente interpretación del listado de derechos de la Constitución española y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia.

El Magistrado don Pablo Pérez Tremps concuerda con la elección del Pleno respecto del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁷⁵⁴, afirmando incluso al final de su voto particular que se muestra “*plenamente de acuerdo con la decisión del Tribunal de abandonar estériles disputas de ‘jerarquías jurisdiccionales’ para integrarse en un mucho más fructífero diálogo entre las instancias jurisdiccionales nacionales, en concreto los Tribunales constitucionales, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”. No obstante, en su Voto particular afirma su discrepancia sobre el contenido sustantivo del razonamiento llevado a cabo en el ATC 86/2011.

⁷⁵⁴ Como ya hemos mencionado, el mismo Magistrado había ya afirmado la necesidad, a su parecer, de proceder a dicho planteamiento en un supuesto parecido, el del ATC 199/2009, de 28 de septiembre.

Estimamos de especial relieve sus reservas en relación con la posibilidad de utilizar el instrumento del amparo constitucional para reparar lesiones que proviene de unas resoluciones judiciales extranjeras que tratan de ejecutarse en España⁷⁵⁵. Afirma, en efecto, el Magistrado que *“un Estado de la Unión Europea no puede, en principio, imponer a los demás Estados su parámetro nacional de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal al que acabamos de hacer referencia. Además, y en todo caso, una hipotética lesión de derechos fundamentales en cualquiera de los Estados que se considera no reparada en él, agotadas todas las vías internas, no debe esperar repararse en otro Estado. La propia lógica del CEDH exige acudir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción, como se ha indicado, ha sido aceptada por todos esos Estados, sin que, por cierto, haya constancia de que en el presente asunto se haya acudido a dicho remedio jurisdiccional por parte de quien es recurrente en amparo”*.

Además, en el caso en examen, el Derecho eurounitario ya prevé una forma de tutela añadida en el supuesto de la necesidad de ejecutar una Euroorden, a saber: el art. 5.1 de la Decisión Marco, en su redacción original de 2002, establece que la entrega que comporta la Euroorden puede estar *“sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista”*. Posteriormente, el art. 4 bis introducido por la Decisión Marco 2009/299/JAI, establece incluso la posibilidad de que el órgano jurisdiccional

⁷⁵⁵ *“Por lo que respecta al alcance de la jurisdicción constitucional de amparo (perspectiva interna), la cuestión que se eleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se basa en la consideración de que el Tribunal Constitucional, a través de un recurso de amparo, puede controlar indirectamente las lesiones de derechos fundamentales imputables ab initio a las resoluciones judiciales extranjeras que tratan de ejecutarse en España, a través de la impugnación de las resoluciones nacionales que proceden a esa ejecución, siendo tal el caso de la Euroorden y, en concreto, la que trata de ejecutarse en este asunto. Ciertamente, el parámetro de control en estos supuestos se limita a lo que el Tribunal Constitucional denomina desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, el ‘contenido absoluto’ de los derechos fundamentales, expresión que, por cierto, se elude en el Auto sustituyéndola por la de ‘contenido esencial’, nociones manejadas hasta ahora por el Tribunal Constitucional como cercanas pero no totalmente coincidentes o sinónimas, aunque entrar en sus diferencias nos alejaría del fondo de la cuestión ahora a debatir. Ya se señaló en relación con la citada STC 91/2000, en los Votos particulares formulados por el entonces Presidente del Tribunal, Pedro Cruz Villalón, y por el entonces Magistrado M. Jiménez de Parga, al que se adhirieron otros dos Magistrados, las dificultades que comporta determinar ese supuesto ‘contenido absoluto’ hoy reconvertido sin más explicación en ‘contenido esencial’. Sin duda, esta dificultad se acrecienta si se trasladan los conceptos al ámbito estrictamente comunitario porque éste tiene en su propia esencia la necesaria colaboración entre los ordenamientos nacionales, sus sistemas de garantías y el respeto a los mismos”, ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 3 del Voto particular en examen.*

que tiene que dar ejecución de la orden de detención europea a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad pueda denegarla cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que derive la resolución⁷⁵⁶.

Sin embargo las excepciones ahí establecidas solo son aplicables en caso de una “auténtica condena en rebeldía”, circunstancia que no habría ocurrido en el caso concreto en el que trae su causa el presente amparo. En opinión del Magistrado don Pablo Pérez Tremps, en efecto, en este supuesto ni se vulnera el contenido absoluto (esencial según la expresión más reciente utilizada por el Tribunal Constitucional en este mismo Auto) del derecho a la tutela judicial efectiva según la interpretación que del mismo haya proporcionado la jurisprudencia constitucional “interna”, nacional, ni la supranacional, pues no puede considerarse que “cualquier condena en ausencia sea, per se, contraria al art. 6 CEDH y con ello al art. 24 CE, que debe interpretarse de acuerdo con aquél ex art. 10.2 CE”. Añade el Magistrado Pérez Tremps que “La lectura que [...] debe hacerse de la STEDH -Gran Sala- Sejdovic c. Italia, de 1 de marzo de 2006, §§ 82 y ss., y de las Sentencias allí citadas, y de las que la siguen, es otra. En efecto, una cosa es que la presencia del acusado en el juicio sea un derecho básico de éste y que también lo sea la asistencia del Abogado y otra es que se infrinja el art. 6 CEDH cuando el acusado, debidamente emplazado, constando dicho emplazamiento, decida libremente renunciar a su presencia, constando la posibilidad de asistencia del Abogado para la defensa de sus intereses. En ese tipo de supuestos, como ya se estableciera en la STEDH Medenica c. Suiza, de 14 de junio de 2001, § 59, la condena del demandante en su ausencia e incluso el rechazo a concederle posteriormente el derecho a un nuevo proceso en su presencia no se considera una sanción desproporcionada desde la perspectiva del art. 6 CEDH”.

La Sentencia 26/2014 del Tribunal Constitucional: la conclusión del caso Melloni

A pesar de que, como afirmado en doctrina, casi toda la comunidad (jurídica, por lo menos) internacional estaba a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia a los

⁷⁵⁶ ATC 86/2011, de 9 de junio, FJ 4 del Voto particular en examen.

Estas mismas consideraciones fueron afirmadas también por el Abogado General don Yves Bot que examinó la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el TC a través del auto ahora analizado, como recuerdan GORDILLO PÉREZ, L. I., TAPIA TRUEBA, A., *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014, p. 9.

importantes interrogantes propuestos por el Constitucional español (que no solo habrían tenido efectos en el ordenamiento jurídico español o concernían a la interpretación del Derecho eurounitario derivado, sino que iban a buscar el establecimiento de unos criterios generales y homogéneos sobre el funcionamiento del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales a través de la interpretación del art. 53 CDFUE), las enunciaciones del TJUE contenidas en la decisión de la Gran Sala de 26 de febrero de 2013, que resuelve la cuestión prejudicial sobre el asunto *Melloni*, aparecen casi apresuradas e incluso “*poco dialógica(s)*”⁷⁵⁷.

El resultado del planteamiento descrito hace un momento puede encontrarse en las siguientes afirmaciones, contenidas en la susodicha STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013⁷⁵⁸:

*“1) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro[s] emisor”*⁷⁵⁹.

⁷⁵⁷ MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013, p. 3.

Aunque esta sea la postura prevalente, otros autores han justificado la brevedad de las respuestas del Tribunal de Justicia afirmando que el mismo ya había abordado estos mismos temas en decisiones anteriores, en particular en relación con la interpretación del art. 53 CDFUE; entre otros, v. IZQUIERDO SANS, CRISTINA, *Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11*, en *La Ley Unión Europea* (En línea), n. 4, 2013.

En su Voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional que cierra el asunto Melloni (y que analizaremos en las próximas páginas), en atención a estas afirmaciones del TJUE, el Magistrado don Andrés Ollero Tassara afirmó: “*No me parece que la mejor manera de inaugurar lo que se vislumbra como un laborioso ‘diálogo de Tribunales’ entre el Constitucional español y el de Justicia de la Unión Europea, sea prestarle innecesariamente aire de monólogo con obligado asentimiento*”.

⁷⁵⁸ GORDILLO PÉREZ, L. I., TAPIA TRUEBA, A., *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014, dedican varias páginas al análisis de las afirmaciones del Tribunal de Justicia e incluso, anteriormente, a las consideraciones del Abogado General, don Yves Bot.

⁷⁵⁹ En conexión con lo que hemos mencionado más atrás respecto del Voto particular formulado por el Magistrado don P. Pérez Tremps y de las consideraciones del Abogado General don Yves Bot, el Tribunal de Justicia concluyó que en el caso Melloni serían de aplicación dos de las excepciones contenidas en el artículo 4 bis, a saber, sus letras a) y b) que excluyen así la facultad de la autoridad

2) *El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea.*

3) *El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución”.*

Respecto de esta respuesta a la tercera cuestión, nos parecen de particular interés las afirmaciones del Tribunal de Luxemburgo pronunciadas como fundamento de dicha interpretación del art. 53 CDFUE. En efecto, afirma la Corte de Justicia, que si se admitiera que a través del art. 53 cualquier Estado miembro puede subordinar la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición (no establecida en la fuente normativa eurounitaria), de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro que la haya emitido, terminaría por “*poner en cuestión la uniformidad del nivel de protección de los derechos fundamentales definido por esa Decisión marco, a contravenir los principios de confianza y de reconocimiento mutuo que ésta pretende reforzar, y por consiguiente, a comprometer la efectividad de la referida Decisión marco*”.

El Tribunal de Luxemburgo responde de ese modo, por lo demás, y señaladamente en el último punto, negando con rotundidad la idea del estándar mínimo de protección en los terrenos de confluencia, cerrando en suma la posibilidad de un incremento o suplementación tuitiva a través de la cobertura interna de los derechos otorgados por la jurisprudencia constitucional. Uniformidad y homogeneidad, por tanto, en la aplicación del Derecho en todos los Estados miembros de la Unión. En la

judicial de denegar la ejecución de la orden de detención europea y que estipulan que “*cuando la persona condenada en rebeldía tuvo conocimiento con suficiente antelación de la celebración prevista del juicio y fue informada de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia, o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado para que le defendiera, la autoridad judicial de ejecución está obligada a proceder a la entrega de dicha persona*”.

intersección, en fin, no cabe un grado superior de protección interno, solo el nivel de tutela que consagren los arts. 47 y 48.2 de la Carta⁷⁶⁰.

Bajo esas premisas el Tribunal Constitucional español dicta su Sentencia en el caso *Melloni*, la STC 26/2014, de 13 de febrero. Y cambia el tono y el discurso. Tras haber pasado básicamente por alto en el ATC 86/2011, de 9 de junio, la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, dictada en el requerimiento formulado por el Abogado del Estado acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución

⁷⁶⁰ La respuesta del Tribunal de Luxemburgo a España en el asunto *Melloni* ha recibido muchos comentarios, incluso por parte de la doctrina extranjera. Entre otros : BAILLEUX, ANTOINE, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin : C.J.U.E., Stefano Melloni et Akerberg Fransson*, 26 février 2013, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, pp. 215-235 ; SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni y Ministerio Fiscal (AS. C-399/11). Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía*, en *Unión Europea Aranzadi*, n. 2, 2014, pp. 49-52 ; APPANAH, DAVID, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme: entre cohérence et légitimation. A propos des arrêts Aklagaren c/Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013*, en *Revue Générale de Droit International Public*, n. 2, 2014, pp. 333-356 ; MACÍAS CASTAÑO, JOSÉ MARÍA, *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional : El asunto Melloni*, Atelier, D.L., Barcelona, 2014; RUGGERI, A., IV. *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, en Ruggeri, A., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell'anno 2013, Giappichelli editore, Torino, 2014, pp. 83-94; TORRES MURO, I., *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 343-370; IZQUIERDO SANS, CRISTINA, *Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11*, en *La Ley Unión Europea (En línea)*, n. 4, 2013, pp. 3-10; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo (En línea)*, n. 30, 2013; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Melloni y Akerberg Fransson (unas notas de urgencia)*, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia (En línea)*, n. 1, 2013; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 4, 2013, p. 151-198; RITLENG, DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 2, 2013, pp. 267-292 ; BRKAN, MAJA, *L'arrêt Melloni : nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11*, en *Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs*, n. 1, 2013, pp. 139-145 ; VECCHIO, F., *I casi Melloni e Akerberg : il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2013, pp. 454-456 ; DUBOUT, ÉDOUARD, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, en *Cahiers de Droit Européen*, n. 2, 2013, ISSN 0007-9758, pp. 293-317; GARCÍA SÁNCHEZ, BEATRIZ, *TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, c-399/11 - "Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una pena impuesta en rebeldía - Posibilidad de revisión de la sentencia" ¿Homogeneidad estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la euroorden europea?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013, pp. 1137-1156; IACOMETTI, M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo*, en *Osservatorio Costituzionale AIC (En línea)*, n. 1, 2013.

española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, se empeña ahora el Tribunal en hacer un recordatorio sobre ella, señalando incluso que al proceder de ese modo “completa” la resolución del TJUE.

Más allá de lo que se dirá sobre cómo procede a resolver el caso, con sujeción como veremos a la STJUE, esa referencia a la Declaración 1/2004 busca, a nuestro parecer, una auto-afirmación de la jurisprudencia constitucional española en esos terrenos de confluencia de Tribunales, convirtiéndose –al menos en términos estrictamente jurídicos- en un acto de defensa o fortalecimiento de la propia posición en el otorgamiento y suplementación de tutela, cosa que, seguramente, podía quedar en duda tras la respuesta a la tercera cuestión prejudicial del ATC 86/2011, antes reseñada. Aparecen con ello el principio de supremacía, los contra-límites (que ciertamente el Constitucional español no activa en esta ocasión, pero enuncia), y, en definitiva, el potencial conflicto multinivel.

Así recuerda, con cita de la Declaración, que *“la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”*⁷⁶¹. Un anuncio o afirmación de la eventualidad de contra-límites, muy lejano a lo que parecía desprenderse del ATC 86/2011.

Añade, en la misma línea y con idéntica referencia, que la primacía del Derecho de la Unión Europea presupone el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales. Una nueva advertencia, entonces, que condiciona dicha primacía o, parece más correctamente, define sus límites por referencia a esa idea de respeto en los ámbitos descritos (estructuras constitucionales básicas).

Prosigue el Alto Tribunal con otra mención de la Declaración 1/2004, según la cual *“producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco*

⁷⁶¹ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.

de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos". Lo que, apreciamos, no es sino una tercera manera de reiterar la misma idea. Más allá de la diferencia que quepa hacer, en su caso, entre "estructuras constitucionales básicas" y "principios y valores básicos", el Tribunal, con tal invocación de su doctrina de 2004, repite e insiste en los límites y en sus márgenes de suplementación en derechos fundamentales.

Desde esa plataforma, llega a una clara conclusión: al Constitucional no le compete un control de validez del Derecho de la Unión, ni tampoco definir los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, sino interpretar la Constitución española. Mas, en caso de que fuera inconciliable lo uno con lo otro, la supremacía de la Constitución podrían llevar a este Tribunal *"a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes"*. Contra-límites, en suma.

Esa necesidad de afirmación que la Sentencia Melloni del TC de 2014 expresa en los textos anteriores, contenidos en su tercer Fundamento Jurídico, liquida los términos con que se aproximó el ATC 86/2011 al Tribunal de Justicia. La STC 26/2014, dictada tras la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, parecería así apuntar que el Tribunal no está conforme con la respuesta recibida, que no está dispuesto a aceptar una limitación que le constriña en la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución, y que da marcha atrás y recobra con todo el vigor, ya sea con una lectura correcta o no del multinivel, la defensa de su competencia de suplementación de la tutela, de otorgamiento de más derecho. No de otro modo puede entenderse ese recordatorio selectivo y contundente de la Declaración 1/2014.

Tan es así que el Tribunal Constitucional en ningún momento atribuye de modo expreso o explícito preponderancia a la Corte de Luxemburgo o superior posición a ésta en la solución del caso, ni siquiera respecto de otros Tribunales (como probaría la cita del TEDH y de su doctrina), acogiendo lo sentado en la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, pero –digámoslo así– a modo de libre elección, no de sujeción jurisdiccional. Ni siquiera se coarta al repetir su doctrina clásica sobre la inconstitucionalidad indirecta en supuestos de entrega incondicionada, que recuerda y cita, aunque elija, después, alterar la caracterización que ha venido estableciendo en el

pasado del núcleo esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esto es, el Constitucional dice *cambiar su doctrina*, lo que no es lo mismo que declararse sujeto total y absolutamente al margen de intervención definido por el Tribunal de Justicia⁷⁶².

Lo hace además tras recordar que, al tratarse en la “inconstitucionalidad indirecta” de la eficacia *ad extra* de esos derechos fundamentales (con la consiguiente valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros), adquirirán una más decisiva y particular relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, y que por esa razón debe atender de modo muy singular (aunque no solo, pues cita también el CEDH y TEDH, ya se ha dicho) a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la interpretación de ella realizada⁷⁶³. Únicamente desde ahí se desemboca en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en la Sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, para concluir –sin darle tampoco todo el protagonismo en el desenlace, como se verá en la transcripción- que *“tanto la interpretación dada por el Tribunal*

⁷⁶² En los comentarios de la doctrina a la Sentencia del TJUE sobre el asunto Melloni anteriores a la STC 26/2014 ya se advirtió de la importancia de que España modificara su jurisprudencia respecto del art. 24 CE, cuya interpretación tenían probablemente unos márgenes demasiados amplios. Se lee, en efecto: “*A fin de cuentas y en buena lid, el resultado debiera ser que el TC cambie una jurisprudencia avanzada en materia de derechos fundamentales, cuyo carácter pionero no consiguió superar la soledad de la llanura europea*”, MARTÍN RODRÍGUEZ, P., Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463), en Revista General de Derecho Europeo (En línea), n. 30, 2013, p. 4. Y sigue el mismo autor afirmando, en las páginas sucesivas, que “*En tiempos como los que vivimos, tampoco es una novedad que obligue a clamar contra el cielo, que, teniendo a Europa por causa, consejo o excusa, se produzca un retroceso en los derechos fundamentales de aquellos sujetos a la jurisdicción española, ya sean estos derechos de primera o de segunda generación que, tras Mangold, es cosa afeada discriminar por razón de edad*”.

No hay que olvidar en ese sentido que, en ocasiones, ha sido el mismo Tribunal Constitucional quien ha terminado por restringir la protección de un derecho fundamental modificando su doctrina anterior o, incluso en terrenos no predeterminados por su jurisprudencia previa, ofreciendo una lectura del contenido esencial de los derechos fundamentales que no favorece una cobertura subjetiva intensa, ni siquiera diremos ya de carácter expansivo pero al menos sí reveladora de cierta sensibilidad tuitiva; pueden mencionarse, entre otros supuestos, las SSTC 186/2013, de 4 de noviembre (libertad de residencia y de circulación y derecho a la intimidad familiar); 188/2013, de 4 de noviembre (sobre el derecho a la inviolabilidad del domicilio); 8/2015, de 22 de enero (con objeto la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral); 39/2016, de 3 de marzo (Sentencia que supuso un cambio radical respecto de la doctrina sentada en la STC 29/2013, de 11 de febrero, - como deja de manifiesto el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré en su Voto particular - sobre derechos a la intimidad y a la protección de datos).

⁷⁶³ La “*conocida tesis*” (como la definen GORDILLO PÉREZ, L. I., TAPIA TRUEBA, A., *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, cit., p. 10) de la vulneración indirecta de los derechos fundamentales de la Constitución española en los casos en los que los poderes públicos españoles reconozcan o den validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera que lesiona un derecho fundamental, presupone que el contenido vinculante de los derechos fundamentales sea más reducido cuando estos se proyectan “*ad extra*”. Por esta razón el derecho a la tutela judicial efectiva *ex art. 24.2 CE* (derecho a un proceso con todas las garantías), en aquellos supuestos, no incluirá todas las garantías que se suelen reconducir a dicha previsión constitucional, sino tan sólo sus exigencias más básicas o esenciales.

Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia ad extra; esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles”⁷⁶⁴.

Y así, y solo desde ahí, revisa su doctrina previa para concluir que no hay lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por el interesado debidamente emplazado y efectivamente defendido por Letrado designado.

Como señala el voto particular concurrente de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita (con el que en parte discrepamos), la STC 26/2014 “*se alinea con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales*”. O, como añade después, “*(l) a Sentencia de la mayoría, por tanto, al ‘completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre’, parece estar indicando que no acepta la respuesta a la tercera pregunta que le ha proporcionado el Tribunal de Justicia, y que considera que el Tribunal Constitucional está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión*”.

⁷⁶⁴ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

Queda abierto con ello el debate decisivo de los contra-límites; el punto de intersección y conflicto potencial entre primacía del Derecho Europeo y supremacía de la Constitución respecto de sus principios y valores básicos. Porque, en efecto, la cuestión reside en si ese camino que evoca el eje de los contra-limites, que parece querer apuntar la Sentencia, es apto para la definición y delimitación de los derechos fundamentales en toda ocasión o si, acaso, no lo es cuando quedan esos derechos atravesados por el Derecho europeo y la interpretación del mismo efectuada por parte del TJUE, prevaleciendo entonces lo dispuesto en el art. 93 CE y la normativa europea que regule la materia en su enlace con los derechos fundamentales de la CDFUE, excluyéndose entonces un discurso y tutela propios, internos, articulados a partir del texto constitucional en la regulación del derecho fundamental de que se trate (en el caso *Melloni*, el art. 24 CE).

En suma, como dice el voto particular de la actual Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, la Magistrada doña Encarnación Roca Trías, en manifiesta oposición al criterio de la mayoría en ese aspecto, *“no puedo admitir que la modificación de una doctrina consolidada que este Tribunal ha establecido en la interpretación del art 24.2 CE desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, no se produzca como consecuencia de la STJUE de 26 de febrero de 2013 (caso Melloni), que interpreta las condiciones para la ejecución de una euroorden dictada en ausencia, aunque con representación procesal del acusado, soslayando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado esta resolución a instancias del propio Tribunal Constitucional, como consecuencia de la interposición de una cuestión prejudicial, sino porque este haya reconsiderado, legítimamente, su doctrina anterior. Con tal manera de proceder, el Pleno, si bien cumple con el estándar europeo, deja abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca”*.

Y es que, en efecto, el debate queda abierto al menos en términos estrictamente jurídicos. Otra cosa es lo que ocurre *de facto*. Porque (y estas son las razones de nuestras discrepancia respecto de las afirmaciones de la Magistrada Adela Asua en su voto particular), dejando a un lado las altas declaraciones del Tribunal, lo cierto es que

no activa los contra-límites y reduce su tutela en contraste con la que sentó en sus precedentes. Esto es, hace lo que dice el Tribunal de Justicia que corresponde hacer.

Tal vez pueda verse en todo este tránsito y debate, más allá de las apariencias y de las sonoras declaraciones, elevadas y autoafirmativas, el siempre complejo enfrentamiento entre, de una parte, lo que sobreviene en razón de haber elegido un modelo jurídico de “convivencia” entre un ámbito interno y uno supranacional de Derecho, y, de otra, la memoria de lo que fue y se resiste a transformarse en razón de los imperativos de los nuevos tiempos⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ Muchos han sido los autores que han expresado su opinión en relación a este trascendente caso. Véanse, entre otros (en orden cronológico decreciente): MATIA PORTILLA, F. J., *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, 2016, pp. 479-522; SARRIÓN ESTEVE, J., *Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 201-220; SAHÚN PACHECO, ROCÍO, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en dos resoluciones judiciales recientes*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016, pp. 377-394; BACHMAIER WINTER, LORENA, *Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 56, 2015, pp. 153-180; ARROYO JIMÉNEZ, L., *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 343-361; FAGGIANI, VALENTINA, *La sentenza Melloni: il Tribunale Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2015, pp. 445-448; TORRES PÉREZ, AIDA, *Melloni in three acts: from dialogue to monologue*, en *European Constitutional Law Review*, v. 10, n. 2, 2014, pp. 308-331; GORDILLO PÉREZ, L. I. y TAPIA TRUEBA, A., *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014, pp. 245-270; FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, *El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (caso Melloni)*, en *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-20.

2. La experiencia italiana: la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de la prejudicial europea por la *Corte costituzionale*. El caso *Taricco* a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia

La *Corte costituzionale* italiana, así como el Tribunal Constitucional español y otras cortes constitucionales europeas, ha experimentado una señalada evolución en su doctrina, tanto en lo que concierne a la existencia de principios supremos en el ordenamiento jurídico (que no pueden ser contradichos por el Derecho supranacional, tampoco por el de la Unión Europea), como a la posibilidad de que sea la propia Corte constitucional la que proceda a plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

Empezando con aquello, fue en 1989⁷⁶⁶ cuando la Corte se enfrentó por primera vez, siquiera de una forma explícita, con la cuestión referida a las eventuales violaciones de los principios supremos y los derechos inviolables por parte de una disposición del Tratado CEE (allí, el art. 177 del TCEE). En concreto, se abordaba la facultad atribuida al Tribunal de Justicia de limitar la eficacia *ex tunc* de la declaración de invalidez de un reglamento comunitario, pudiendo incluso objetar su aplicación en el proceso principal en el que se originaba el juicio prejudicial. Las dudas se volcaban al contrastar esa disposición con la garantía de actuar en un juicio con un propósito de tutela de los derechos e intereses legítimos, reconocida en el art. 24 de la Constitución italiana. La Consulta reivindicó y sentó de manera inequívoca su competencia para juzgar la eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables en aplicación del Derecho comunitario (ahora eurounitario), además de afirmar con firmeza la naturaleza de derecho fundamental del derecho de defensa como patrimonio inviolable y principio fundamental del ordenamiento italiano.

La Corte constitucional manifestó dudas muy relevantes sobre la compatibilidad de la disposición del Tratado (según la interpretación dada por la Corte de Justicia⁷⁶⁷), y

⁷⁶⁶ Sentencia de la Corte constitucional de 21 de abril de 1989, n. 232, en *Giur. cost.*, 1989, p. 1001.

⁷⁶⁷ La Corte constitucional afirmó en efecto que si “*la sentenza llegara a escludere de la efficacia de la declaración de invalidez el acto o los actos objeto de la controversia en el que se ha originado el recurso prejudicial al Tribunal por iniciativa del juez nacional, no se puede negar que surjan graves perplejidades en orden a la compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de la norma que permite tal decisión*” (“*la sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte da parte del giudice nazionale, non si può nascondere che sorgono gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta*”), Sentencia de 21 de abril de 1989, n. 232, en *Giur. cost.*, 1989, p. 1001.

el contenido esencial del derecho de defensa, apuntando en realidad, a la vista del tono de su declaración y los argumentos que enunciaba, a una (cuando menos) sólida sospecha o indicio de incompatibilidad⁷⁶⁸. Si se prefiere, una inconstitucionalidad interiorizada y sugerida, aunque no declarada⁷⁶⁹, como acreditará una frase emblemática: “*lo que es sumamente improbable es en cambio siempre posible*”⁷⁷⁰, que insinuaba que las afirmaciones precedentes podrían parecer meras advertencias pero habrían podido concretarse en una declaración de inconstitucionalidad.

Las declaraciones contenidas en ese pronunciamiento desvelaron un principio o pauta de gran trascendencia, que no pasó desapercibido para la doctrina⁷⁷¹, a saber: que para la declaración de inconstitucionalidad de una norma del Tratado no se requerían profundas y vastas concreciones normativas determinantes de la eliminación de toda la ley de ratificación del Tratado, siendo suficiente, antes al contrario, que una sola disposición contradijera un derecho inalienable o un principio fundamental.

La cuestión, no obstante, se resolvió en aquella ocasión con un pronunciamiento de carácter procesal. La Corte constitucional, tras subrayar cómo la jurisprudencia del

⁷⁶⁸ La Corte declaró que “*no puede ser sino contradictoria con la naturaleza misma de una sentencia prejudicial, y con la relación necesaria que existe entre el juicio incidental y el juicio principal, la hipótesis de que la sentencia pronunciada con ocasión de un juicio incidental no pueda aplicarse en el juicio principal en el que tuvo su fuente. En efecto, el derecho de cada individuo de que se le asigne para cualquier controversia un juez y un juicio se quedaría vacía de sus contenidos sustanciales si el juez que dude de la legitimidad de una norma que tiene que aplicar la autoridad jurisdiccional competente contestara que efectivamente la norma no es válida, pero que dicha invalidez no tiene eficacia en la controversia objeto del juicio principal, que debería entonces resolverse con la aplicación de una norma reconocida como ilegítima. Tampoco, ante la posible violación de un principio fundamental, podrían invocarse [...] las exigencias primarias de la aplicación uniforme del derecho comunitario y de la certeza del derecho*” (“non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata. In sostanza, il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima. Né, di fronte ad una possibile violazione di un principio fondamentale, potrebbero invocarsi [...] le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto”).

⁷⁶⁹ Ya hemos analizado esta tipología de decisiones de la Corte constitucional. V. Cap. Cuarto, I.2.

⁷⁷⁰ “*Quel che è sommamente improbabile è pur se sempre possibile*”.

⁷⁷¹ CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle “competenze comunitarie” della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1989, espec. pp. 1014 y ss., que constata que “*admitiendo incluso los contrastes microscópicos crece inevitablemente también la probabilidad de que los conflictos se incrementen*” y que “*el hecho de que la Corte constitucional haya afirmado su legitimación a pronunciarse a través del control de constitucionalidad de las leyes de ejecución del Tratado sobre «cualquier norma del Tratado así como esta es aplicada e interpretada», rebosa de significado*” (“ammettendo anche i contrasti microscopici si incrementa inevitabilmente anche la probabilità che i conflitti si realizzino” e che “il fatto che la Corte abbia affermato la propria legittimazione a sindacare attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato «ogni norma del Trattato così come essa è applicata ed interpretata» è assai densa di significato”).

Tribunal de Justicia en ese punto no podía considerarse consolidada, estimó que la cuestión incidental de constitucionalidad era inadmisibile por falta de relevancia.

En suma, después de haber manifestado su perplejidad sobre el fondo del asunto e insistido en afirmar la posibilidad de recurrir a los “contra-límites”, prefirió la Corte dejarlo en una advertencia y no ir más allá de lo insinuado. Como veremos, sí avanzará en cambio en esa línea, en el pasado solo sugerida, al dictar el Auto núm. 24 de 2017, caso Taricco. En definitiva, distintas reacciones en distintos momentos históricos.

Un “acercamiento” progresivo a la decisión del caso Taricco nos detiene con carácter previo en otra decisión reciente de la Corte constitucional, no obstante no se ocupase de las relaciones con el ordenamiento de la Unión Europea sino, antes bien, de la problemática (de algún modo similar y de todo punto vinculada) de los límites que los principios supremos del ordenamiento nacional oponen a la introducción de regulaciones que los contradigan.

Nos referimos a los juicios instados contra la República Federal de Alemania para el resarcimiento de los daños causados durante la Segunda Guerra Mundial a tres ciudadanos italianos capturados por las fuerzas militares de aquel país y deportados al mismo, pretensión frente a la que se hizo valer la inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados con respecto a actos considerados de “*iure imperii*”, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en sentencia de 3 de febrero de 2012.

La Corte constitucional ha estimado en cambio que subsiste su competencia exclusiva, ligada al sistema concentrado de control de constitucionalidad, en orden a la posibilidad de determinación de barreras o límites – “contra-límites” para las normas de la Unión Europea – a la incorporación de normas internacionales generalmente reconocidas, siempre que entren en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos inalienables de la persona humana. Y ha concluido, con base en ello, que la norma convencional en cuestión contradecía el derecho de defensa dirigido a la tutela de los derechos fundamentales de la persona, establecido para la inviolabilidad de éstos y, en particular, del respeto a la dignidad humana. De suerte que, siguiendo ese parámetro de control y ejerciendo la propia competencia evocada en el pronunciamiento, declara inconstitucional la obligación de que el juez italiano se adecúe a la sentencia de 3 de febrero de la CIJ, que le impondría la negación de su jurisdicción en actos de un Estado extranjero que representen

crímenes de guerra y contra la humanidad, lesivos de los derechos inviolables de la persona⁷⁷².

Antes de llegar a los concretos perfiles del caso *Taricco*, todavía en esta fase de esclarecimiento de las premisas, será oportuno atender al segundo de los aspectos antes mencionados: la posibilidad de que sea la propia Corte constitucional la que plantee una cuestión prejudicial al TJUE. La doctrina dominante, al ponderar las ventajas e inconvenientes de entrar en una comunicación directa con la Corte de Luxemburgo, cerrando así aquella fase del dialogo entre Juez constitucional y Juez eurounitario “a través de un intermediario” (“*per interposta persona*”⁷⁷³), no ha tenido nunca dudas sobre lo que resulta procedente, pidiendo en numerosas ocasiones a la Corte (con distintos y casi siempre razonables fundamentos) abandonar su aislamiento y hacer oír directamente su voz ante el Juez de Luxemburgo, en cuanto interprete supremo de los principios y de los valores constitucionales y de la identidad del País⁷⁷⁴.

De hecho, la Corte constitucional, en una decisión de 1991, pareció abrirse a la posibilidad del reenvío prejudicial europeo, pues afirmó tener “*la facultad de elevar una cuestión prejudicial de interpretación ex art. 177 TUE [hoy 267 TFUE]*”. En el caso concreto, es verdad, no ejercitó dicha facultad, pero no frenó la actuación porque objetase su potencialidad, como se ha visto, sino solo en razón de la claridad de la normativa comunitaria entonces protagonista y, por consiguiente, por ser innecesario pedir interpretación alguna al TJUE⁷⁷⁵.

Tras esa proclama de eventualidad prejudicial, sin embargo, la posibilidad fue posteriormente cerrada de forma categórica, con una exclusión resuelta y terminante, fundada en las peculiaridades de la jurisdicción constitucional y en el reparo derivado para poder calificarse como “órgano jurisdiccional” *ex art. 267 TFUE*. La Consulta motivó esta exclusión recordando la “*función de control constitucional, de suprema garantía de la observancia de la Constitución de la Republica por parte de los órganos*

⁷⁷² Sentencia de la Corte const. de 22 de octubre de 2014, n. 238, en *Giur. cost.*, 2014, p. 3853. Sobre el episodio, v. BRANCA, M., *Il punto sui “contro limiti”*, en *Giur. cost.*, 2014, p. 3900; LUCIANI, M., *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, en *Questione giustizia*, 2015, 1, pp. 84 y ss.; VERONESI, P., *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, en *Quaderni cost.*, 2016, pp. 485 y ss.

⁷⁷³ Ver a este proposito las consideraciones ya expresadas anteriormente, Cap. Quinto, IV.1.

⁷⁷⁴ Pueden verse a este respecto las intervenciones de la doctrina más autorizada en el Seminario organizado sobre esta temática por la Corte constitucional el 20 de abril de 2007, cuyas Actas se publicaron en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno* cit.

⁷⁷⁵ “*La facoltà di sollevare anch’essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell’art. 177 Tue*”, Corte const. de 18 de abril de 1991, n. 168, en *Giur. cost.*, 1991, p. 1409, con nota de SORRENTINO, F.

constitucionales del Estado y de las Regiones”, y añadiendo que, como corolario de ello, la Corte constitucional no puede “*incluirse entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, dado que muchas son, y profundas, las diferencias entre el cometido confiado a la primera [la Corte], sin precedente en el ordenamiento italiano, y los bien conocidos e históricamente consolidados propios de los órganos jurisdiccionales*”⁷⁷⁶.

Después de varios años, acogiendo finalmente las invitaciones de la doctrina, la Consulta decidió dirigir por primera vez⁷⁷⁷ al Tribunal de Luxemburgo una cuestión prejudicial (articulada, eso sí, en el ámbito de un juicio en vía principal o directo de inconstitucionalidad, y no con ocasión de un control incidental de constitucionalidad).

La Corte constitucional, sin alterar ni un ápice la definición de sus funciones, admite en cambio su calificación, a los efectos prejudiciales que nos ocupan, como autoridad jurisdiccional de última instancia, haciéndolo, señaladamente, en un caso donde la Consulta era el único juez del caso, y, por esto, también el único sujeto que podía pedir la intervención interpretativa del Tribunal de Justicia, evitando de ese modo el sacrificio que, de lo contrario, podría acarrear para el interés general de la UE⁷⁷⁸.

⁷⁷⁶ “*Essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni*” y “*essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali*”, Auto de la Corte const. de 29 de diciembre de 1995, n. 536, en *Giur. cost.*, 1995, p. 4459.

⁷⁷⁷ En los cuatro años 2011-2014, además de los tribunales constitucionales italiano y español, también el alemán y el Conseil Constitutionnel francés, plantean por primera vez una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Sobre el caso francés (Conseil constitutionnel, auto de 4 de abril de 2013) pueden verse, entre muchos otros: DROIN, A., *Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario sobre la decisión QPC del Conseil constitutionnel del 4 de abril de 2013, n. 2013-314P, respecto a la orden de detención europea*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 29, 2014, pp. 71-83; CATALANO, S., *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell’Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, en *Riv. AIC Osservatorio*, octubre de 2013; ROVAGNATI, A., *Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*, en *Quaderni cost.*, 2013, n. 3, pp. 641 y ss.; MARIN, L., *Il mandato di arresto europeo alla prova del dialogo tra Consiel constitutionnel e Corte di giustizia*, *ivi*, pp. 656 y ss.

Sobre el caso alemán (Tribunal constitucional federale alemán, auto de 14 de enero de 2014) v. DELLEDONNE, G., *La “prima volta” di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle outright monetary transactions*, en *Centro studi sul federalismo*, *Commenti*, 13 de febrero de 2014, n. 25; DI MARTINO, A., *Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, en *Federalismi.it*, 19 de febrero de 2014.

Para un análisis de conjunto sobre las razones de estas cuatro experiencias, v. ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo* *cit.*, pp. 490 y ss.

⁷⁷⁸ Corte const. 15 de abril de 2008, n. 103, en *Foro it.*, I, 2009, p. 209.

Para unos comentarios a esta decisión veáanse, entre otros, GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale* *cit.*, pp. 401 y ss.; BARTOLE, S., *Pregiudizialità comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, en *Regioni*, 2008, pp. 898 y ss.;

Que la cuestión prejudicial europea se plantease en el ámbito de un juicio en vía directa y que la Consulta dejase entrever que las mismas consideraciones podrían no ser aptas en un juicio incidental, no obsta la trascendencia de la decisión. En efecto, la auto-calificación de órgano jurisdiccional legitimado para utilizar el instrumento del reenvío prejudicial al TJUE, obviamente, abría la posibilidad de que, en un futuro más o menos cercano, se ampliara el marco operativo de actuación ante la Corte de Justicia. Se podían, en efecto, presentar, de un lado, supuestos en los que el juez ordinario no habría podido proceder a la inaplicación directa de una normativa interna en contraste con el Derecho eurounitario, dado que este último no era directamente aplicable, o, de otro, casos en los que se evidenciara un problema de aplicación de los contra-límites.

Así se ha verificado precisamente, véase: el primer planteamiento en el curso de un proceso incidental se refería a una normativa europea no directamente aplicable (después de 5 años desde la “primera vez”, es decir del primer planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE por parte de la Corte constitucional), mientras que el segundo procuraba una solución a un problema de contra-límites (después de 9 años).

Refiriéndonos al primero de los supuestos citados, la cuestión de legitimidad constitucional tenía por objeto la regulación nacional de la duración máxima de los contratos temporales en las escuelas, que los jueces *a quibus* entendían contraria a la normativa eurounitaria (no directamente aplicable). La Corte constitucional, aunque supiera de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el particular, estimó conveniente pedir aclaraciones de la normativa de la UE indicada por los jueces ordinarios remitentes⁷⁷⁹.

La Corte alude al precedente del 2008 (que, como se dijo, parecía reconocer la legitimación de la Consulta solo en los juicios en vía principal), afirma que la cuestión tiene relevancia para el juicio en curso y que ella puede calificarse como “jurisdicción nacional” (en relación con lo dispuesto en el art. 267 TFUE) también a los efectos de

DANIELE, L., *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, en *Giur. cost.*, 2009, pp. 3551 y ss.; SORRENTINO, F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, *ivi*, 2008, p. 1288; CARTABIA, M., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *ivi*, 2008, p. 1312; ANTONINI, L., *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, *ivi*, 2008, p. 2646; CANNIZZARO, E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Riv. dir. inter.*, 2008, pp. 7689 y ss.; CELOTTO, A., *Crolla un altro baluardo*, en *Giustamm.it*; DI STEFANO, E., *Verso un patrimonio comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102*, en *Consultaonline*, 2008; PESOLE, L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Federalismi.it*

⁷⁷⁹ Auto de la Corte const. de 18 de julio de 2013, n. 207, en *Giur. cost.*, 2013, p. 2885, con nota de CERRI, A.

juicios de constitucionalidad de carácter incidental⁷⁸⁰. La mayor parte de la doctrina ha puesto de relieve la falta de motivación de este último punto, sobre todo teniendo en consideración la doctrina anterior, lo que probablemente habría demandado una argumentación detenida⁷⁸¹.

Una interesante lectura del Auto 207/2013, que es del que estamos haciendo mención, ha sido la de REPETTO⁷⁸². A su criterio, en la superación de la tradicional posición de la Corte constitucional subyace el relieve constitucional de los bienes y principios que estaban en juego, razón que justifica particularmente que fueran trasladados ante la Corte de Luxemburgo por quien, por su rol en el ordenamiento nacional, tiene la capacidad de defenderlos de manera más plena (y contundente, añadiríamos). La Corte constitucional, en suma, siendo de semejante trascendencia lo que estaba en juego, habría querido amortiguar el problema de la legitimación para plantear cuestiones prejudiciales, o del orden de precedencia entre las mismas en caso de “doble prejudicialidad” (analizada anteriormente), contribuyendo al pluralismo constitucional europeo caracterizado por una vocación cada vez más “dialógica” e interactiva.

El segundo supuesto de planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Juez de Luxemburgo por parte de la Consulta, en ocasión ofrecida por una cuestión de

⁷⁸⁰ El Tribunal de Justicia ha proporcionado su interpretación de la normativa eurolunitaria, afirmando que la misma se opone a una regulación como la italiana del contrato a tiempo definido en las escuelas (Sentencia del TJUE, sec. III, 26 de noviembre de 2014, C-22/13).

La Corte constitucional, consecuentemente, declaró la inconstitucionalidad de aquella normativa por vulnerar el art. 117.1 de la Constitución italiana. La Corte ha querido, sin embargo, evidenciar que “*es competencia exclusiva del juez remitente pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno*” (che “è compito esclusivo del giudice del rinvio pronunciarsi sulla interpretazione delle disposizioni del diritto interno”), mientras que tarea del Juez de Luxemburgo es proporcionar solo las puntualizaciones sobre el Derecho eurolunitario destinadas a orientar el juez nacional. En particular, el Juez constitucional ha querido dejar claro que, incluso después de la respuesta del Tribunal de Justicia, sigue existiendo un margen de discrecionalidad en las manos de la jurisdicción nacional, que tendrá que integrar el *dictum* del Juez eurolunitario con el Derecho nacional.

⁷⁸¹ En este sentido RUGGERI, A., *A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di “comunitari età” congiuntamente proposte in via d'azione*, en *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 372-73; GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale cit. (2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 413; UCCELLO BARRETTA, L., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, en Riv AIC, Osservatorio, noviembre, 2013; GUATAFERRO, B., *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, en *Forumquaderniconstituzionali*, 21 de octubre de 2013; IADICICCO, M.P., *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, en Riv AIC, Osservatorio enero de 2014.

⁷⁸² REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità cit.*, pp. 671 y ss.

inconstitucionalidad⁷⁸³, no solo es muy reciente, como se anunció más atrás, sino especialmente trascendente: el caso *Taricco*.

Este supuesto trae causa de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano al Tribunal de Justicia en el seno de un proceso penal relativo a una asociación con ánimo de comisión de delitos en materia de IVA, con la consiguiente lesión de los intereses financieros de la Unión Europea.

El objeto concreto de la cuestión prejudicial reside en la conformidad con el Derecho de la UE de la regulación nacional de la prescripción, que dispone que la interrupción de la misma no puede comportar en ningún caso el aumento de más de un cuarto del tiempo necesario para que aquella llegue a verificarse, teniendo como efecto práctico una cierto grado de impunidad. En ese sentido, el juez italiano hacía notar que, si fuese posible inaplicar tal regulación, se aseguraría una más eficaz correspondencia con la finalidad procurada por el Derecho eurounitario y expresada en el art. 325 TFUE, de acuerdo con el cual “*los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros*”.

El Tribunal de Justicia, en extrema síntesis, contestó que si la legislación nacional sobre la prescripción trajera como resultado que no se inflijan sanciones efectivas y disuasorias en “*un número considerable de casos de fraudes graves que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea*”, el juez nacional debería dar cumplimiento al art. 325 TFUE, soslayando, cuando fuere necesario, las disposiciones nacionales que tuvieran el mencionado efecto, dado que las mismas estarían impidiendo que el Estado miembro cumpliera con las obligaciones derivadas de aquella disposición del Tratado. La verificación de la existencia de las circunstancias que permitirían la inaplicación quedaría confiada a la discrecionalidad del juez ordinario nacional⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Auto de la Corte const. de 26 de enero de 2017, n. 24, en *Foro italiano*, 2017, I, p. 393.

⁷⁸⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 8 de septiembre de 2015, asunto *Taricco*, en *Foro italiano*, 2015, IV, p. 609.

El Tribunal de Justicia ha afirmado la propia competencia en materia de sanción del fraude fiscal y ha respondido que, si es cierto que los estados tienen la libertad de elección de las sanciones aplicables, deben sin embargo asegurarse de que en casos de fraude existan sanciones penales efectivas y de carácter disuasivo, avanzando también la hipótesis de ilegitimidad, de acuerdo con la propia lógica del *tertium comparationis*, cuando tales medidas no son menos eficaces que las adoptadas para combatir casos de fraude de gravedad similar que lesionan intereses financieros nacionales.

El Tribunal de Luxemburgo estima por tanto que si el juez nacional llegase a la conclusión de que las disposiciones nacionales no cumplen con las obligaciones de la UE, relativas al carácter efectivo y

Las respuestas de los jueces italianos a la decisión del Tribunal de Luxemburgo han sido inmediatas y heterogéneas.

En un primer pronunciamiento, la Corte de casación ha decidido no dar efectos a la norma en cuestión, invocando la sentencia del Juez europeo y considerando concurrentes las condiciones de inaplicación⁷⁸⁵.

Por el contrario, la Corte de apelación de Milán concluyó que debía plantear cuestión de constitucionalidad de la norma que introducía en Italia el Tratado, en la parte de la que se desprende el efecto interpretativo sobre la normativa italiana derivado de la sentencia Taricco y la consiguiente inaplicación de dicha normativa incluso en los casos en los que la inaplicación produjera consecuencias desfavorables para el imputado, invocando la vulneración del art. 25.2 de la Constitución italiana⁷⁸⁶.

En otra ocasión, la Corte de casación apreció en cambio que en el caso enjuiciado no se daban los elementos desencadenantes de la doctrina Taricco, toda vez que no se trataba de un delito “grave” y que el delito ya había sido declarado prescrito. Esto es, que la sentencia Taricco alcanzaba solo para hechos aún no prescritos en la fecha de su publicación (3 de septiembre de 2015). La cuestión de legitimidad constitucional se estimó, por tanto, no relevante para el juicio en curso⁷⁸⁷.

El tema volvió a examinarse por la Corte de Casación, quien elevó cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional a través de un amplio y elocuente auto de remisión⁷⁸⁸, y que llevará a ésta a plantear una cuestión prejudicial al TJUE, como analizaremos en las páginas siguientes. En la misma, se formulan dudas de armonización entre la doctrina Taricco y el principio de irretroactividad de la ley penal *in malam partem*, con la reserva de ley incluida en el art. 25.2 de la Constitución italiana y el principio de taxatividad de la norma penal, con el principio de separación de poderes y de sujeción del juez a la ley (que derivarían no tanto de la obligación del juez de respetar una fuente supranacional, cuanto del contenido de la regulación así como modificada después de la intervención del TJUE, que permite que el juez

disuasivo de las penas, deberá garantizar la plena eficacia del Derecho de la UE no aplicando tales disposiciones.

En esta ocasión el TJUE se ha interrogado sobre la posible violación de los derechos fundamentales de las destinatarios de la normativa, sobre todo en relación con el respeto del principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales incriminadoras (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), resolviendo en sentido negativo y considerando que la desaparición de la normativa nacional tendría solo como efecto no permitir una reducción del término de prescripción.

⁷⁸⁵ Corte de Cass. 17 de septiembre de 2015, nota de PENNACCHINI, en *Foro italiano*, 2016, II, p. 87.

⁷⁸⁶ *Corte di Appello di Milano*, auto de 18 de setiembre de 2015, en *Giust. pen.*, 2015, I, p. 258.

⁷⁸⁷ Corte de Cass. 25 gennaio 2016, n. 7914, nota de TORMENTI, en *Foro italiano*, 2016, II, 232.

⁷⁸⁸ Corte de Cass., autos de 30 de marzo de 2016 y de 8 de julio de 2016.

ordinario lleve a cabo valoraciones de naturaleza político-criminales), con el derecho de defensa del encausado y con el principio de la finalidad educativa de la pena (art. 27 de la Constitución italiana), puesto que, conforme a los criterios de aquella solución jurisprudencial europea, la pena no se dirigiría ya a la reeducación del condenado, sino a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

La doctrina que se ha ocupado de la sentencia *Taricco* ha mostrado mayoritariamente reparos por las implicaciones que podría llevar aparejadas esa jurisprudencia, sobre todo si se ve confirmada en un futuro por el Tribunal de Justicia.

En este sentido, se ha hablado de una decisión con “*trazos de absoluta excepcionalidad*”, por la forma de construir los deberes penales del Estado y por las obligaciones que traslada a los jueces⁷⁸⁹; de una “*sentencia fea*”, “*en palmaria contradicción con los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional*”, principios de civilidad jurídica que estructuran la identidad de nuestro ordenamiento⁷⁹⁰; de una sentencia caracterizada por una “*destrutividad creativa*”, con una aceleración tan brusca que pone las bases para un viaje sin retorno y que, más que poner en discusión los “*contra-límites*”, supera la idea misma de Constitución nacional como límite al Derecho penal, superando todo los axiomas⁷⁹¹; de un pronunciamiento que “*subvierte de manera incauta medio siglo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”⁷⁹²; de un incidente parangonable a una “*tormenta perfecta*”, caso de enorme impacto, impensable antes de que sucediera y que se ha podido llevar a cabo sólo porque se han dado una serie de condiciones⁷⁹³.

No ha faltado, sin embargo, quien ha negado expresamente que la supuesta violación del art. 25.2 de la Constitución italiana pueda operar como un “*contra-límite*”, no obstante se advierta que el Tribunal de Justicia ha desplegado en ese marco un papel más próximo al del legislador que al del juez⁷⁹⁴.

⁷⁸⁹ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, en *Rivista AIC*, 15 de mayo de 2016, p. 2.

⁷⁹⁰ LUCIANI, M., *Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, en *Rivista AIC*, 15 de abril de 2016, n. 2, pp. 7 y ss.

⁷⁹¹ MANES, V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁷⁹² BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori?*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁷⁹³ SOTIS, C., *Il limite come contro limite*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁷⁹⁴ VIGANO, F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, que considera que, en todo caso, el Derecho europeo tiene anticuerpos para proteger, mejor que el Derecho nacional, los derechos

De manera más particular, la doctrina ha señalado (expresándose en sentido negativo) que lo que en realidad tiene que considerarse como un deber de los Estados miembros de la Unión configurado en términos marcadamente finalistas, y por tanto no auto-aplicativo, se transforma en un deber para el juez de inaplicar una normativa nacional considerada en contradicción con tal obligación que proviene de la normativa eurounitaria⁷⁹⁵.

Cuestión la anterior que incide en la relación entre Derecho político y Derecho jurisprudencial, en el sentido del desarrollo por el segundo de una función que no le es propia, al sobrepasar los límites de la jurisdicción⁷⁹⁶, y toda vez que, en este tipo de casos, lo acorde con el sistema de distribución de poderes consistiría en una intervención del legislador, dado que solo este sujeto está en la condición de proporcionar una regulación en atención de las reales razones de la ineficacia de una normativa, que puede nacer de circunstancias absolutamente diversas en cada contexto nacional (farragosidad de las reglas procesales, carácter exiguo de los plazos de prescripción, ineficacia de los tribunales y de la policía, etc.)⁷⁹⁷. De otro modo, el efecto puede desembocar en *operaciones quirúrgicas* confiadas al juez ordinario, sin límites claros, alimentando una auténtica “*formación paralela del derecho*” por vía judicial⁷⁹⁸.

El carácter indeterminado de las expresiones utilizadas en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia (“fraude grave”, “normativa que impide imponer sanciones eficaces y disuasivas”, “número considerable de casos”) no respetaría el carácter jurisdiccional de la actividad del juez, pidiéndole elecciones sustancialmente libres⁷⁹⁹, que exceden su competencia. Se ha llegado a sostener en ese sentido que el verdadero “contra-límite” frente a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia se ubicaría justamente en la imposibilidad de subvertir los límites del juez penal inherentes al ejercicio de su función jurisdiccional⁸⁰⁰.

fundamentales de la persona, por lo que, si el propósito es la defensa de los derechos fundamentales, el camino obligado es defenderlos juntos en Europa y no contra Europa.

⁷⁹⁵ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

En sentido contrario v. VIGANO', F., *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit., que señala la existencia de expresiones similares a la de “fraude grave” en la legislación penal.

⁷⁹⁶ Sobre este tema, recientemente, CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, C., TARLI BARBIERI, G. (Coords.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

⁷⁹⁷ LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit.

⁷⁹⁸ MANES, V., *La “svolta” Taricco* cit.

⁷⁹⁹ LUPO, E., *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁸⁰⁰ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

Otro aspecto que la reflexión de la doctrina sobre el caso Taricco ha puesto de relieve es el de la ponderación operada por el Tribunal de Justicia entre los diferentes valores en presencia, subrayando que, respecto a lo ya sucedido en el caso Melloni, ante una amenaza frente a la aplicación uniforme del Derecho eurounitario, el Tribunal de Luxemburgo interviene en el caso sin valorar debidamente los derechos y garantías previstos a nivel nacional⁸⁰¹. Se subraya que, en definitiva, se consagra como “base legal” para la tutela de los intereses financieros de la Unión lo establecido en el art. 325 TFUE⁸⁰², definido por algunos como el “as ganador” (*asso di briscola*, en italiano), en cuanto que la historia del Derecho (penal) europeo nos enseña que cuando la UE sitúa un caso en la tutela de los intereses financieros está hiper-legitimada, mucho más que en otros sectores, para imponer nuevas vías⁸⁰³.

El “contra-límite” que operaría en oposición a dichas tendencias europeas, entonces, se identifica con asegurar que la persona humana está en el centro y sea instrumentalizada en un juicio penal⁸⁰⁴, contrarrestando la idea de prevalencia del interés financiero relevante para el Derecho de la Unión Europea, que no otorgaría ningún peso a la naturaleza de otros intereses en juego o la centralidad de los derechos del individuo⁸⁰⁵.

La inmensa mayoría de la doctrina concuerda en realizar una valoración negativa de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Taricco. De su lado, en relación a la “solución” dada por la Corte constitucional, algunos autores estiman que debería haber optado directamente por la declaración de inconstitucionalidad, mientras que otros, en cambio, propugnan que la solución residía en una advertencia “fuerte y clara”, pero a través de un pronunciamiento de falta de fundamento (puede que de naturaleza interpretativa) o (como ya sucediera en el caso de 1989 recordado al inicio de este trabajo) de inadmisibilidad⁸⁰⁶.

⁸⁰¹ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

⁸⁰² MANES, V., *La “svolta” Taricco* cit.

⁸⁰³ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

⁸⁰⁴ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

⁸⁰⁵ LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit., considera que la denominada “europeización de los contra-límites” constituiría una suerte de contradicción en sí misma, pues el ordenamiento al que se pondría el límite se convertiría en su “gestor”, mientras que la identidad nacional a respetar es solo aquella que declara el Estado mismo.

⁸⁰⁶ En efecto, algunos autores han estimado como excesivamente “suave” la invitación a la Corte de entrar en diálogo con el Juez de Luxemburgo (LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit.), invitando a la primera sin ambages a abrazar finalmente el instrumento de los contra-límites y estimando que la defensa de los elementos identitarios de nuestro ordenamiento es efectivamente una competencia de la Corte. Ella

En otra ocasión anterior, quien escribe ahora ha sostenido a este respecto la necesidad de llegar a una solución del conflicto mediante una aplicación más blanda del principio de los contra-límites, abriendo un diálogo entre los tribunales a través de mecanismos que el Derecho nacional y el europeo ponen a disposición de los jueces, en particular, de los constitucionales, subrayando que el mismo artículo 4.2 del Tratado de la UE afirma la necesidad de que la UE respete “*la identidad nacional inserta en [su] estructura fundamental, política y constitucional*” de los Estados miembros, casi legitimando la oposición de “contra-límites” en los casos en los que los principios fundamentales y las características fundamentales del Estado constitucional se vean comprometidas⁸⁰⁷.

La Corte italiana ha elegido justamente un camino dirigido al diálogo: plantear una duda interpretativa sobre el Derecho de la UE en la orientación que plasma la sentencia Taricco del Tribunal de Justicia, planteando una cuestión prejudicial.

En efecto, la Corte constitucional, en primer lugar, entiende que la primacía del Derecho de la UE encuentra un límite en los principios supremos del ordenamiento nacional, cuya violación conduciría a la declaración de inconstitucionalidad de la ley que haya introducido el Tratado europeo *in parte qua*.

Pasando al caso concreto, subraya la Corte, entre las particularidades del ordenamiento italiano, la naturaleza sustantiva y no meramente procesal de la prescripción y que, por esta razón, el correspondiente régimen legal debe quedar sujeto al principio de legalidad en materia penal, con todas las consecuencias que de ello se

debería realizarlo, según dicho planteamiento, sin dejarse intimidar por el fantasma de la “guerra” o de otras catástrofes y tutelar el predominio axiológico de la Constitución, como ha hecho con respecto al TEDH con ocasión de la sentencia núm. 49 de 2015. Otros, por su parte, se han centrado en dar una solución más blanda y de compromiso (no utilizar, entonces, los contra-límites, sino buscar soluciones de compromiso, VIGANO’, F., *Il caso Taricco davanti alla Corte cit.*), o sugiriendo acudir a los efectos temporales y aplicar los principios de la sentencia TJUE Taricco sólo para los plazos no vencidos (REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco cit.*) o a la ambigüedad de la definición de “inaplicación” y “no aplicación”, con el fin de encuadrar las afirmaciones contenidas en la sentencia Taricco en un marco teórico compatible con nuestro ordenamiento, sin desmentirlo, pero de forma que se le dé una advertencia al Tribunal de Justicia (BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata cit.*)

⁸⁰⁷ ROMBOLI, S., *La nuova stagione dei contro limiti: il caso Taricco all’esame della Corte costituzionale*, en *Consultaonline*, 22 de diciembre de 2016, III, 1 ss., donde sostuve en mis conclusiones que los tribunales nacionales, en particular, deberían actuar guiándose por el objetivo de ver realizados y nunca cuestionados los que se definen como principios supremos del ordenamiento constitucional, intentando -siempre que sea posible- evitar la utilización de “instrumentos fuertes” que podrían determinar el cierre del diálogo. Sería aconsejable, en efecto, recurrir a todos aquellos instrumentos disponibles que sean más “suaves” y por lo tanto tal vez incluso más persuasivos y eficaces, con el fin de estimular el diálogo mismo (como las sentencias interpretativas, la posibilidad de intervenir en la modulación de los efectos de las decisiones, las advertencias, los consejos y las recomendaciones al legislador y a los tribunales ordinarios, etc.).

derivan en orden a la descripción precisa de los supuestos y al ámbito temporal que rige la norma (regulación previa al momento de la comisión del delito).

El Juez constitucional evidencia así que no existiría a su juicio un deber de uniformidad entre todos los países de la UE, sosteniendo que la reglamentación correspondiente debe acomodarse a las tradiciones constitucionales de cada país, de todo lo cual concluye, mirando a su ordenamiento jurídico, que el principio de legalidad tiene como finalidad la protección de los derechos inviolables y debe considerarse un principio fundamental y supremo.

El propósito sería, por tanto, aportar una interpretación que excluya la contradicción entre el principio de legalidad, establecido en la Constitución italiana, y la previsión del Tratado tal y como es interpretada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Taricco, razón por la que, situados en esos terrenos hermenéuticos, decide plantear la cuestión prejudicial al propio Tribunal de Luxemburgo.

Desde el punto de vista argumental, con el fin de verificar si la regla tratada en la sentencia Taricco satisface los requisitos de la determinación de los supuestos, que deriva del principio de legalidad, la Corte constitucional se aproxima a la cuestión controvertida desde dos planos diversos.

El primero concierne al contraste entre la solución interpretativa proporcionada por el Tribunal de Justicia y el dato normativo, para comprobar si aquella es razonablemente predecible y perceptible por la persona que ha realizado la conducta con relevancia penal.

El Constitucional llega a la siguiente conclusión: *“la Corte está convencida de que la persona no podía pensar razonablemente, antes de la sentencia dictada en el caso Taricco, que el art. 325 TFUE impusiera al juez no aplicar los arts. 160, última sección y 161.2 del código penal en aquellos casos en los que se derivara impunidad de graves fraudes fiscales lesivos de la UE en un número considerable de casos, ni la violación del principio de asimilación”*⁸⁰⁸.

El segundo plano se ocupa de la reserva de ley en razón del grado de determinación de los supuestos derivada del art. 325 TFUE, especialmente por los

⁸⁰⁸ *“La Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l’art. 325 Tfuè prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l’impunità di gravi frodi fiscali in danno dell’Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione”*.

límites con los que opera el juez, al que no compete *ad casum* llevar a cabo libres valoraciones discrecionales, en atención el principio fundamental de la separación de poderes.

Sobre este aspecto, el Constitucional italiano, de nuevo con rotundidad, declara que el parámetro del “número considerable de casos” es un concepto ambiguo que no puede colmarse de contenido a través de la actividad interpretativa del juez, al que la ley penal tampoco podría encomendar objetivos de resultado⁸⁰⁹.

Bajo esas circunstancias descritas, la Corte constitucional, aun estando convencida de la respuesta negativa, pregunta al Tribunal de Justicia si considera que el juez nacional tendría que aplicar una regla del Derecho de la UE aun cuando la misma contraste con principios supremos del Estado, recordándole al tiempo que el art. 4.3. del Tratado expresa el principio de leal cooperación, que implica respeto y asistencia recíprocos.

En opinión de la Corte, ello comporta que *“las partes están unidas en la diversidad. No habría respeto si las razones de la unidad pretendiesen cancelar el núcleo mismo de los valores por los que se rige el Estado miembro. Y no lo habría ni tan siquiera si la defensa de la diversidad excediese ese núcleo llegando a obstaculizar la construcción del futuro de paz, fundado sobre los valores comunes⁸¹⁰ del que habla el preámbulo de la Carta de Niza [...]. De esto consigue, en línea de principio, que el derecho de la Unión y las sentencias del Tribunal de Justicia, que especifican el significado a fin de lograr una aplicación uniforme, no pueden interpretarse en el*

⁸⁰⁹ La Corte constitucional constata en particular que *“en el ordenamiento italiano, así como en el ordenamiento europeo, la actividad jurisdiccional está sujeta al gobierno del derecho penal; mientras que esta última, por el contrario, no puede limitarse a asignar objetivos al juez. No puede entonces excluirse que la legislación nacional pueda y tenga que inaplicarse cuando esto sea establecido en casos específicos por la legislación europea. No es, sin embargo, posible que el Derecho de la Unión imponga un objetivo de resultado al juez penal y que, en ausencia de una normativa que predefina analíticamente los casos y las condiciones, este último tenga que alcanzar el resultado a través de cualquier medio que encuentre en el ordenamiento”* (“Nell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest’ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell’ordinamento”).

⁸¹⁰ Las palabras de la Corte parecen evocar lo que escribiera Giuliano AMATO (hoy Magistrado constitucional), que afirmó: *“Todos debemos entender que, más allá de un determinado límite, la uniformidad no pueda operar; pero también que, más allá de un determinado límite, las mismas diversidades destruyen nuestra unidad”* (“Dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l’uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità”, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 10).

*sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su orden constitucional*⁸¹¹.

La Corte constitucional sugiere por tanto al Tribunal de Justicia una lectura de la regla derivada del art. 325 TFUE, en fin, que la haga compatible con la identidad constitucional del Estado miembro, precisando que si tal interpretación se considerase correcta la cuestión de constitucionalidad sería resuelta con un pronunciamiento de inadmisibilidad.

Una lectura que asegure esa inspiración, en opinión de la Corte, preservaría la identidad nacional sin comprometer la interpretación uniforme del Derecho de la UE, actualizando, por lo demás, una solución conforme al principio de cooperación leal y de proporcionalidad. En caso contrario, el proceso de integración europea degradaría las conquistas nacionales en materia de libertades fundamentales.

El Juez constitucional italiano puntualiza, en suma, que la objeción a que el juez nacional aplique la regla enunciada en la sentencia Taricco no deriva de una interpretación alternativa del Derecho de la UE, sino sólo de la circunstancia (externa al mismo) de que la prescripción en Italia tiene una naturaleza sustantiva, atributiva, si se prefiere, de una tutela potencial mayor, al integrar su régimen jurídico en una concepción amplia del principio de legalidad.

Así descrita la problemática y la tesis de la Corte, resulta inevitable hacer un paralelismo con el caso Melloni, en el que intervino el Tribunal constitucional español. El Constitucional italiano se esfuerza en su argumentación en mostrar las diferencias entre ambos casos. En el primero o caso español, en opinión de la Corte, la solución por la que abogaba el TC habría incidido sobre la decisión marco con respecto al reconocimiento recíproco de las decisiones penales, generando una posible fractura de la unidad del Derecho de la UE en una materia cuya regulación responde a la confianza recíproca en un ordenamiento normativo uniforme. Distinto sería, en cambio, el caso Taricco, dado que no pone en discusión la regla deducida del art. 325 TFUE, sino sólo la existencia de un impedimento a su aplicación directa por parte del juez nacional, que no deriva de una contraposición con un norma nacional sino de una circunstancia

⁸¹¹ *“Le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell’unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Nizza [...]. Ne consegue, in linea di principio, che il diritto dell’Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un’uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”.*

“externa” al Derecho de la UE, esto es, de que la prescripción forma parte del régimen del derecho sustantivo estatal y por tanto del principio de legalidad.

Ahora bien, tras haber subrayado la particularidad del ordenamiento italiano por la naturaleza sustantiva de la prescripción en el mismo, no desatiende la hipótesis alternativa de su naturaleza procesal, para resaltar, sin embargo, que también en este caso la regla que deriva de la sentencia *Taricco* entraría en contradicción con el principio de legalidad, esta vez por falta de predeterminación de los supuestos⁸¹².

Una de las razones por las que se solicitaba fuertemente la Consulta a que se pusiera en un contacto directo con el TJUE, era justamente la hipótesis de activar así los contra-límites, sobre todo como posibilidad real de tener una cierta influencia en la formulación de las decisiones del Tribunal de Luxemburgo⁸¹³.

Vale decir, por consiguiente, que el asunto *Taricco* se adjetiva con todos los perfiles apuntados en los párrafos anteriores. Es decir, de un lado, pone a debate la posibilidad de defender los derechos fundamentales del individuo como contralímite frente a la aplicación del Derecho de la Unión Europea a través de la vía incidental, y, de otra parte, revela la búsqueda de esa misma finalidad de garantía pero utilizando la cuestión prejudicial al TJUE por parte del Juez constitucional.

Sobre el primer aspecto, de manera muy significativa, la Corte constitucional subraya en el Auto 24/2017 que el Tribunal de Justicia tiene la tarea de establecer la interpretación del Derecho de la Unión, pero que no puede ser cargada con el peso de valorar al detalle si el Derecho de la Unión y su interpretación son compatibles con la identidad nacional de un Estado. De suerte que, sostiene, no sería razonable que, no siendo evidente cómo despejar esa compatibilidad o armonía, el Tribunal de Justicia establezca el significado del Derecho de la UE pero remita a las autoridades nacionales la comprobación última sobre la observancia de los principios supremos del Estado. Y ello porque, según la Corte, en un sistema concentrado de control de constitucionalidad

⁸¹² Las cuestiones de interpretación sometidas al juicio del Tribunal de Luxemburgo resumen todo lo que se refleja en los fundamentos, preguntando si el art. 325 TFUE debe ser interpretado en el sentido de imponer la no aplicación del Derecho nacional: 1) en presencia de una regla que no contenga un supuesto suficientemente determinado (para el caso de que se pretenda reconocer a la prescripción tan sólo valor procesal); 2) también cuando en el ordenamiento estatal la prescripción tenga naturaleza sustantiva y esté sujeta al principio de legalidad; 3) también cuando la aplicación omitida esté en contradicción con los principios supremos del orden constitucional del Estado o con los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución nacional.

⁸¹³ Véanse, entre otros, CARETTI, P., *Corte e rinvio pregiudiziale*, y TIZZANO, A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, ambos en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno* cit., pp. 143 ss. y pp. 479 ss.

de las leyes, una verificación semejante en esos terrenos de frontera no puede realizarse sino por ella misma, como probaría el hecho de que el juez ordinario, en estos casos, proceda a plantear la cuestión de legitimidad constitucional por la vía incidental.

El Constitucional italiano reafirma así con fuerza su papel de interlocutor privilegiado con el Tribunal de Justicia, siquiera cuando se trate de identificar y hacer valer los principios supremos del ordenamiento y los derechos inalienables de la persona como elementos que caracterizan la identidad y las tradiciones del país, ya que, a su rotundo criterio, éstos no consienten la incorporación en el ordenamiento estatal de reglas que abiertamente entren con ellos en conflicto.

La Corte constitucional, en la decisión arriba mencionada, afirma en efecto que *“en el ordenamiento italiano [la valoración de la compatibilidad de la regla de la UE con la identidad constitucional del Estado miembro] puede darse a través de la iniciativa del juez que, llamado a aplicar la regla, pide a esta Corte que compruebe la compatibilidad con los principios supremos del orden constitucional. Es pues obligación de esta Corte aceptar, en su caso, la incompatibilidad y por consiguiente excluir que la regla pueda ser aplicada en Italia”*⁸¹⁴.

En lo relativo al segundo aspecto, ya se ha dicho, la Corte constitucional opta por el reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia. Un cauce que, hasta donde sabemos, nadie en la doctrina había anticipado.

Los primeros comentarios de los autores italianos aseveran que estamos ante un pronunciamiento *“cortés en la forma, rocoso en el fondo”*⁸¹⁵, *“diplomático, pero firme”*⁸¹⁶, *“de claridad cristalina”*⁸¹⁷, *“valiente, deferente, pero claro”*⁸¹⁸.

⁸¹⁴ *“Nell’ordinamento italiano [la valutazione della compatibilità della regola eurounitaria con l’identità costituzionale dello stato membro] può avvenire attraverso l’iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell’ordine costituzionale. E’ poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l’incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia”*.

⁸¹⁵ *“Garbato nella forma, roccioso nella sostanza”*, MANES, V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017.

⁸¹⁶ *“Diplomatica, ma ferma”*, FERRANTE, M. L., *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, en *diritti fondamentali.it*, 29 de enero de 2017, fasc. 1. Sobre el carácter diplomático de la decisión véase también CUPELLI, C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017.

⁸¹⁷ *“Di chiarezza cristallina”*, GIGLIO, V., *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell’ordinanza n. 24/2017*, en *Filodiritto*, 2017, que afirma que hay que aprobar sin reservas la decisión en cuestión, que merece incluso ser mencionadas en las *“altas paginas”* de la historia de la jurisprudencia constitucional italiana.

⁸¹⁸ *“Corraggiosa, deferente, ma netta”*, AMALFITANO, C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, en *Euroius.it*, 2017.

Partiendo de los razonamientos recordados en los párrafos anteriores, nadie puede dudar de una evidencia: que la Corte aprecia una nítida contradicción de la regla que deriva de la sentencia *Taricco* del Tribunal de Justicia con los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano (principio de legalidad y de división de poderes). Por consiguiente, lo obvio y previsible sería esperar que, si el Tribunal de Justicia confirmara *in toto* su previa lectura, en el sentido del deber de no aplicar el Derecho nacional, la sentencia de inconstitucionalidad de la normativa en cuestión seguiría de manera casi automática. No de otro modo cabe interpretar lo dicho por la Corte constitucional, que con el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial ha dictado una decisión mucho más que “interlocutoria”, utilizando afirmaciones de las que difícilmente podría retractarse. Es más: no resulta descabellado intuir que ha querido expresamente cerrarse las puertas a una revocación o reitramiento de su propia posición, infiriéndose que no tiene las más mínima intención de hacerlo.

La firme toma de posición va acompañada, no obstante, del ya mencionado tono “diplomático” y “cortés” del pronunciamiento (expresión esta última que serviría asimismo para el ATC 86/2011, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional español a propósito del caso Melloni), que se confirma por lo demás con la elección de un instrumento de colaboración y de diálogo, como el del reenvío prejudicial, en lugar del directo dictado de un pronunciamiento de inconstitucionalidad, que podría haberse recibido como un acto hostil y de oposición.

En este momento, como en una apasionante partida de ajedrez⁸¹⁹, es el turno del Tribunal de Justicia para mover pieza. La doctrina ya ha avanzado algunas posibles soluciones y diseñado diversos escenarios⁸²⁰.

⁸¹⁹ MANES, V., (*op. ult. cit.*) describe y reconstruye los hechos paragonándolos a un partido de ajedrez, observando como la Corte constitucional haya puesto en jaque al Tribunal de Luxemburgo; no se trataría sin embargo de un jaque mate, siendo muchas las posibles salidas y conclusiones.

⁸²⁰ El primero en el que el problema podría verse superado en razón de las recientes modificaciones legislativas aprobadas durante este tiempo en Italia; otro, definido como “diálogo pasivo”, en el caso de que el Tribunal de Justicia siguiera una interpretación “esterilizante” de la sentencia *Taricco* o al menos una relectura de la misma en el sentido de “taxativizar” los criterios allí enunciados; o también otro, del “diálogo activo”- definido ajedrecísticamente como “movimiento del caballo”- en el sentido de la máxima expansión de los derechos, es decir elevando la protección italiana al nivel de valor de la Unión Europea, y finalmente el de “enroque hacia atrás”, en el sentido de afirmar la propia jurisprudencia, situando a la Corte italiana en la tesitura de o bien desistir o bien seguir las propias afirmaciones y declarar la inconstitucionalidad (MANES, V., *op. ult. cit.*).

Sobre la hipótesis de considerar el principio de legalidad (así como interpretado en el Derecho italiano) como un principio general del Derecho de la Unión, interpretando el art. 49 de la Carta de los Derechos de forma que incluya también la prescripción y adquiriendo así en la Unión los valores comprendidos en el contra-límite afirmado/aplicado por Italia, véanse también AMALFITANO, C., *op. ult. cit.* y, más detenidamente, AMALFITANO, C., CONDINANZI, M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 176.

No queda ahora sino esperar que el Tribunal de Justicia se muestre abierto a continuar en el mismo camino del diálogo. Lo que, como es obvio, no significa la aceptación necesaria y plena de las sugerencias y posiciones mantenidas por la Corte, pero sí, cuando menos, un tono de cooperación que descarte un movimiento de enroque, de arrogancia o indignación, de reiteración engreída y sin matiz alguno de su propia posición.

El significado del diálogo entre los tribunales es precisamente el de limar los ángulos y aristas, sin pretender que una exigencia (por ejemplo, la de uniformidad) se imponga impasiblemente sobre las otras (por ejemplo, las tradiciones y los principios constitucionales del Estado miembro).

Así como es común que los componentes de un órgano colegiado busquen con espíritu de consenso y serenidad la solución que mejor pondere los diferentes valores comprometidos en un caso, así también en el diálogo entre los tribunales resultará útil este intercambio de decisiones, en la que cada una de las partes tiende a precisar mejor sus respectivas exigencias.

Por ello cabe calificar como un gran paso adelante la decisión de los Jueces constitucionales de autodefinirse como sujetos legitimados para proponer cuestiones prejudiciales y de hacerlo efectivamente, abandonando la previa posición de aislamiento para derivar, en cambio, a una práctica que, aunque pueda desembocar en un diálogo en divergencia, persiga la obtención de puntos de encuentro y favorezca, en todo caso, la colaboración.

Debe ser, en consecuencia, bien recibida la decisión del Juez constitucional italiano en el caso Taricco, celebrada, por ello, la formulación de una prejudicial europea antes de resolver de modo definitivo, permitiendo al Tribunal de Justicia responder desde un diálogo abierto. Sólo resta esperar que el Tribunal de Luxemburgo no cierre bruscamente esa cooperación entre Cortes (como hiciera desafortunadamente, a nuestro juicio, en el caso Melloni).

Se ha defendido que el Tribunal de Justicia también podría decidir, como vía de compromiso, limitar en el tiempo los efectos del propio pronunciamiento, estableciendo que la desaplicación debería valer sólo para los delitos cometidos tras la respuesta del mismo Tribunal a la cuestión prejudicial propuesta por la Corte italiana (AMALFITANO, *La vicenda Taricco* cit.).

En opinión de CUPELLI, *op. ult. cit.*, al Tribunal de Justicia queda elegir solo entre dos opciones: dar un paso atrás, aceptando la interpretación correctiva sugerida por la Corte constitucional italiana o seguir adelante en su camino, aceptando el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Considerazioni conclusive

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Considerazioni conclusive

Arrivati al termine di questa ricerca, cercheremo di fornire una visione d'insieme nonchè le nostre considerazioni finali in merito ai temi trattati in queste pagine, riferendoci ad ognuno dei cinque capitoli separatamente.

Capitolo primo

Il primo capitolo è stato dedicato ad una ricostruzione storica delle scelte operate dal Costituente e dal legislatore di attuazione tanto in Italia come in Spagna, in ordine alla individuazione del modello di giustizia costituzionale più idoneo a garantire, in ognuno dei due particolari momenti storici, la natura rigida della Costituzione.

Nella considerazione che oggetto e scopo della tesi sono l'analisi del livello di tutela garantito ai diritti fondamentali attraverso il controllo delle leggi attivato in via incidentale, è sembrato opportuno e necessario prestare particolare attenzione alla contrapposizione tra quella che abbiamo chiamato la "dimensione oggettiva", caratterizzata dalla finalità di eliminare leggi contrarie ai principi costituzionali in una logica essenzialmente astratta e la "dimensione soggettiva", maggiormente attenta invece alla tutela dei diritti costituzionali fatti concretamente valere nei giudizi *a quibus*.

Seguendo questa linea di investigazione, abbiamo quindi sottolineato come la scelta, in entrambe le esperienze, per un sistema accentrato, anziché diffuso, segni inequivocabilmente un punto a favore della natura oggettiva, ma come il vero momento qualificante debba essere individuato nella scelta delle vie di accesso al Giudice costituzionale e dei soggetti legittimati a ricorrere.

Abbiamo allora individuato, nell'esperienza italiana, due caratteristiche che la rendono del tutto particolare, se non addirittura unica.

La prima consiste nel fatto che - nonostante l'importanza fondamentale e decisiva della individuazione delle vie di accesso al Giudice costituzionale per la natura e la posizione istituzionale del medesimo nella forma di governo - la Costituzione non contenga alcuna indicazione in proposito, rinviando ad una futura legge costituzionale.

Questo significa che le decisioni fatte con riguardo alla composizione ed al funzionamento della Corte costituzionale (specie alla efficacia delle decisioni) vengono assunte senza che sia chiaro quale sarà l'accesso alla giustizia costituzionale.

La seconda è rappresentata dal fatto che le vie di accesso che saranno poi determinate dalla legge costituzionale n. 1 del 1948 daranno luogo ad un sistema per il quale la via incidentale non sarà, al pari di altre esperienze europee coeve o successive, solo una delle vie di accesso, bensì sostanzialmente l'“unica” via di accesso, stante la mancata attuazione per oltre venti anni delle regioni ordinarie (che rappresentano l'altra via di accesso per il controllo delle leggi).

Ciò avrà una notevole ripercussione sull'attività della Corte costituzionale, che si trova ad operare ed a costruire il proprio ruolo quasi esclusivamente sui giudizi in via incidentale e sulle analisi della dottrina che, di conseguenza, avranno gli stessi come principale oggetto di riflessione.

Questi elementi ci hanno indotto a ritenere corretta la qualificazione del sistema italiano come “il sistema accentrato più diffuso” tra le diverse esperienze europee, dal momento che la via incidentale è espressiva, in un sistema accentrato, del carattere diffuso (per questo infatti si parla anche di un “sistema accentrato ad iniziativa diffusa”).

Lo studio in parallelo dell'ordinamento spagnolo, al contrario, ci ha mostrato un sistema di giustizia costituzionale nel quale il Costituente scelse, probabilmente influenzato dall'esperienza tedesca, di far convivere una pluralità di vie d'accesso alla giustizia costituzionale, ognuna di esse tra l'altro diretta ad una finalità ben individuata: la depurazione dell'ordinamento (attraverso il controllo *a posteriori* di legittimità costituzionale della legge utilizzando il ricorso o la questione di incostituzionalità, nonché un controllo *a priori* dei trattati internazionali), la risoluzione dei conflitti fra livelli territoriali ed infine uno strumento destinato specificamente alla tutela diretta dei diritti fondamentali e azionabile dal singolo, il ricorso d'*amparo* costituzionale.

Di notevole importanza quindi ci è apparsa la comparazione di uno stesso strumento (le cui discipline, come vedremo in questo stesso primo capitolo, concordano in moltissimi aspetti nei due Paesi) in due situazioni temporali, storiche ed istituzionali così differenti.

Proprio su questo aspetto abbiamo voluto sottolineare come il valore dell'utilizzo del giudizio incidentale per la tutela dei diritti non verrebbe sminuito in

ragione della previsione di un sistema di giustizia costituzionale che già stabilisce un accesso diretto al Tribunale costituzionale per questo stesso scopo; ma come in realtà la questione di costituzionalità debba considerarsi uno strumento in certi casi ancora più idoneo che l'*amparo* per proteggere i diritti dell'individuo, dato che permette di superare quelle limitazioni "materiali" imposte dalla Costituzione e dalle leggi spagnole al ricorso di *amparo* costituzionale, dal momento che, come noto, solo alcuni diritti sono tutelabili attraverso lo strumento dell'*amparo*.

Sempre con riguardo al sistema spagnolo, ci siamo soffermati su alcuni momenti significativi del dibattito costituente. Da un lato abbiamo risaltato come nei lavori preparatori una delle incertezze fosse se permettere a tutti i giudici o solo alle più alte magistrature (come avveniva nell'esperienza precedente del *Tribunal de garantías constitucionales*) di sollevare un dubbio di costituzionalità davanti al Tribunale Costituzionale. La scelta nel senso della prima opzione, come vedremo, assicurerà una maggior protezione dei diritti fondamentali grazie a un più agile accesso alla giurisdizione costituzionale.

Dall'altro lato, il Costituente si interrogò anche sull'opportunità di prevedere la possibilità di sollevare una questione di illegittimità costituzionale a istanza di parte accanto a quella d'ufficio da parte del giudice ordinario. A nostro giudizio, questa circostanza può considerarsi un'altra delle prove che incontreremo durante questo studio della scarsa valorizzazione nell'ordinamento spagnolo al ruolo della parte, destinata per fortuna a evolvere invece in senso sempre più garantista con il passare del tempo.

Una sorta di cartina di tornasole, relativamente alla scelta tra quella che alcuni autori hanno definito l'"anima oggettiva" e quella "soggettiva", e che noi abbiamo denominato "dimensione" soggettiva o oggettiva, abbiamo ritenuto di poterla individuare nella presenza di specifiche regole processuali e soprattutto nel rispetto delle stesse da parte dei due Giudici costituzionali.

Questo sul presupposto che nel primo caso risulta abbastanza comprensibile che le regole processuali siano considerate solo aventi un carattere indicativo e non necessariamente vincolante, mentre se l'interesse del giudizio costituzionale è quello di tutelare i diritti fondamentali, la conclusione parrebbe dover essere di segno opposto.

Al di là ed oltre le posizioni espresse in proposito dalla dottrina italiana e spagnola, ci è sembrato decisivo per dare una risposta in un senso o nell'altro circa il

rispetto delle regole processuali da parte delle Corti costituzionali, procedere con un'analisi della esperienza ormai ultrasessantennale della giustizia costituzionale in Italia e di quella degli ultimi (quasi) quarant'anni in Spagna.

Un quadro sintetico della disciplina relativa al giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale mostra infatti come in essa è possibile trovare elementi che possono essere intesi come caratterizzanti un giudizio "oggettivo", mentre altri che tenderebbero al contrario a mostrare una sensibilità maggiormente "soggettiva", tali che hanno permesso di evidenziare la natura "ibrida", sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo, di questo specifico strumento.

Da qui la conclusione che il modo come il giudizio incidentale si è davvero atteggiato in Italia e in Spagna non possa che derivare da un esame "sul campo" e con questa finalità i diversi profili di interesse sono stati raggruppati intorno a tre figure principali: il giudice (capitolo II), le parti (capitolo III) e il Giudice costituzionale (capitolo IV).

L'ultimo capitolo è dedicato ai riflessi e ripercussioni che, specie negli ultimi anni, la tutela sopranazionale dei diritti ha esercitato sul giudizio in via incidentale (capitolo V).

Capitolo secondo

La verifica del grado di tutela dei diritti fondamentali realizzato attraverso la via incidentale, è stata portata avanti nel secondo capitolo ponendo al centro dell'indagine la figura del giudice comune ed in particolare la fase del giudizio di costituzionalità della legge che si svolge davanti al giudice *a quo*.

La finalità della ricerca è stata quella di esaminare i maggiori problemi e le principali situazioni "sensibili" per una misurazione del livello di tutela offerto e di verificare quali siano state nel tempo le soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola, per poter quindi concludere se tali soluzioni siano state in grado, ed in che misura, di garantire i diritti fondamentali fatti valere nel giudizio costituzionale.

Lo studio ha individuato in particolare i seguenti momenti caratterizzanti: la nozione di "giudice" e di "giudizio", le condizioni richieste affinché sorga nel giudice il

potere-dovere di proporre la eccezione di costituzionalità, l'oggetto del giudizio e quindi le situazioni denunciabili, ed infine il provvedimento con cui l'autorità giudiziaria rimette la questione alla Corte.

Con riguardo alla nozione di “giudice” e di “giudizio”, è stato riscontrato come in Italia nei primi quindici anni di funzionamento della giustizia costituzionale (1956-1971) era prevalsa l'esigenza di depurare l'ordinamento dalla legislazione fascista ancora in vigore e chiaramente in contrasto con la “nuova” Costituzione e, di conseguenza, l'“anima oggettiva” del controllo di costituzionalità.

Da ciò l'esigenza di incentivare i giudici - poco sensibili ai nuovi valori costituzionali in quanto formati sotto il precedente regime e inesperti del meccanismo della pregiudizialità costituzionale – a sollevare questioni di costituzionalità, condizione indispensabile perché la Corte costituzionale potesse esercitare il compito di defascistizzazione dell'ordinamento, dal momento che, come detto, si trattava dell'unica via attraverso la quale portare una legge all'esame della Corte.

In ragione di ciò la nozione di “giudice” aveva ricevuto un'interpretazione larga e generosa.

Successivamente la giurisprudenza costituzionale ha elaborato una nozione più ristretta di “giudice”, in considerazione della avvenuta eliminazione delle leggi fasciste, della conoscenza e diffusione tra i giudici del meccanismo incidentale e dell'aumentare della concretezza del giudizio costituzionale e, con essa, della sua “anima soggettiva”.

Come situazione emblematica del diverso atteggiarsi della Corte nei due differenti momenti abbiamo ritenuto di indicare quella relativa agli eventuali vizi del procedimento *a quo* oppure contenuti nello stesso provvedimento di rinvio, i quali nella prima delle due fasi indicate venivano ignorati o valutati con molta indulgenza da parte del Giudice costituzionale, a differenza di quanto invece accaduto successivamente allorché la Corte ha invece proceduto a sanzionare i vizi presenti nel giudizio principale, seppur richiedendo che gli stessi avessero carattere di “evidenza”.

Anche nella giurisprudenza costituzionale spagnola si è potuta rilevare una evoluzione, in questo caso nel senso di interpretare in modo più o meno ampio il concetto di giudizio, piuttosto che quello di giudice come avvenuto nel caso italiano. Abbiamo quindi riconosciuto tre diverse tappe di questa evoluzione: se nei suoi primi anni di funzionamento, il *Tribunal Constitucional* ha interpretato in senso restrittivo il

concetto di giudizio, negli anni novanta è sembrato superare quella “qualificazione dogmatica di una attuazione giudiziaria come processo” che finiva per negare la legittimità a determinati giudici (nel caso specifico, giudici che esercitavano un ruolo esecutivo/amministrativo) a sollevare un dubbio di costituzionalità di fronte al Costituzionale. Tuttavia, in una fase più recente, il *Tribunal* torna sui suoi passi, riaffermando una interpretazione meno ampia della nozione di “giudizio”. Rispetto a queste vicende, abbiamo messo in evidenza come durante la seconda tappa il Tribunale Costituzionale consenta una lettura più permissiva del requisito in questione proprio in quei casi in cui era in gioco la effettiva garanzia di un diritto fondamentale delle parti del processo *a quo*.

Una caratteristica che ci è sembrato opportuno sottolineare ed analizzare in tutte le specifiche figure nelle quali essa si è concretamente realizzata, è stata la individuazione, da parte della giurisprudenza costituzionale, di una figura “artificiale” di “giudice”, vale a dire di un giudice che è tale solamente “ai limitati fini del giudizio incidentale” (per utilizzare l’espressione impiegata comunemente dalla Corte italiana, ma perfettamente applicabile anche all’ordinamento spagnolo), vale a dire ai fini della legittimazione a proporre questioni di costituzionalità.

E’ stata quindi svolta un’analisi di tipo casistico, raggruppando in primo luogo le questioni a seconda che l’ipotesi concreta fosse presente in entrambi i Paesi o fosse un caso specifico e caratteristico di una delle due esperienze, con l’intenzione di trovare punti di contatto o di divergenza.

Accanto alla legittimazione come giudice *a quo*, in entrambi gli ordinamenti, della Corte dei Conti (*Tribunal de Cuentas*, in Spagna) quando svolga attività giurisdizionale o di controllo e di quella della stessa Corte costituzionale italiana, abbiamo accennato alla specifica previsione spagnola che permette la denominata “auto-questione di incostituzionalità”, sollevata direttamente dal Costituzionale per dubbi di legittimità costituzionale di una legge che siano stati rilevati durante un ricorso di *amparo*.

Particolare attenzione è stata quindi dedicata al caso degli arbitri, tanto per la loro particolare natura come per la differente interpretazione data dalle due Corti costituzionali in merito ad una loro legittimazione a sollevare questione di legittimità

costituzionale. Secondo la Corte italiana, in effetti, questi sarebbero legittimati a sollevare eccezioni di costituzionalità, anche se certamente non qualificabili come giudici, ai quali anzi si pongono in posizione alternativa. L'interpretazione della giurisprudenza costituzionale spagnola, invece, esclude da sempre una loro legittimazione, anche se, come abbiamo evidenziato, la dottrina ed il legislatore hanno provato a dare soluzioni diverse e meno categoriche, anche in considerazione, spesso, della posizione assunta in Italia dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

Siamo quindi passati all'analisi di alcune ipotesi specifiche presenti in ognuno dei due ordinamenti giuridici in esame: la giurisdizione militare, quella volontaria o alcuni organi "consuetudinari" in Spagna, e la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura in Italia.

Sempre per quanto riguarda l'esperienza italiana, ci siamo anche soffermati sul caso del Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Capo dello Stato, la cui vicenda è altresì caratterizzata dal fatto di essere l'unico caso in cui la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità non è derivata dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte, ma è stata prevista direttamente dalla legge.

L'esame delle condizioni richieste per la corretta proposizione della questione di costituzionalità e la loro elaborazione giurisprudenziale sono stati condotti allo scopo di individuare momenti di maggiore o minore sensibilità per la tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

Sovente in dottrina ed anche in giurisprudenza si fa riferimento alle condizioni della "incidentalità", della "pregiudizialità" e della "rilevanza" in un significato spesso analogo, quando non addirittura identico, rischiando così di non tenere in conto le differenze di significato che tali nozioni invece esprimono.

Per questo abbiamo invece ritenuto opportuno di trattare separatamente le singole figure, con la finalità di identificare i problemi ai quali ognuna di loro ha dato luogo e le soluzioni che sono state offerte dalla giurisprudenza.

Così con riferimento alla "incidentalità" sono state evidenziate le conseguenze derivanti dalla nozione di "giudizio", ricordando l'importante e recente questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione italiana nell'ambito di un giudizio previsto per la sola enunciazione di un principio di diritto nell'interesse oggettivo della legge.

Per la “pregiudizialità” è stata menzionata la giurisprudenza costituzionale italiana, da molto tempo consolidata nel ritenere necessaria una differenza di “*petitum*” tra il giudizio principale e quello costituzionale, nel senso di escludere la possibilità di ricorrere davanti ad una autorità giudiziaria con il solo scopo di chiedere alla stessa di proporre una questione di costituzionalità.

La conclusione tratta è stata nel senso di rilevare come tale giurisprudenza possa pertanto risolversi in una limitazione dei diritti della persona, in tutte quelle situazioni nelle quali il motivo di ricorso sia proprio e solo la eliminazione della legge.

Sempre rispetto a questi temi, abbiamo ricordato come il *Tribunal Constitucional* si sia espresso in termini molto precisi nello smentire quella parte della dottrina che ha tentato di dimostrare la non pregiudizialità della questione di incostituzionalità e come abbia sempre dichiarato il carattere necessariamente pregiudiziale della stessa.

Infine abbiamo ricostruito, attraverso la giurisprudenza costituzionale e i contributi della dottrina, quale debba considerarsi il concetto di “rilevanza”.

Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, è stato possibile precisare come tale concetto si sia attestato su una nozione stretta di rilevanza che ha così esaltato la necessaria concretezza della questione, assai lontana da quella nozione elaborata da autorevole dottrina (Gustavo ZAGREBELSKY) secondo la quale la rilevanza sarebbe dovuta essere una condizione non sempre necessaria, specie quando vengono in considerazione diritti fondamentali ed è previsto un controllo delle leggi in base al quale la legge deve essere applicata fintanto che non sia dichiarata incostituzionale.

Certamente una nozione stretta di rilevanza – come necessaria influenza che il giudizio costituzionale deve esercitare sul processo principale e nel senso che l’eventuale dichiarazione di incostituzionalità deve poter condurre alla disapplicazione nel giudizio a quo della norma dichiarata – esprime il momento di contatto con il caso concreto e quindi l’“anima soggettiva” del giudizio costituzionale.

Anche la giurisprudenza spagnola si è espressa nel senso di attribuire al requisito in questione la funzione di nesso, di legame fra la fase che si svolge davanti al giudice comune e quella di fronte al *Tribunal Constitucional*. Affiancata da un’altra importante condizione (quella della applicabilità), la rilevanza in Spagna è stata individuata nel senso che la norma impugnata debba essere necessaria per la soluzione del caso. Ma

non solo. Avvicinandosi alla interpretazione italiana, dottrina autorevole e giurisprudenza costituzionale hanno individuato una “biforcazione” del concetto di rilevanza, per la quale non sarebbe sufficiente la applicazione di questo criterio alla sola norma, ma anche (e diremmo soprattutto) alla decisione del *Tribunal Constitucional* rispetto alla risoluzione del caso concreto.

Abbiamo quindi portato avanti la nostra indagine concentrandoci su alcuni aspetti particolarmente significativi che riguardano i requisiti richiesti per la corretta proposizione della questione di costituzionalità, in particolare l'ultimo analizzato.

In primo luogo ci siamo interrogati sulla possibilità che le Corti costituzionali possano intervenire nella valutazione della sussistenza della rilevanza in un determinato caso concreto, nonché il momento nel quale è necessario svolgere tale accertamento da parte del giudice comune.

Alla scelta del *Tribunal Constitucional* di intervenire solo quando l'assenza di tale requisito appare *ictu oculi*, è invece contrapposta, quella della Corte costituzionale che è arrivata a valutare, in certi casi ed in maniera spesso assai specifica e puntuale, la sussistenza nella specie della rilevanza. Ciò può condurre ad una situazione che può pregiudicare proprio la tutela dei diritti fatti valere, in quanto il giudice che ha ritenuto di dover applicare una certa disposizione per decidere il caso ad esso sottoposto si sente rispondere dalla Corte che egli non deve fare utilizzo di quella norma. Facile capire la situazione in cui si trova quel giudice che continua ad essere al contrario convinto di doverla applicare.

In secondo luogo è stato approfondito il tema della necessità o meno che la rilevanza permanga fino al momento della decisione del Giudice costituzionale, con ricaduta circa il legame che unisce la fase *a quo* e quella davanti al Giudice costituzionale. E, sorprendentemente, ci siamo trovati davanti ad un elemento che si pone in direzione opposta alla più diffusa concezione della natura del giudizio incidentale rispettivamente in Italia e in Spagna.

In effetti, abbiamo riscontrato che in Italia, dove la maggior parte degli interpreti propende per la valorizzazione della “dimensione soggettiva” del giudizio incidentale, è senza dubbio ispirato invece alla “dimensione oggettiva” il filone giurisprudenziale che abbiamo ritenuto di dover segnalare, relativo al momento in cui va valutata la sussistenza del requisito della rilevanza. La Corte costituzionale lo identifica, infatti,

esclusivamente nel momento in cui il giudice solleva la questione, a nulla rilevando atti o fatti sopravvenuti (ad esempio la morte di un imputato nel giudizio penale o la transazione della causa in quello civile) che rendono la questione certamente non più rilevante per il procedimento *a quo* (c.d. irrilevanza sopravvenuta).

Al contrario, invece, la giurisprudenza costituzionale spagnola ha optato per una strettissima relazione di dipendenza fra le due fasi del processo, che può apparire contrastante con l'orientamento maggioritario che vede la questione di costituzionalità come uno strumento principalmente diretto alla tutela oggettiva della Costituzione e alla depurazione dell'ordinamento dalle leggi con essa in collisione, anche se con una genesi concreta. Abbiamo quindi verificato come atti o fatti sopravvenuti che portano alla conclusione del processo *a quo*, determinano anche la chiusura della fase di quello *ad quem* per perdita del requisito della rilevanza della questione nel caso concreto, contribuendo a rafforzare la "dimensione soggettiva" del giudizio incidentale in Spagna.

Con riferimento agli aspetti "sensibili" relativi all'oggetto del giudizio costituzionale, abbiamo proceduto ad una distinzione tra quelle ipotesi in cui la violazione del diritto lamentato non è imputabile o comunque ricollegabile direttamente ad una legge.

E' il caso, giunto molte volte al giudizio della Corte costituzionale, delle situazioni di mero fatto, delle situazioni patologiche o frutto di una errata o distorta interpretazione della legge.

La Corte costituzionale ha sempre, con fermezza, escluso la possibilità che queste situazioni possano in qualche misura essere giudicate dalla stessa.

Allo scopo di fornire una chiara idea di quali siano le situazioni che, in questo senso, sono state portate all'esame della Corte costituzionale, abbiamo ritenuto opportuno riportare in nota un ampio campionario delle stesse.

Uguale trattamento ha avuto, salvo il caso che ricorderemo tra poco, l'ipotesi in cui la violazione di un diritto sia imputabile non ad una legge, bensì alla mancanza della stessa, vale a dire ad una omissione del legislatore.

Anche in questo caso la Corte italiana ha escluso di poter intervenire, salvo il parziale rimedio che può essere visto nelle dichiarazioni di incostituzionalità di una legge "nella parte in cui *non* prevede che...". Il *Tribunal* spagnolo invece, è solito utilizzare in questi casi la tecnica della dichiarazione di incostituzionalità senza nullità o

quella dei “moniti” al legislatore (a volte entrambe congiuntamente), che sono oggetto di uno studio a fondo nel quarto capitolo.

Una riflessione ben più approfondita è stata quindi dedicata alla individuazione di alcune particolari categorie di atti aventi forza di legge, le quali, proprio per le loro peculiari caratteristiche, hanno posto problemi per la tutela effettiva dei diritti della persona.

Il primo fenomeno analizzato è stato quello relativo al decreto legge, la cui limitata vigenza (sessanta giorni nell’ordinamento italiano e addirittura solo trenta in quello spagnolo) poneva, all’evidenza, problemi di verifica di costituzionalità attraverso la via incidentale, essendo i tempi del giudizio costituzionale certamente più lunghi rispetto a quelli di vigenza del decreto.

Abbiamo di conseguenza ripercorso il lungo cammino della giurisprudenza costituzionale italiana, indicando le tappe fondamentali nella pronuncia del 1995, che, innovando la precedente giurisprudenza, ha ritenuto possibile il sindacato del decreto legge anche successivamente alla sua decadenza, in quelle del 1996 sull’“effetto trasferimento” e sulla reiterazione dei decreti nel medesimo testo, fino alle due “storiche” dichiarazioni di incostituzionalità per “evidente mancanza” delle condizioni di necessità ed urgenza avvenute nel 2007 e nel 2008.

In Spagna, invece, si è rimarcato come la presenza di altre vie di accesso alla giustizia costituzionale per la verifica della costituzionalità degli atti avente forza di legge (nello specifico, il ricorso di incostituzionalità) abbia condotto ad uno scarso controllo di questa fonte legislativa attraverso il giudizio incidentale, che si è dedicato soprattutto all’esame del rispetto dei requisiti imposti dalla Costituzione spagnola (però sempre, come sottolinea il TC, con il dovuto rispetto delle scelte discrezionali del potere esecutivo).

E’ stato quindi oggetto di analisi il caso delle c.d. leggi-provvedimento, di interesse per il tema della tesi in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito nelle sue previsioni di tipo particolare e derogatorio. Meritevole quindi di segnalazione l’atteggiamento della Corte e del *Tribunal*, che hanno ritenuto che il sindacato debba, in questi casi, essere tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimentale dell’atto legislativo sottoposto a controllo.

Una possibile violazione dei diritti fondamentali, individuabili in particolare nel diritto di difesa e nel principio di legittimo affidamento del cittadino, può derivare da quelle leggi (piuttosto comuni in Italia) che, prive di un apparente contenuto innovativo, si limitano a fornire l'interpretazione autentica di altra legge già in vigore.

Spesso infatti il fenomeno nasconde la volontà del potere legislativo di liberarsi di interpretazione scomode (o che determinano un incremento di spesa per le casse dello Stato) che si stanno consolidando nei procedimenti – semmai ancora pendenti – davanti all'autorità giudiziaria.

Di conseguenze tali leggi sono in realtà pseudo-interpretative ma in realtà innovative, dal momento che il significato attribuito ad una legge già in vigore non è il frutto di una interpretazione, spesso non consentita dalla lettera della legge, ma della volontà di cambiare il testo.

La situazione si manifesta, ai nostri fini, particolarmente interessante e densa di significati in quanto la legge di interpretazione autentica è una legge i cui effetti retroagiscono al momento dell'entrata in vigore della legge interpretata.

Al proposito abbiamo tenuto ad evidenziare la posizione, specie nei primi anni, scarsamente garantista della Corte costituzionale, ricordando quella giurisprudenza, poi fortemente attenuata, di eccessivo rispetto per le scelte discrezionali del legislatore, svalutando quasi del tutto la natura innovativa della legge di interpretazione sul presupposto della inesistenza, a livello costituzionale, di un principio di irretroattività della legge (se non in campo penale).

La determinazione dell'oggetto della questione di costituzionalità nelle “leggi ed atti aventi forza di legge” avrebbe potuto condurre, per quanto riguarda nello specifico l'ordinamento italiano, ad una esclusione della possibilità di portare davanti alla Corte costituzionale la violazione di diritti fondate sia su leggi formalmente costituzionali, sia su fonti regolamentari di natura secondaria.

Per questo abbiamo ritenuto di dover segnalare il diverso atteggiamento tenuto in proposito dalla Corte costituzionale la quale, mentre ha ammesso di poter controllare attraverso la via incidentale la conformità alla Costituzione di leggi formalmente costituzionali, ha invece, senza eccezioni, escluso di poterlo fare nei confronti delle fonti regolamentari, determinando una chiara limitazione della tutela dei diritti coinvolti, allorché si intenda agire nei riguardi dei c.d. regolamenti indipendenti, i quali

vengono a porsi in una posizione immediatamente subordinata alla Costituzione, senza la mediazione della legge. Il *Tribunal Constitucional* ha invece affermato la possibilità di controllare le fonti secondarie, ma solo quello che siano una riproduzione fedele del contenuto di una legge, e che tale circostanza debba essere resa manifesta da parte del giudice comune.

Lo studio relativo all'oggetto della questione di costituzionalità non poteva prescindere dal fornire, seppur brevemente, una riflessione sulle fonti che provengono dall'ordinamento sovranazionale, nonché, per quanto riguarda la Spagna, una menzione all'introduzione nel 2010 di una nuova competenza del *Tribunal Constitucional* che ha comportato una sostanziale estensione del controllo incidentale anche nei confronti di una specifica fonte normativa di rango secondario: le Norme Forali fiscali dei territori storici di Álava, Guipúzcoa e Vizcaya.

Il provvedimento con il quale si chiude la fase davanti al giudice *a quo* e si apre quella davanti alla Corte costituzionale viene ad assumere un grande interesse per la posizione sostanziale della parte del processo che può ricevere una tutela dei suoi diritti dalla decisione della Corte costituzionale.

Questo deriva anche dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha sempre escluso che il *thema decidendum* potesse essere ampliato oltre i confini – determinati dalla normativa impugnata e dai parametri costituzionali richiamati - fissati nell'ordinanza di rinvio ed ha sostenuto il carattere di autosufficienza dello stesso provvedimento, escludendo quindi aggiunte o integrazioni successive o tratte da altre fonti.

Per quanto riguarda l'esperienza spagnola, l'analisi si è concentrata poi maggiormente sugli effetti sospensivi che derivano dall'ordinanza di rinvio nel giudizio ordinario e sulle interpretazioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima, e dal legislatore poi.

In merito all'esperienza italiana, oltre al richiamo della suddetta giurisprudenza costituzionale, abbiamo segnalato due fenomeni, entrambi tali da incidere negativamente sulla tutela dei diritti che si intende far valere attraverso la proposizione della questione di costituzionalità.

Il primo è quello dei ritardi, in alcuni casi di durata superiore addirittura ai dieci anni, con cui l'ordinanza viene trasmessa alla cancelleria della Corte, tali da allontanare enormemente il tempo della decisione e quindi la possibilità di incidere realmente sul diritto fatto valere nel giudizio *a quo*.

Il secondo consiste invece nei casi in cui la questione di costituzionalità viene strumentalmente utilizzata in modo da determinare una lesione del diritto che si intende far valere.

E' riportato in proposito il caso del giudice tutelare che - con riguardo alla disciplina dell'aborto della minorenni che richiede, in caso di assenza del consenso dei genitori, l'autorizzazione di tale giudice - era solito sollevare la questione di costituzionalità allo scopo di impedire alla minorenni di abortire, dal momento che l'interruzione deve necessariamente intervenire entro i primi tre mesi di gravidanza, quando certamente un tempo certamente inferiore a quello necessario per poter ricevere comunque una risposta da parte del Giudice costituzionale.

Volendo trarre in sintesi qualche conclusione circa il livello di tutela dei diritti della persona garantito dal controllo sulla legge in via incidentale, con riguardo ai dati "sensibili" ricavabili attraverso la "finestra" del giudice e del giudizio a quo analizzati nel secondo capitolo, può affermarsi che - pur in presenza di elementi favorevoli che si alternano ad altri espressivi di limitazioni, che abbiamo puntualmente posto in evidenza - il giudizio deve ritenersi senza dubbio assolutamente positivo.

A tal fine possiamo ricordare alcuni momenti "sintomatici", relativi alle tematiche esaminate nel capitolo.

Fra questi la particolare sensibilità per la tutela dei diritti concretamente coinvolti, mostrata attraverso la individuazione di "giudici ai limitati fini del giudizio costituzionale", indicativa dell'attenzione ad una giustizia sostanziale ed a coprire lacune, permettendo al Giudice costituzionale di intervenire su leggi e quindi su situazioni che altrimenti sarebbero sfuggite dal suo controllo (basti pensare alle leggi di spesa, a proposito della legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo oppure ai giudizi arbitrali).

Ugualmente può dirsi per il superamento di una rigida nozione di rilevanza, quando ci si è accorti che la stessa avrebbe nella sostanza condotto ad una limitazione della tutela dei diritti coinvolti, come è avvenuto nel caso delle norme penali di favore e soprattutto nel caso del giudizio cautelare per il quale il giudice si era trovato nella

alternativa fra sollevare la questione di costituzionalità, sacrificando la tutela cautelare oppure fare applicazione di una norma della cui costituzionalità egli dubitava.

Altrettanto, di recente, può valere per l'abbandono del criterio della necessaria differenza di petitum fra quello presente nel giudizio principale e quello del giudizio costituzionale, allorchè si è trattato di garantire un diritto fondamentale quale quello del voto, con la dichiarazione di incostituzionalità prima della legge elettorale del 2005 (c.d. porcellum) e poi ancora di quella del 2015 (c.d. Italicum).

Pur non inserendosi direttamente fra quelle ipotesi che permettono di determinare direttamente il grado di sensibilità raggiunto dallo stesso Tribunal Constitucional nella tutela dei diritti attraverso la via incidentale, particolarmente significativo per le nostre conclusioni ci è sembrato anche il caso spagnolo risolto nella sentenza 83/2015, per comprendere come davvero alla questione incidentale possa attribuirsi, sia pure indirettamente e "a contrario", un ruolo nella protezione dei diritti e degli interessi delle parti. Infatti, se una soddisfazione extra-processale degli stessi porta alla "perdita" delle ragioni alla base del giudizio incidentale, è evidente lo stretto legame del processo costituzionale con gli interessi presenti nel caso concreto.

Anche la esclusione di una verifica ed eventuale sanzione per le omissioni del legislatore ha visto un parziale ridimensionamento nella particolare vicenda attinente al c.d. divorzio imposto, nella quale la Corte costituzionale ha finito in sostanza per dichiarare incostituzionale proprio una omissione legislativa: quella relativa ad una legge che riconoscesse e garantisse i diritti per la coppia omosessuale, disciplinandone lo status e quindi rendendo possibile la loro "vita familiare".

Riguardo ai particolari atti aventi forza di legge, non può non essere sottolineato il grande merito di aver eliminato una "zona franca" della giustizia costituzionale quale era rappresentata dalla decretazione d'urgenza, in considerazione dell'abuso fatto della stessa da parte del governo italiano ed in particolare della reiterazione del decreto nello stesso testo che, attraverso la violazione della natura provvisoria del decreto legge, poteva determinare una violazione di un diritto della persona protratto anche a lungo, ma non sanzionabile in quanto l'atto normativo cui la violazione era imputabile era diverso ogni sessanta giorni. La soluzione è stata individuata prima con il c.d. effetto trasferimento (la questione era trasferita dal decreto impugnato a quello, reiterato, in vigore al momento della decisione della Corte

– tecnica conosciuta e utilizzata anche dal Tribunale Costituzionale spagnolo) poi con la dichiarazione di incostituzionalità della prassi della reiterazione.

Per quanto riguarda la particolare fonte delle leggi-provvedimento, da segnalare senza dubbio l'importanza, per una maggiore tutela degli interessi e dei diritti degli individui, di quella giurisprudenza del Tribunal Constitucional che ha superato, ammettendo l'eccezione di costituzionalità, la visione restrittiva di una parte della dottrina che considerava inammissibile una questione di costituzionalità avente ad oggetto questo specifico atto in ragione dell'assenza di due petita autonomi nelle due fasi processuali.

Pure con riguardo alle leggi di interpretazione autentica, specificità italiana, la più recente giurisprudenza costituzionale si è mostrata maggiormente sensibile ai diritti coinvolti ed al principio di affidamento del cittadino, anche se in questo caso, come abbiamo cercato di evidenziare, la Corte costituzionale si è mossa sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo che aveva in varie occasioni condannato l'Italia per violazione della CEDU.

In conclusione la presenza ed il modo di essere dei diritti fondamentali è dovuto principalmente alla elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale e, per quanto concerne i temi affrontati nel capitolo, al ruolo essenziale svolto dal giudice ed alla sensibilità da questo mostrata nel proporre questioni di costituzionalità.

Nel modello italiano infatti se la scelta, più o meno consapevole, a favore di una sola via di accesso (quella incidentale) ha significato consegnare ai giudici (i "portieri" di Piero Calamandrei) le sorti della giustizia costituzionale che stava nascendo e fare quindi una "scommessa" sulla loro sensibilità costituzionale, credo si possa concludere senza dubbio che, dopo oltre sessanta anni di funzionamento, la scommessa può dirsi vinta.

Nel modello di giustizia costituzionale disegnato dal Costituente e poi successivamente attuato e specificato dalla normativa di attuazione, al giudice, come abbiamo sottolineato, venivano attribuiti due diversi ruoli, seppure tra loro strettamente connessi: quello di operare un "filtro" rispetto alle richieste delle parti, ad evitare che la giustizia costituzionale si risolvesse in una sorta di ribellione del cittadino alla legge e garantire che alla Corte fossero inviate solo questioni concrete e

dotate di un qualche fondamento, nonché quello di farsi lui stesso “promotore” della esigenza di eliminare leggi incostituzionali e di tutelare quindi i diritti fondamentali coinvolti.

Nella pratica attuazione della giustizia costituzionale in Italia la figura che ha nettamente prevalso, come si cercato di dimostrare, è stata la seconda, che ha certamente offuscato quella del giudice-filtro. Moltissime infatti le questioni sollevate d’ufficio dal giudice, il quale, anche di fronte all’istanza di parte, ha sempre poi riformulato e trasformato la eccezione di costituzionalità.

Nel modello spagnolo la presenza di molteplici vie d’accesso non ha comunque impedito, come abbiamo avuto modo di dimostrare, che i giudici comuni sviluppassero una evidente sensibilità nei confronti dell’utilizzo del giudizio incidentale.

Da un lato abbiamo osservato come anche in Spagna i giudici comuni si siano atteggiati potremmo dire quasi esclusivamente come promotori delle questioni incidentali di costituzionalità, spesso addirittura come assoluti domini della stessa. Tuttavia, è evidente come gli interessi delle parti del giudizio a quo siano stati gradualmente rivalutati dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, che ha iniziato recentemente a dichiarare vulnerato il diritto alla tutela giudiziaria effettiva e quindi a concedere l’amparo costituzionale in quelle situazioni nelle quali il giudice ordinario non abbia sufficientemente motivato la decisione di non sollevare una questione di incostituzionalità proposta a istanza di parte, contribuendo così a propiziare una maggior attenzione ai diritti delle parti anche da parte del giudice comune.

Dall’altro lato è stato possibile dimostrare come questo tipo di processo costituzionale abbia favorito una relazione virtuosa fra giudici comuni e Giudice costituzionale. Ne è una dimostrazione l’interpretazione “duttile” realizzata in certe situazioni dal Tribunal Constitucional degli effetti sospensivi dell’ordinanza di rimessione, per ottenere la massima tutela possibile dei diritti delle parti del processo a quo. Infatti, il giudice ordinario, anche dopo aver sollevato un dubbio di costituzionalità, ha la possibilità di adottare le misure cautelari opportune a quello scopo. Una diversa interpretazione avrebbe potuto condurre gli organi giudiziari a evitare in molte occasioni di sollevare la questione di incostituzionalità.

Nella esperienza italiana più recente si è venuta, inoltre, a realizzare una ulteriore ed in parte nuova funzione del giudice, quale risultato della valorizzazione

della sua funzione di interpretazione, attraverso l'invito, poi trasformato in obbligo, a sperimentare, prima di sollevare la questione, la percorribilità di una lettura della disposizione impugnata in conformità alla Costituzione, perché "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali".

Nonostante autorevole dottrina (Giuseppe Ugo RESCIGNO) abbia sollevato il sospetto che, attraverso la suddetta giurisprudenza, si sarebbe illegittimamente trasformato il modello di giustizia costituzionale caratterizzato dalla natura accentrata del giudizio di costituzionalità, appare indubbio come la valorizzazione della interpretazione conforme abbia determinato come risultato un innalzamento del livello di tutela, il quale spesso era stato impedito alla Corte costituzionale dal timore di determinare, attraverso l'intervento demolitorio della incostituzionalità, una situazione in generale peggiore rispetto alla precedente. Da qui la preferenza per una soluzione caso per caso e per la giustizia del caso concreto, operata meglio dal giudice attraverso l'interpretazione conforme.

Lo stesso, mutatis mutandis, può dirsi per gli spazi lasciati al giudice nell'applicare in concreto i principi affermati dalla Corte costituzionale nelle pronunce additive di principio, con le quali a fronte di una pluralità di scelte possibili, la Corte dichiara la incostituzionalità della normativa impugnata limitandosi a fissare in proposito un principio, rivolto sia al legislatore che al giudice.

Con esse quindi si tende a superare, quando possibile, la soluzione, assolutamente insoddisfacente per la garanzia dei diritti coinvolti, della dichiarazione di inammissibilità perchè viene richiesto alla Corte un intervento in una materia che si presta a differenti soluzioni, fra le quali la scelta deve ritenersi riservata alla discrezionalità del legislatore.

Capitolo terzo

Nel terzo capitolo l'analisi del livello di tutela dei diritti fondamentali attraverso il giudizio sulle leggi in via incidentale è stato svolto seguendo la posizione delle parti del giudizio principale, ricostruita attraverso le previsioni normative e l'interpretazione delle stesse fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

Sul profilo esaminato è risultato evidente come un notevole rilievo non poteva che assumere il significato attribuito all'incidente di costituzionalità, a seconda che a prevalere fosse la già indicata "dimensione oggettiva" oppure quella "soggettiva".

In maniera particolare abbiamo quindi inteso sottolineare, anche in questo diverso contesto, l'importanza del rapporto che viene ad instaurarsi tra il giudizio *a quo* ed il giudizio costituzionale, nel senso di autonomia-indipendenza oppure di stretto collegamento.

Chiare sono apparse le conseguenze sul ruolo da attribuire alle parti nel processo costituzionale a seconda che il giudizio *a quo* venga visto quale semplice *occasio* per l'instaurazione di quello costituzionale che risulterebbe per il resto del tutto autonomo oppure, in senso esattamente opposto, che quest'ultimo venga ritenuto come uno strumento utilizzato per la soluzione del processo comune.

La scelta comunque seguita è stata, pur non trascurando le analisi della dottrina, quella di procedere ad una verifica sul campo di come realmente le parti hanno esercitato i poteri loro attribuiti e quindi potuto tutelare i loro diritti, cercando di influire sulla decisione del Giudice costituzionale.

Nell'analisi abbiamo quindi distinto la fase che si svolge davanti al giudice *a quo* e quella invece davanti alla Corte costituzionale.

Con riferimento alla prima si è rilevato, come già avevamo intuito nel capitolo dedicato all'autorità giudiziaria, come il *dominus* assoluto sia rappresentato dal giudice, mentre assai modeste sono le garanzie riconosciute alla parte interessata.

E questo dal momento che in Italia, specie dal punto di vista della prassi, alla parte, nonostante sia espressamente previsto, normalmente non viene neppure data una risposta alla istanza presentata o viene data nel provvedimento di merito che chiude il processo o nella stessa ordinanza di rinvio, con riguardo ad aspetti o profili che il giudice non ha ritenuto meritevoli di essere trasmessi alla Corte costituzionale.

In Spagna abbiamo rilevato già nel capitolo precedente come la giurisprudenza costituzionale avesse fino a non molto tempo fa considerato addirittura non lesivo dei diritti della parte la completa assenza della motivazione al rifiuto di sollevare l'eccezione di costituzionalità, ma anche come, progressivamente, questo orientamento sia venuto a cambiare, fino alla concessione dell'*amparo* costituzionale in caso di insufficienza (o assenza) di tale motivazione.

Ancora minori le possibilità riconosciute alle altre parti del giudizio, diverse da quella che ha avanzato l'istanza, dal momento che non è previsto, nel giudizio *a quo*, alcuna forma di contraddittorio.

Pur avendo affermato quanto precede, abbiamo potuto rilevare anche come in Spagna il ruolo delle parti durante la fase *a quo* sia decisamente più significativa che in Italia. Se il giudice decide di voler sollevare una questione di legittimità costituzionale, infatti, è obbligato, prima di poter procedere con l'ordinanza di rinvio, a portare a termine una fase processuale preliminare: il tramite di udienza previa alle parti e al Pubblico Ministero, nella quale tali soggetti possono presentare le loro considerazioni, anche in merito all'opportunità di sollevare il dubbio di costituzionalità. Questa previsione, come abbiamo sottolineato, aveva una eccezionale importanza soprattutto prima della riforma della legge organica del *Tribunal Constitucional* nel 2007 che ha introdotto finalmente la possibilità per le parti del processo principale di partecipare nella fase davanti al Giudice costituzionale.

Ben più importante, soprattutto nel caso italiano, è la fase che si svolge davanti alla Corte costituzionale.

Questa tematica è probabilmente quella che, in relazione all'ordinamento spagnolo, ha fornito maggiori profili di novità, in ragione della riforma della Legge Organica sul *Tribunal Constitucional* del 2007 alla quale ci siamo appena riferiti. Evidenti le ripercussioni positive ottenute grazie a questa nuova previsione per una migliore tutela dei diritti e degli interessi delle parti.

La seconda fase del giudizio incidentale pone innanzitutto la necessità di individuare i soggetti che possono costituirsi nel medesimo.

Una scelta che in entrambi gli ordinamenti viene operata dalla legge, la quale indica espressamente, quali soggetti legittimati, le parti del giudizio *a quo* e un elenco di soggetti con ruoli istituzionali. Per esempio, la è una fonte legislativa che stabilisce la obbligatorietà, in Italia, che l'ordinanza di rinvio sia notificata a tutti i soggetti previsti dalla legge. Tuttavia, necessario è senza dubbio l'intervento delle due Corti costituzionali nel precisare la portata delle previsioni legislative.

In proposito è stata dedicata una particolare attenzione alla posizione assunta dalla Corte costituzionale, in ordine alla necessità di rispettare le regole regative alla notifica, al significato attribuito ai vizi della stessa e agli strumenti utilizzati per sanzionare i medesimi.

Questo non tanto con riferimento alla individuazione dei soggetti legittimati a costituirsi davanti alla Consulta, quanto soprattutto perchè ci è sembrato un chiaro sintomo della considerazione e dell'interesse della Corte costituzionale per il contraddittorio nel giudizio costituzionale.

Tutto ciò ci ha condotto a verificare come invece nel sistema disegnato dal legislatore spagnolo, non sia prevista nessuna notifica alle parti del giudizio *a quo*, sia nel momento dell'invio dell'ordinanza di rimessione, sia una volta ammessa la questione (si stabilisce un regime di comunicazione -“*traslado*” -, se ammessa, solo ai rappresentanti delle istituzioni dello Stato). Starà alle parti, una volta sospeso il giudizio e nel caso fossero interessate a partecipare alla fase del controllo della norma da parte del Costituzionale, consultare il Bollettino Ufficiale dello Stato in attesa di una possibile ammissione, onde evitare il trascorso del termine per potersi presentare davanti alla Corte.

E' apparso evidente, dall'analisi casistica proposta, come le due Corti costituzionali abbiano proceduto, nel fornire una interpretazione di “parte” ai fini dell'accesso della stessa nel giudizio costituzionale, in qualche modo a “fotografare” (secondo una felice espressione della dottrina) il processo *a quo* nel momento in cui la questione è stata sollevata, qualificando come soggetti legittimati a costituirsi coloro (e solo coloro) che a quel momento avevano assunto la veste di parte formale del giudizio.

Tra una tutela di interessi sostanziali delle parti o dei soggetti direttamente interessati ed il carattere della “incidentalità” del giudizio, la Corte costituzionale abbia decisamente optato per garantire il secondo, escludendo la possibilità di costituirsi in giudizio a quanti vantavano di essere parti in processi simili, analoghi o identici e quindi di avere lo stesso interesse sostanziale delle parti dei giudizi *a quibus*.

Anche nel caso in cui queste ultime non erano *prima facie* direttamente interessate, la Corte ha consentito alla presenza di un “sostituto processuale”. Così nel caso in cui oggetto della questione di costituzionalità erano disposizioni relative a funzioni o prerogative degli avvocati, non è stata ammessa la costituzione in giudizio in proprio da parte dei difensori delle parti.

Una particolare attenzione abbiamo poi inteso prestare a due figure che più delle altre hanno ricevuto una soluzione giurisprudenziale che, per aspetti diversi, potrebbe ritenersi discutibile.

La prima è quella del pubblico ministero il quale, a nostro avviso correttamente, non è stato ritenuto legittimato a sollevare questioni di costituzionalità sul presupposto che, al pari delle parti, gli viene invece riconosciuta la possibilità di avanzare istanza al giudice perché lo faccia.

Questa soluzione parrebbe aprire le porte ad una legittimazione, al pari sempre delle parti, del pubblico ministero a costituirsi nel processo costituzionale. Soluzione questa invece esclusa ripetutamente dalla Corte, attraverso una motivazione che abbiamo ritenuto non propriamente convincente.

Anche nell'ordinamento spagnolo il pubblico ministero del caso concreto non è fra i soggetti che possono partecipare al giudizio costituzionale, ma i possibili effetti negativi derivanti da tale mancanza di legittimazione sono attenuati dalla partecipazione dello stesso nel tramite di udienza previa alla quale abbiamo già fatto menzione. Inoltre, circostanza forse ancora più significativa, la legge organica sul Tribunale Costituzionale prevede la possibile costituzione del *Fiscal General del Estado* davanti al Tribunal constitucional

La seconda riguarda la disposizione contenuta nell'art. 20.2 della legge 87/1953, secondo cui “*gli organi dello Stato e delle regioni hanno diritto di intervenire in giudizio*”.

La lettura dei lavori preparatori mostra come l'intenzione del legislatore era quella di arricchire il contraddittorio, consentendo ai sunnominati soggetti di costituirsi in giudizio per dare il loro apporto e fornire le proprie osservazioni.

La Corte costituzione ha invece interpretato la disposizione in senso opposto attraverso una decisione – che abbiamo definito “più logica e razionale” ma contraria alla volontà del legislatore – con cui ha ricondotto la previsione alla logica della rappresentanza tecnica delle parti, nel senso cioè che per gli organi dello Stato e delle regioni non è richiesta una difesa professionale, ma possono intervenire personalmente.

In Spagna la Legge organica sul *Tribunal Constitucional* non ha occasionato dubbi interpretativi in questo aspetto, indicando precisamente i soggetti istituzionali legittimati a partecipare nella fase davanti al Costituzionale.

La decisione in ordine alla regolare costituzione delle parti ed alla ammissione dell'intervento di terzi nel processo costituzionale è pronunciata dalla Corte

costituzionale attraverso un provvedimento interlocutorio, rappresentato da una ordinanza priva di numerazione e che fino al 1995 non veniva pubblicata e restava praticamente negli archivi della Corte.

Le ragioni in base alle quali il Giudice costituzionale ha di volta in volta deciso di ammettere o non ammettere la costituzione o l'intervento in giudizio di un soggetto assume all'evidenza una importanza che in molti casi può andare ben al di là del caso concreto.

Per questo abbiamo ritenuto di sottolineare e di attribuire un particolare risalto alla decisione della Corte nel 1995 di procedere alla pubblicazione, in allegato alla sentenza che definisce il giudizio, delle ordinanze senza numero che hanno risolto problemi attinenti al contraddittorio per quel processo costituzionale. Una prassi che, purtroppo, specie negli ultimi anni la Corte mostra in diversi casi di non seguire senza che ciò risponda ad alcuna logica o ragione particolare.

Nell'esaminare il procedimento che si svolge davanti alla Corte costituzionale si è sottolineata una peculiarità italiana, che finisce per trasformarsi in un vero paradosso. Infatti, accanto alla previsione relativa al carattere gratuito del processo costituzionale, espressiva dell'interesse pubblico che viene attribuito al medesimo (si sostiene che nel giudizio costituzionale non ci sono vinti, né vincitori), abbiamo ritenuto di dover evidenziare come questa affermazione di principio venga poi concretamente a trovare un elemento contrario nella necessità per la parte di essere rappresentata da un avvocato abilitato a difendere davanti alle corti superiori ("avvocato cassazionista") – disposizione ritenuta legittima dalla Corte costituzionale – e di doversi di conseguenza addossare il costo della parcella.

L'assenza di una tal previsione nel sistema spagnolo di giustizia costituzionale facilita senza dubbio l'accesso delle parti al processo costituzionale e una loro partecipazione, cosa sicuramente vantaggiosa per la corretta garanzia dei loro diritti fondamentali.

Quanto ai poteri di cui dispone la parte, la normativa prevede che questa, entro termini perentori, si costituisce davanti alla Corte costituzionale e lo fa presentando le sue deduzioni, può successivamente presentare memorie illustrative e infine può partecipare alla udienza pubblica esponendo in modo sintetico le proprie conclusioni.

Ecco che tali poteri della parte appaiono limitati, da un lato, dalla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale il *thema decidendum* è quello fissato dal giudice nell'ordinanza di rinvio e lo stesso non può essere ampliato nell'individuazione dell'oggetto o dei parametri attraverso le deduzioni o le conclusioni delle parti, e dall'altro, dalla scelta della Corte di procedere a seguito di udienza pubblica oppure di camera di consiglio, escludendo all'evidenza nel secondo caso la partecipazione della parte.

Anche per questo assume rilievo l'avvenuto ribaltamento – che abbiamo voluto particolarmente evidenziare – del rapporto tra regola-eccezione verificatosi tra l'utilizzo della udienza pubblica oppure della camera di consiglio.

Mentre nella legge la regola sembrerebbe chiaramente essere la udienza pubblica – alla quale è possibile derogare in caso di mancata costituzione di parti o di questione semplice, facilmente risolvibile nel senso della manifesta infondatezza o inammissibilità o di restituzione degli atti – in realtà, a partire dal momento dello smaltimento dell'arretrato, il rapporto è stata ribaltato, in ragione di una discutibile interpretazione della nozione di “parte” nel senso che essa non comprende la costituzione in giudizio del Presidente del consiglio dei ministri o del presidente della giunta regionale e del ricorso, in termini spropositati rispetto al passato, alle pronunce di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità anche con riguardo a questioni affrontate per la prima volta.

L'individuazione, da parte della legge, dei soggetti legittimati a costituirsi davanti alla Corte costituzionale ha posto il problema del carattere tassativo o meno dell'elenco, lasciato all'evidenza alla prudente interpretazione della Corte costituzionale.

La dottrina aveva avanzato diverse ipotesi, tutte chiaramente “figlie” di una concezione “oggettiva” oppure “soggettiva” del giudizio costituzionale e pertanto più o meno aperte alla possibilità che terzi soggetti potessero partecipare al giudizio costituzionale, come portatori di interessi strettamente individuali o di interessi collettivi collegati alla questione di costituzionalità sottoposta all'esame della Corte.

La posizione espressa in proposito dalla Corte è stata di assoluta chiusura fino agli anni Novanta del secolo scorso, cui sono poi seguite timide aperture, fondate sul rispetto del diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione italiana e sul principio

per cui non può ammettersi “che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di ‘difenderle’ come parti nel processo stesso”.

L’intervento in giudizio è stato quindi consentito solo nel caso di “interesse diretto e individualizzato” in capo a colui che chiede di intervenire, non potendo essere sufficiente un generico interesse alla questione di costituzionalità.

Abbiamo quindi segnalato la genericità della espressione sopra riportata e tentato di seguire la non sempre lineare giurisprudenza costituzionale sul punto, sottolineando come le ipotesi di terzi ammessi a partecipare al giudizio costituzionale siano andate via via riducendosi e la percentuale di quelli dichiarati inammissibili sia risultata ad oggi di gran lunga superiore rispetto a quella degli interventi ammessi.

Se è indubbio che la disciplina italiana e quella spagnola dello strumento oggetto di questa tesi hanno evidenti e numerosissimi punti in comune, è altrettanto indiscutibile come per molto tempo la posizione delle parti della questione di incostituzionalità fosse decisamente diversa nei due ordinamenti. Solo a partire dal 2007, con la riforma legislativa alla quale abbiamo fatto riferimento, la tutela dei diritti delle parti in Spagna può dirsi potenziata, e che i due sistemi si siano avvicinati anche su questo punto. In realtà, abbiamo potuto notare una certa, se è permesso il termine, “diffidenza” dell’ordinamento spagnolo per quanto riguarda la partecipazione delle parti, per il fatto ad esempio che non si crei mai un vero contraddittorio davanti al Constitucional (cosa invece “suggerita” dal Tribunale di Strasburgo nella esaminata sentenza sul caso Ruiz Mateos), o che alle parti non venga notificata l’ammissione della questione di costituzionalità per poter iniziare a decorrere il tempo utile per presentarsi di fronte al Tribunal Constitucional.

Svolgendo, a questo punto, anche in questo caso qualche valutazione conclusiva e generale in ordine al ruolo riconosciuto e svolto dalle parti nel giudizio costituzionale a tutela dei propri diritti fondamentali, potremmo distinguere tra il ruolo quale risultante dalle analisi della dottrina oppure dall’esame della giurisprudenza costituzionale o infine dal comportamento concretamente posto in essere dai soggetti che si sono costituiti o sono intervenuti nel giudizio costituzionale.

Sotto il primo aspetto le diverse teorie sono sintetizzabili in tre differenti posizioni, la prima delle quali ricostruisce il ruolo delle parti come portatrici del

medesimo interesse in ragione del quale esse sono presenti nel giudizio principale; la seconda vede al contrario le parti nella veste di “amici curiae”, che operano nell’interesse generale alla eliminazione di leggi incostituzionali; la terza infine, quasi intermedia tra le prime due, giustifica la presenza delle parti in ragione del fatto che esse subiscono direttamente gli effetti della legge della cui costituzionalità si dubita, nella logica però di far valere non il loro interesse specifico, bensì quello “tipico”, come una sorta di rappresentanti di una categoria di persone che si trovano o possono venire a trovarsi nella medesima situazione.

Seguendo la ricostruzione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale italiana la presenza della parte certamente non è stata considerata necessariamente legata all’interesse presente nel giudizio a quo, dal momento che mai si è verificato che la stessa fosse estromessa dal giudizio costituzionale in considerazione della estinzione o comunque del venir meno del giudizio comune rimasto sospeso e sempre è stata ritenuta libera di sostenere qualsiasi tesi, sia a favore che contraria all’interesse fatto valere nel giudizio a quo. Queste considerazioni non sono certamente applicabili nell’ordinamento spagnolo, dato che, come abbiamo analizzato nel capitolo dedicato al giudice, la chiusura del processo a quo determina anche la fine di quello costituzionale.

La Corte costituzionale, del resto, ha sempre manifestato attenzione al rispetto del contraddittorio e delle regole che lo rendono possibile, come dimostra la decisione di pubblicare le ordinanze interlocutorie che decidono sulla ammissione o meno delle parti e degli interventi o la vicenda del controllo dei vizi della notifica dell’ordinanza di rinvio. In proposito tale interesse e sensibilità è avvalorata dal mutamento giurisprudenziale in base al quale alle decisioni di inammissibilità per non aver il giudice notificato correttamente l’ordinanza di rinvio, è stata sostituita la restituzione degli atti al giudice a quo, con la chiara volontà di incentivare il giudice a rimediare ed a proporre nuovamente la questione.

Pur senza dimenticare l’atteggiamento piuttosto “diffidente” del sistema di giustizia costituzionale spagnolo rispetto al ruolo delle parti nel processo costituzionale, è possibile notare da parte del Tribunal Constitucional, alcuni atteggiamenti favorevoli alla tutela dei diritti delle parti. Ne è un esempio la analizzata giurisprudenza del Costituzionale oggi assolutamente consolidata (e rimasta invariata anche dopo le modifiche del 2007) in merito all’inammissibilità di quelle questioni che

non abbiano rispettato pienamente tutti i requisiti del tramite di udienza previa alle parti e al Ministero Fiscal.

Nella linea di questa valorizzazione della presenza delle parti e quindi del loro ruolo, può correttamente iscriversi la posizione, più volta espressa, di critica nei riguardi della prassi seguita da alcuni giudici di proporre ordinanze-pilota, limitandosi a sospendere tutti gli altri analoghi o identici processi pendenti davanti a loro in attesa della risoluzione della questione sollevata. Una prassi che chiaramente impedisce alle parti dei processi sospesi di potersi costituire davanti alla Corte.

Di segno completamente opposto, invece, ed altro sintomo se si vuole di quella “diffidenza” del Tribunal Constitucional di fronte al riconoscimento dell’importanza della presenza delle parti, è sicuramente la prassi messa in pratica dallo stesso Tribunal secondo la quale, invece di procedere alla riunione di questioni similari, rinvia la decisione sull’ammissione delle questioni con oggetto analogo fino alla decisione nel merito della prima, impedendo così la partecipazione delle parti dei giudizi nell’ambito dei quali sono state sollevate le questioni analoghe.

In considerazione di ciò e del richiamo più volte fatto in proposito all’art. 24 della Costituzione italiana, poco comprensibile appare la scelta della Corte costituzionale di dichiarare inammissibili gli interventi dei soggetti di quei processi illegittimamente sospesi, portatori dello stesso interesse delle parti e del tutto “incolpevoli” del comportamento non corretto posto in essere dal giudice.

Il fatto che il giudizio in via incidentale, per le ragioni indicate, sia andato caratterizzandosi progressivamente verso una maggiore concretezza e quindi un maggior collegamento con i diritti fatti valere nel processo a quo, può far concludere che il rapporto fra i due giudizi sia andato più nel senso dello stretto collegamento che non della separazione, il che ha indotto la Corte a tenere in grande considerazione la natura “incidentale” del giudizio, limitando quindi ad ipotesi davvero marginali la presenza di terzi nel processo costituzionale, rimessa sostanzialmente alla scelta discrezione del Giudice costituzionale il quale ha consentito la presenza di terzi in maniera assolutamente limitata.

Con riguardo infine al concreto atteggiamento tenuto dalle parti costituitesi nel giudizio costituzionale, questo si è risolto sempre nel sostenere la tesi più utile alla

realizzazione degli interessi fatti valere nel giudizio a quo. Così quando il loro interesse veniva a coincidere con l'accoglimento della questione di costituzionalità esse hanno esercitato i loro poteri per suffragare quanto sostenuto dal giudice a quo nell'ordinanza di rinvio, mentre più articolate sono state di norma le motivazioni delle parti che al contrario tendevano a convincere la Corte della infondatezza della questione.

Se è vero che le parti in molti casi hanno deciso di non avvalersi della facoltà loro riconosciuta di costituirsi nel giudizio costituzionale, vuoi per i costi (soprattutto nel caso italiano), vuoi per il disinteresse nei riguardi della questione sollevata o per la poca abitudine e quindi sensibilità del cittadino ai problemi di natura costituzionale (e in questo caso maggiormente in Spagna, dove la costituzione delle parti è prevista solo dal 2007), vuoi infine per la consapevolezza della non decisiva incidenza della loro presenza, riteniamo che l'analisi del ruolo delle parti del giudizio principale faccia ritenere non realizzata, nella esperienza di oltre sessanta anni di giudizio incidentale, la previsione fatta da CARNELUTTI il quale scrisse che "il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale (...) per la efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto da perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte Costituzionale ho paura che assumerà l'aspetto della marionetta".

Capitolo quarto

Il quarto capitolo è stato dedicato all'analisi dei temi e dei problemi relativi al grado di tutela dei diritti fondamentali nel giudizio in via incidentale, visti con riferimento al suo momento finale ossia attraverso la "finestra" delle Corti costituzionali e quindi delle decisioni con cui esse definiscono il giudizio, riconoscendo in maniera più o meno adeguata la tutela richiesta.

Punto di partenza abbiamo quindi ritenuto che non potesse che essere il tipo di decisione con la quale i due Tribunali dichiarano la incostituzionalità di una legge, cancellando la stessa dall'ordinamento e offrendo così la massima tutela al diritto che tale legge aveva illegittimamente limitato.

L'importanza della pronuncia di incostituzionalità è sottolineata anche dal fatto che questa è l'unica di cui si occupa espressamente la Costituzione italiana (art. 136),

allo scopo di definirne gli effetti, stabilendo che “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

In proposito si è sottolineato – anche per spiegare le ragioni che portarono al sorgere, negli anni successivi, dei problemi in proposito della modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità nel tempo - come la disposizione sopra richiamata fosse stata approvata prima di decidere le vie di accesso alla Corte costituzionale e come la scelta per la via incidentale abbia imposto di chiarirne il contenuto, con specifico riguardo alla possibilità-necessità per il giudice di non applicare la norma dichiarata incostituzionale anche nell’ambito del giudizio *a quo*.

I dubbi furono risolti, in sede di attuazione, con l’approvazione della l. n. 87 del 1953 (art. 30), la quale precisò che la norma dichiarata incostituzionale non avrebbe dovuto essere applicata (quindi anche da parte del giudice *a quo*) a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale.

Alcuni ritennero che, così disponendo, la disposizione suddetta si ponesse in contrasto con la Costituzione, ma la Corte, investita della questione, la dichiarò infondata.

Anche l’interpretazione della Costituzione spagnola in questo ambito ha necessitato di alcuni chiarimenti da parte del *Tribunal Constitucional* prima, e dal legislatore poi. Infatti l’art. 161.1 CE che prende in considerazione gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, prevede semplicemente che tale decisione “avrà conseguenze” sulla norma in questione, ed in realtà si riferisce alle sentenze che concludono i ricorsi di incostituzionalità. L’art. 163 CE invece, riferito alla disciplina della questione, affida alla successiva legislazione organica la definizione degli effetti delle sentenze, affermando che “in nessun caso [gli effetti] saranno sospensivi”. Precisazione quest’ultima che ha creato molti dubbi in dottrina, la quale si chiedeva se la impossibilità della sospensione si riferisse al giudizio in corso nel quale doveva applicarsi la legge di dubbia costituzionalità o invece alla norma stessa. Il Tribunale costituzionale ha da sempre optato per la seconda interpretazione, con una giurisprudenza consolidata che successivamente è stata confermata e si è tradotta in una modifica della Legge Organica sul *Tribunal Constitucional*.

Al momento può ritenersi assolutamente pacifico in entrambi gli ordinamenti, in dottrina ed in giurisprudenza, che la disposizione dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione nei giudizi futuri, nel giudizio *a quo* e nei giudizi pendenti, ad eccezione solamente dei c.d. rapporti esauriti, relativamente cioè a decisioni giurisdizionali oppure in genere a provvedimenti che hanno fatto applicazione della disposizione dichiarata illegittima e che sono ormai divenuti definitivi perché passati in giudicato o comunque inoppugnabili.

Con riferimento agli effetti derivanti dalle sentenze di incostituzionalità, uno dei problemi centrali che le due Corti costituzionali ed i loro commentatori si sono posti è quello relativo alla necessità di contenere o regolare, specie in alcuni casi, gli effetti demolitori derivanti dalle stesse.

In altri termini è apparso spesso evidente che gli effetti derivanti da una pronuncia di incostituzionalità avrebbero potuto, per diversi motivi, risultare deflagranti o quanto meno tali da determinare anche risultati negativi proprio per la tutela dei diritti o comunque per gli interessi generali.

Da qui il tentativo di modulare gli effetti della incostituzionalità attraverso strumenti diversi (come ad esempio la variazione degli stessi nel tempo).

Tra questi è stato segnalato il tentativo fatto dalla Corte costituzionale italiana negli anni 1988-1992 con la creazione di un nuovo tipo di decisione, genericamente denominato di “illegittimità costituzionale sopravvenuta”.

In realtà, nelle applicazioni pratiche fatte in quegli anni, che abbiamo ritenuto di dover analiticamente analizzare, possono essere visti due diversi tipi di decisioni, il primo – che abbiamo chiamato di “illegittimità sopravvenuta in senso stretto” – trova il suo fondamento nel fatto che la Corte fa riferimento ad un elemento, sopravvenuto rispetto al momento in cui la legge è stata approvata, che avrebbe determinato la incostituzionalità, la cui dichiarazione pertanto produrrebbe effetti solo a partire da quel momento. Nel secondo (“illegittimità sopravvenuta a seguito di bilanciamento di valori”) invece, pur sempre fondato sulla illegittimità sopravvenuta rispetto all’entrata in vigore della norma, il *dies a quo* cui far risalire gli effetti della incostituzionalità è il frutto di una valutazione operata dal Giudice costituzionale.

Elemento comune alle due situazioni appena ricordate è rappresentato dal richiamo operato dalla Corte ad una situazione di incostituzionalità sopravvenuta e ad una necessaria gradualità nella attuazione dei principi costituzionali, le quali fondano e

legittimano la limitazione degli effetti “retroattivi” della dichiarazione di incostituzionalità.

L’esperimento sollevò molte critiche da parte della dottrina, specie con riguardo alla possibilità di giungere – come in alcuni casi era accaduto – a ritenere la pronuncia di incostituzionalità non applicabile al giudizio nell’ambito del quale la questione era stata sollevata, con totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesi al meccanismo della pregiudizialità costituzionale. Anche in considerazione di ciò la Corte negli anni a seguire non ha più fatto ricorso a questo tipo di decisione.

Un nuovo utilizzo della medesima tecnica è stato ripetuto più recentemente nel corso del 2015, in occasione di una questione che molto ha fatto discutere anche per la sua notorietà oltre la stretta cerchia degli addetti ai lavori.

Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la normativa che poneva una tassa ai petrolieri (c.d. robin tax, in quanto avrebbe dovuto, al pari di Robin Hood, togliere ai ricchi per dare ai poveri) e che, se dichiarata incostituzionale, avrebbe creato gravi problemi per le casse dello Stato.

La Corte costituzionale ha accolto la questione e stabilito però che la dichiarazione di incostituzionalità non dovesse valere per il giudizio *a quo*, né per i giudizi ancora in corso.

La grossa novità, che abbiamo voluto sottolineare, consiste nel fatto che in questa occasione, per la prima volta, la Corte non ha fatto alcun riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta o di gradualità nella realizzazione di principi costituzionali, ma al contrario ha riconosciuto che la normativa impugnata era illegittima *ab origine* e la motivazione ha fatto riferimento non ad elementi da valutare oggettivamente allo scopo di fissare il *dies a quo* per la decorrenza degli effetti della incostituzionalità, bensì esclusivamente all’attività di bilanciamento svolta dalla stessa Corte, stabilendo che essa, secondo un principio di stretta proporzionalità, può chiedere al giudice *a quo* o a quelli dei giudizi pendenti di derogare a tale disposizione, in presenza dei seguenti presupposti: “l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco”.

Anche la giurisprudenza costituzionale spagnola non ha mancato di utilizzare in molte occasioni la tecnica della modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità nel tempo. Accanto a quelle decisioni più "classiche" che identificano il momento preciso a partire dal quale l'incostituzionalità (e di conseguenza, la nullità) sarà effettiva, abbiamo voluto menzionare due tipologie di sentenze piuttosto rilevanti: da un lato quelle che precisano un intervallo di tempo nel quale la norma dovrà essere considerata incostituzionale, e dall'altro quel filone di sentenze alle quali seguì una giurisprudenza del *Tribunal Supremo* in base alla quale la giurisdizione ordinaria si arrogava il compito di "definire i termini della efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità".

La medesima finalità, vale a dire quella di limitare gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità, è alla base anche di altra tipologia di decisioni che abbiamo voluto segnalare, attraverso le quali la Corte costituzionale "avverte" che la norma oggetto della questione di costituzionalità si pone in contrasto con la Costituzione, ma che, per il momento, non procederà alla dichiarazione di incostituzionalità o, nel caso spagnolo, a dichiararne la nullità, dando così il tempo al legislatore per intervenire e quindi per evitare gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità.

Si tratta di quelle pronunce che significativamente sono state definite dalla dottrina come "decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata" o, nel caso spagnolo, di "incostituzionalità senza nullità".

Le stesse Corti costituzionali sono intervenute per esplicitare le giustificazioni alla base di tale operato. Il *Tribunal Constitucional*, ad esempio, ha dichiarato che non è opportuno che alla pronuncia di incostituzionalità si associ anche la nullità della norma oggetto del giudizio in quei casi nei quali tale secondo effetto non solo non risolve la situazione creata dalla norma incostituzionale, ma addirittura potrebbe portare a conseguenze peggiori per l'interesse generale. Il Costituzionale preferisce quindi proteggere quest'ultimo anziché tutelare i diritti e gli interessi di coloro ai quali (più o meno immediatamente) verrà applicata la disposizione incostituzionale.

Non potevamo chiudere l'esame degli effetti delle sentenze che dichiarano la incostituzionalità di una norma di legge senza trattare un tema fondamentale che tuttavia si presenta solo nell'ordinamento spagnolo, in ragione dello specifico assetto scelto dal

Costituente per il sistema di giustizia costituzionale. Ci riferiamo alla presenza del ricorso di *amparo* costituzionale e all'analisi delle conseguenze che può avere la dichiarazione di incostituzionalità di una norma, la cui applicazione ha generato una ipotetica vulnerazione di un diritto fondamentale denunciato da un soggetto in un *amparo*, già ammesso all'esame del Costituzionale nel momento della decisione di incostituzionalità.

Abbiamo quindi analizzato in profondità una delle sentenze più importanti in merito a questo aspetto, la STC 159/1997, nella quale, riconosce il *Tribunal Constitucional*, la richiesta della parte si dirigeva non tanto contro l'applicazione amministrativa o giudiziaria della norma dichiarata incostituzionale in una sentenza anteriore, quanto contro il contenuto stesso della norma, già espulsa dall'ordinamento nel momento di dover decidere in merito alla concessione o meno dell'*amparo*.

Il Costituzionale stabilì che la dichiarazione di incostituzionalità potrà avere effetti nel ricorso di *amparo*, però solo se questo stesso ha ad oggetto un atto di applicazione di una norma annullata dal *Constitucional* in un procedimento di dichiarazione di incostituzionalità per aver vulnerato uno dei diritti fondamentali ai quali la Costituzione spagnola riconosce la tutela attraverso l'*amparo* costituzionale. Afferma il *Tribunal Constitucional* che non sarà quindi sempre determinante per la risoluzione del ricorso di *amparo* che la norma da cui proviene l'atto che viola un diritto fondamentale sia stata dichiarata incostituzionale e nulla.

Pur trattandosi, evidentemente, di una giurisprudenza che porta a una ampliamento del livello di tutela dell'individuo (rilevante senza dubbio ai fini di questa ricerca in quanto diretta conseguenza di una decisione di incostituzionalità che potrà derivare da una questione di costituzionalità sollevata in via incidentale), è sembrato altresì necessario sottolineare alcune limitazioni a tale ampliamento, attraverso l'analisi dei tre voti dissidenti espressi da vari Magistrati. Non sembra, in effetti, del tutto "ragionevole" restringere la possibilità che le sentenze di incostituzionalità producano effetti nei ricorsi di *amparo* in corso ai soli casi in cui la legge sia dichiarata incostituzionale per violazione di uno dei diritti fondamentali "amparabili".

E questo perché, se la Legge organica sul *Tribunal Constitucional* nel suo articolo 38 afferma che le sentenze che dichiarano la incostituzionalità di una norma vincolano tutti i poteri pubblici a partire dal giorno della pubblicazione della decisione nel Bollettino Ufficiale, senza aggiungere nessuna altra specificazione, può ritenersi probabilmente una interpretazione restrittiva la decisione del Costituzionale di

considerarsi vincolato alla stessa nelle sue sentenze di *amparo* solo se si presentano le circostanze poc' anzi ricordate.

Data la importanza della tematica, abbiamo concluso l'analisi con un minuzioso campionario delle sentenze posteriori a quella presa come oggetto di studio.

La dichiarazione di incostituzionalità, come abbiamo detto, persegue il risultato richiesto dal giudice (ed in alcuni casi almeno, dalle parti) con l'ordinanza di rinvio.

Attraverso alcune tipologie di decisioni, la Corte tende a raggiungere direttamente il risultato più utile nelle condizioni in cui si trova ad operare e di fronte a determinate eccezioni di costituzionalità che le vengono presentate.

Due sono probabilmente le "espressioni" in questo senso che più caratterizzano l'attività ultrasessantennale della Corte costituzione e che fin dall'inizio della sua attività sono state utilizzate dal Tribunal Constitucional: le sentenze interpretative di rigetto e le decisioni c.d. "manipolative".

Attraverso le prime il Giudice costituzionale dichiara la questione infondata, ma a condizione che la disposizione impugnata venga interpretata nel modo da essa indicato, che viene pertanto a risultare l'unico che possa salvare la disposizione dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Lo strumento tende chiaramente a superare la rigida alternativa tra infondatezza o incostituzionalità, con lo scopo di raggiungere attraverso l'interpretazione un risultato analogo a quello della incostituzionalità, anche giungendo in certi casi a forzare il testo della legge.

Le decisioni interpretative di rigetto pongono immediatamente il problema della loro efficacia, non potendosi ritenere giuridicamente vincolanti per il giudice *a quo* e tanto meno per tutti gli altri giudici.

Per questo, ispirata ad una diversa concezione dei rapporti tra il piano della legalità e piano della costituzionalità di cui sopra, la Corte di cassazione italiana si è rifiutata in un primo momento di seguire le interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale, ritenendo di essere depositaria del compito di interpretare la legge ai fini della uniformità della interpretazione (c.d. nomofilachia).

Abbiamo per questo ricostruito il particolare momento storico nel quale viene ad inserirsi quella che è comunemente conosciuta come la "guerra tra le due corti"

(appunto la Costituzionale e la Cassazione italiane), la quale è stata superata grazie anche alla capacità della prima di non insistere nel fornire le interpretazioni costituzionalmente corrette allorchè vi fosse in materia una giurisprudenza consolidata della Cassazione (c.d. “diritto vivente”).

Un simile atteggiamento ha contribuito alquanto a creare un clima di rapporti molto disteso tra i due organi, tanto da ritenere risultato del tutto acquisito e affermato dalla Corte di cassazione secondo cui le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale pongono un vincolo positivo a carico del giudice remittente e costituiscono un precedente autorevole per tutti i giudici che sono tenuti a non fare applicazione delle disposizioni in un senso diverso da quello affermato dalla Corte costituzionale, senza aver prima sollevato questione di legittimità costituzionale.

Negli anni Duemila l’armonia è parsa essere posta nuovamente in crisi sempre a seguito delle sentenze interpretative di rigetto, ma in un contesto ed in un significato assai diverso, per cui abbiamo ritenuto inappropriato parlare di una “seconda guerra tra le due Corti” se intesa nel senso del ripresentarsi di una situazione analoga alla prima.

In questo caso infatti ciò che veniva contestato nell’utilizzo delle sentenze interpretative non era tanto la spettanza alla Corte costituzionale di tale potere, quanto invece il modo come in alcuni casi lo stesso veniva esercitato.

Più in particolare ciò che la Corte di cassazione censurava era il fatto che la Corte costituzionale chiedeva al giudice di seguire una interpretazione della legge – allo scopo di evitare la dichiarazione di incostituzionalità – che, a giudizio del Giudice di legittimità, non era consentito dal dato letterale della legge e quindi non permesso al giudice comune dalle regole sulla interpretazione degli atti normativi.

La contestazione pertanto non riguardava la soluzione proposta dalla Corte costituzionale, ma veniva chiesto alla stessa di perseguirla non attraverso una sentenza di rigetto, bensì di accoglimento.

Le ragioni di questa “seconda guerra” trovano fondamento nella espansione della prassi della Corte di rivolgere un invito pressante ai giudici a seguire, fin quando possibile, l’interpretazione conforme, la quale fino ad un certo momento era stata gestita dalla Corte in un regime di carattere monopolistico.

Proprio per questo abbiamo ritenuto di segnalare come la fine del monopolio ed il subentro del giudice comune alla Corte in questa attività, abbia determinato la drastica riduzione dell’utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto, impiegate

successivamente dalla Corte solo in casi eccezionali per superare un “diritto vivente” o per sostenere interpretazioni della legge particolarmente “creative”.

Con riferimento al contrasto verificatosi negli anni Duemila, abbiamo ritenuto di poter concludere nel senso che, allorchè il testo della legge non consente una determinata lettura, pur se ispirata alla realizzazione di valori costituzionali, la Corte non debba forzare la mano ai giudici, ma procedere alla dichiarazione di incostituzionalità, perchè in questi casi la risoluzione del dubbio attraverso l’interpretazione conforme non pare poter produrre un effetto positivo per la tutela dei diritti, in quanto se alcuni giudici decidono di seguirla, è sempre possibile, anzi probabile, che altri non lo facciano. In ipotesi del genere sembra pertanto preferibile un intervento che elimini la legge incostituzionale, unitamente, se del caso, ad una indicazione dei principi cui il giudice (ed anche il legislatore) dovranno ispirarsi nel dare seguito all’intervento della Corte.

Il *Tribunal Constitucional*, oltre ad utilizzare la stessa tecnica decisoria ora analizzata dichiarando esplicitamente di ispirarsi alle esperienze straniere (tra cui quella italiana), iniziò ad utilizzare le sentenze interpretative anche nelle decisioni che dichiarano la incostituzionalità della norma in questione, indicando quindi al giudice solo l’interpretazione della disposizione da ritenere incostituzionale. La Corte italiana abbandonò, invece, questa tecnica nei primi anni di funzionamento.

Attraverso l’altro tipo di decisione menzionate poc’anzi (le sentenze manipolative) il Giudice costituzionale produce *hic et nunc* l’effetto di modificare il testo della legge, aggiungendovi qualcosa (sentenze “additive”) o sostituendone i contenuti (sentenze “sostitutive”).

Se con le interpretative di rigetto il Costituzionale si pone in dialogo con i giudici, attraverso le manipolative il rapporto è invece con il legislatore. Per questo i problemi che si sono posti circa una supposta invasione, da parte del Giudice costituzionale, dello spazio di discrezionalità che la Costituzione riconosce al potere legislativo.

Di questo ovviamente è stata ben consapevole la Corte costituzionale italiana, la quale ha accolto una teoria (poi riproposta anche in Spagna, anche se non con riferimenti diretti alla stessa) elaborata da autorevole dottrina (CRISAFULLI), per sottolineare come essa non determini la creazione di situazioni normative nuove, ma si

limiti a rendere palesi contenuti che già esistono e che discendono direttamente, in maniera quindi obbligata, dalla Costituzione.

Si tratta della teoria delle c.d. “rime obbligate”, rispetto alla quale abbiamo osservato come difficilmente, almeno in alcuni casi, le “manipolazioni” del testo operate dalla Corte possono davvero ritenersi discendere in maniera obbligata, senza alcuna discrezionalità, dalla Costituzione.

Più in particolare, ponendo in confronto il tipo di decisioni in discorso con le pronunce attraverso le quali la Corte costituzionale dichiara la inammissibilità di una questione perché coinvolgente scelte discrezionali riservate, come tali, al legislatore, abbiamo ritenuto di poter sostenere che il discrimine tra le situazioni per le quali la Corte costituzionale decide di intervenire attraverso una sentenza di tipo manipolativo e quelle per le quali invece essa si ritrae in ragione dell’esistenza di uno spazio di scelte discrezionali riservate al legislatore, è assai sottile e l’impressione è che vi sia in proposito un ampio margine di discrezionalità della Corte nello scegliere, sulla base di molti e diversi elementi, in un senso oppure nell’altro.

Abbiamo infine ritenuto opportuno segnalare le ipotesi per le quali la Corte ha ritenuto di non poter ricorrere alle pronunce di tipo manipolativo, indicandole in particolare nella materia penale incriminatrice.

Una situazione peculiare è venuta a manifestarsi con più evidenza in connessione con la situazione di crisi economica degli ultimi anni, con riferimento a quelle decisioni manipolative che hanno determinato un aggravio per l’erario (definite “sentenze che costano”).

Si è posto in particolare il problema circa la possibilità di applicare anche alla Corte il principio costituzionale previsto per il legislatore, al quale è impedito di approvare leggi che comportino nuove spese o maggiori oneri senza stabilire i mezzi con cui farvi fronte (art. 81 della Costituzione italiana).

La Corte costituzionale ha concluso per la inapplicabilità di tale disposizione alle sentenze di accoglimento ed in particolare alle sentenze additive, sia perché essa mostra chiaramente di volersi riferire all’attività del legislatore, sia perché comunque il Giudice delle leggi, a differenza del Parlamento, non sarebbe in alcun modo in condizione di assolvere al compito di indicare i mezzi con cui far fronte alle maggiori spese derivanti quale effetto delle sue pronunce di incostituzionalità.

In proposito abbiamo ritenuto di poter concludere nel senso che anche il principio di parità di bilancio rappresenti un principio costituzionale che deve essere

valutato nell'attività di bilanciamento spettante alla Corte. Conseguentemente la Corte costituzionale potrà in certi casi giungere alla conclusione che il valore espresso dal principio di equilibrio di bilancio debba considerarsi recessivo e quindi sia da sacrificare rispetto ad altri valori costituzionali che vengono in gioco ed allora pronuncerà una decisione di incostituzionalità oppure potrà ritenere prevalente quel valore, nel qual caso la decisione non potrà essere che di infondatezza.

Recentemente (2014 e 2017) la Corte costituzionale ha richiamato l'utilizzo delle sentenze manipolative, indicandole come unica possibilità per dichiarare incostituzionali un certo tipo di leggi, le c.d. leggi costituzionalmente necessarie, traendo ciò dai limiti che tradizionalmente la giurisprudenza costituzionale ha previsto per l'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo.

Al proposito abbiamo espresso qualche perplessità nella considerazione che questa posizione potrebbe condurre la Corte a non poter dichiarare incostituzionale una legge (costituzionalmente necessaria, come ad esempio la legge elettorale) anche quando la stessa dovesse risultare palesemente contraria ai principi costituzionali, ciò solo perché, nelle specie, potrebbe risultare impossibile fare ricorso ad una pronuncia di tipo manipolativo.

Necessario è stato a questo punto svolgere alcune considerazioni in merito ai rapporti fra il Giudice Costituzionale e gli altri poteri dello Stato (in particolare il potere giudiziario e il legislativo).

Abbiamo quindi segnato i problemi e le conseguenze delle decisioni di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" e di "incostituzionalità senza nullità" – impiegate dalle due Corti costituzionali sull'esempio anche dei Giudici costituzionali austriaci e tedeschi – sulla logica sottostante al giudizio delle leggi in via incidentale e soprattutto dei diritti ad esso connessi.

In particolare, se da un lato, attraverso queste decisioni, la Corte costituzionale viene a porsi in dialogo con il legislatore, sollecitando un suo intervento, dall'altro viene a trascurare del tutto gli interessi presenti nel giudizio *a quo* che, nonostante il sostanziale accertamento della incostituzionalità della norma, dovrà concludersi con l'applicazione della medesima al caso da decidere.

Abbiamo messo in evidenza alcuni casi nei quali il Giudice costituzionale ravvisa un forte disagio rispetto alla attuazione dei principi costituzionali ma ritiene, per varie ragioni, di non poter giungere ad una decisione di incostituzionalità e deve quindi

concludere il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità. In queste occasioni, il Costituzionale rivolge, in motivazione, un invito al legislatore – in termini più o meno stringenti - perché questi intervenga a regolare diversamente la materia e ad eliminare certe incongruenze presenti nella disciplina della stessa.

Sempre con riguardo alla relazione tra Giudice costituzionale e legislatore, abbiamo voluto mettere in guardia di fronte ai possibili abusi nell'utilizzo delle sentenze manipolative, che in certi casi possono essere intese come una "invasione di campo" da parte del potere legislativo.

E' stato rilevato come alcune tecniche decisorie utilizzate dai Giudici costituzionali (come ad esempio le sentenze interpretative o le additive di principio, analizzate nel capitolo secondo) possano potenziare quella relazione "virtuosa", necessaria per il corretto funzionamento del processo costituzionale in via incidentale, tra Corti costituzionali e autorità giudiziarie. Ma che allo stesso modo, se utilizzate fuori dai confini propri dell'attività del Giudice costituzionale, possono finire per creare più difficoltà che benefici per l'attività giurisdizionale.

Non è certamente facile svolgere una valutazione conclusiva sul ruolo assunto dai due Tribunali costituzionali nella tutela dei diritti attraverso lo strumento del giudizio in via incidentale. Per quanto riguarda il sistema italiano a maggior ragione, dal momento che ciò significa dare un giudizio su gran parte dell'attività e del ruolo portato a termine dal Giudice costituzionale.

La valutazione sul funzionamento del sistema incidentale in rapporto alla tutela dei diritti è stata generalmente molto positiva. E' stato in particolare rilevato dalla dottrina italiana (ma tali considerazioni valgono certamente anche per l'esperienza spagnola) (ONIDA) come lo strumento incidentale si sia mostrato perfettamente adeguato a realizzare in concreto la tutela, sul piano giuridico, dei diritti fondamentali. Infatti "se per ogni diritto (sostanziale) c'è – e ci deve essere per Costituzione (. . .) – un giudice ed un giudizio nel quale esso può essere azionato e fatto valere; se da qualunque giudice e in qualunque giudizio può essere provocato il controllo della Corte sulla eventuale indebita compressione o limitazione che ai diritti fondamentali possa derivare da norme di legge, di diritto sostanziale o processuale, ne deriva che, dal punto di vista logico, il sistema delle garanzie di tali diritti non ammette e non lascia lacune".

Non possiamo che condividere altresì il giudizio espresso dalla dottrina assolutamente prevalente nel senso che la Corte costituzionale con il passare degli anni è apparsa sempre più nella veste di “giudice dei diritti” che non in quella di “giudice delle norme”, dotandosi di strumenti - quali le sentenze interpretative, le manipolative, le additive di principio - non previsti dalla legge, ma creati dalla Corte per meglio svolgere la propria attività specialmente in vista di una migliore tutela dei diritti fondamentali. Infatti, come abbiamo sottolineato citando Villaverde Menendez, queste tecniche decisorie non sono altro che la prova della concretezza della questione di incostituzionalità e del fatto che il Costituzionale tende ad adeguare la norma oggetto del suo giudizio non solo alla Costituzione, ma anche al caso concreto nel quale deve applicarsi.

E anche se è stato necessario ricordare che in alcuni casi questi nuovi strumenti possono trascurare i diritti e gli interessi delle parti del giudizio a quo, abbiamo accertato come spesso tale effetto debba ricondursi alla necessità di tutelare l’interesse generale, e quindi essere, su queste basi, giustificato.

Se è vero che non sono mancati casi di vero o apparente conflitto tra i Giudici costituzionali e gli altri poteri dello Stato (specie legislativo e autorità giudiziaria), allorchè l’attività dei primi si sia rivelata troppo creativa, non è da sottacere come, nella maggior parte dei casi si è venuta a creare un’opera di collaborazione che è risultata assai positiva per la tutela dei diritti e per la realizzazione dei valori costituzionali. Ci riferiamo alle ipotesi di segnalazioni rivolte al legislatore perché questi intervenga a modificare in senso costituzionalmente conforme la normativa o a eliminare pericolose lacune legislative (proponendo spesso letture “evolutive” del testo costituzionale); oppure dirette ai giudici per indicare loro le interpretazioni costituzionalmente corrette o quelle che, al contrario, sembrerebbero porsi in contrasto con i principi costituzionali.

Inevitabile che in questa sua attività la Corte sia venuta spesso a distaccarsi in maniera sensibile dalla figura kelseniana del “legislatore negativo”, per assumerne una assai più vicina a quella di un vero legislatore, ponendo di conseguenza un problema di limiti alla sua attività “creativa” e pure di legittimazione democratica.

Le Costituzioni italiana e spagnola, in tema di diritti inviolabili della persona, contengono una formula generica (“la repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”, art. 2 della Costituzione italiana, e “i diritti inviolabili –della persona- sono il fondamento dell’ordine politico e della pace sociale”, art. 10.1 della Costituzione spagnola), ponendo quindi all’interprete il problema di intendere la stessa come riferita ai soli diritti espressamente indicati nella prima parte della rispettiva Costituzione (tesi della “norma chiusa”) oppure nel senso di poter ricavare anche altri diritti ugualmente garantiti in quanto non prevedibili al momento dell’approvazione della Costituzione oppure emersi solo successivamente nella realtà sociale e politica del paese (tesi della “norma aperta”).

Ad indicare questo secondo tipo di “attività” è stata coniata una espressione che ha avuto molta fortuna e che adesso indica inequivocabilmente la stessa, ci riferiamo alla identificazione dei c.d. “diritti nuovi”.

Espressione appunto felice, anche se - presa alla lettera ed al pari di tutte le espressioni sintetiche – potrebbe indurre in errore, nel senso che certamente la Corte costituzionale non può procedere alla creazione di diritti nuovi, nel senso di diritti non previsti dalla Costituzione, quanto ad un’opera di loro individuazione attraverso una lettura sistematica della Costituzione e dei suoi valori portanti.

Tra i limiti che si pongono chiaramente alle Corti costituzionali nella determinazione dei diritti fondamentali sta infatti certamente la necessità del rispetto del testo costituzionale. Se da un lato si può pensare che l’operato delle Corti costituzionali e dei giudici comuni attribuisce una certa “dinamicità” al testo, determinando una evoluzione del “patrimonio costituzionale dei diritti”, non possono certo essere superate quelle coordinate fissate dal testo della Costituzione.

Con riguardo all’attività creativa del Giudice costituzionale in tema di diritti fondamentali, abbiamo infine ritenuto di dover distinguere a seconda che il diritto vantato trovi riconoscimento, in maniera più o meno espressa, nel testo costituzionale oppure sia invece lasciato alla libera scelta del legislatore.

La prima ipotesi, che abbiamo definito di “diritti costituzionali”, si realizza quando la Costituzione “impone” la tutela di un diritto, mentre la seconda quando la stessa “consente, ma non “impone”, il riconoscimento del diritto – che abbiamo identificato “diritti legali” - lasciando in materia la libertà di scelta al legislatore.

Evidente risulta la diversa legittimazione ad un intervento creativo del Giudice costituzionale nel primo rispetto al secondo caso, così come pure diversi saranno le condizioni per operare a seconda che – di fronte a “diritti costituzionali” – il legislatore abbia deciso di regolare la materia oppure abbia preferito non intervenire, lasciando la situazione priva di una regolamentazione.

La Corte infatti giudica sulle leggi e non sulle omissioni del legislatore, anche se recentemente, a proposito della latitanza del legislatore a disciplinare diritti e doveri della coppia omosessuale, la Corte ha, per la prima volta, deciso di dichiarare, nella sostanza, incostituzionale proprio una omissione del legislatore.

Capitolo quinto

Il quinto capitolo ha affrontato il problema dell'incidenza sull'attività del giudice nazionale - costituzionale e comune – nel controllo delle leggi in via incidentale dell'irrompere sulla scena della problematica del livello sovranazionale di tutela dei diritti e quindi della c.d. tutela multilivello dei diritti.

Fermo restando che oggetto della tesi è il confronto tra l'esperienza italiana e quella spagnola in ordine al grado di tutela dei diritti fondamentali riconosciuta attraverso lo strumento della pregiudizialità costituzionale, abbiamo ritenuto di completare la ricerca, svolta a livello nazionale, con una comparazione e raffronto tra la pregiudizialità costituzionale ed il funzionamento dello stesso meccanismo pregiudiziale a livello sovranazionale.

La presenza di differenti Carte e quindi di differenti giudici ha, come noto, fatto sorgere in concreto un problema di raccordo tra gli stessi e, scartato di poter fare riferimento ad un criterio gerarchico oppure di competenza, si è comunemente ritenuto di preferire il criterio di collaborazione-cooperazione, tale da instaurare un “dialogo” tra i giudici di differenti gradi e livelli.

La pregiudizialità costituzionale, come abbiamo ricordato nella tesi, ha certamente posto, specie nei primi anni, un analogo problema nel rapporto tra i giudici comuni ed il Giudice costituzionale e quindi in ordine al “dialogo” tra gli stessi, che ha vissuto momenti anche complicati (le “guerre tra le corti”).

Il problema si è quindi presentato anche a livello sopranazionale, con riferimento questa volta ai rapporti tra i giudici nazionali (ordinari e costituzionale) e quelli europei, specificamente la Corte europea di Strasburgo e quella di giustizia di Lussemburgo, soprattutto a partire dal momento in cui anche la seconda ha iniziato sempre con maggiore frequenza ad interessarsi della tutela dei diritti fondamentali, prima come principio generale dell'ordinamento comunitario poi a seguito dell'approvazione ed entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tra i diversi strumenti, un ruolo di assoluta preminenza ha avuto il sistema della pregiudizialità, il quale rappresenta il fondamento sia del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia della richiesta di pareri prevista dal Protocollo n. 16 allegato alla Cedu.

L'affermazione del metodo del dialogo ha inevitabilmente prodotto conseguenze sul modo di operare del giudice nazionale anche, per quanto riguarda il tema della tesi, nella sua attività di garante dei diritti fondamentali attraverso lo strumento del controllo delle leggi in via incidentale.

Su tale base abbiamo ritenuto di affrontare specificamente tre aspetti collegati al fenomeno della tutela multilivello e che ci sono sembrati strettamente connessi a quelli affrontati nella tesi e su di questi incidenti. In particolare: a) un confronto tra la pregiudizialità costituzionale e quelle eurounitaria e convenzionale; b) i fenomeni di "doppia o tripla pregiudizialità"; c) la tutela dei diritti inviolabili della persona nei riguardi di previsioni o interpretazioni del diritto dell'Unione europea, attraverso il riferimento ai c.d. controlimiti.

Sul primo punto è stata dapprima analizzata la disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e della richiesta di pareri alla Corte europea per poi evidenziare, solo chiaramente per quanto riguarda il primo dei due strumenti, il modo come questo si sia in pratica configurato, sovente anche in dissonanza con le previsioni normative.

In particolare abbiamo ritenuto di sottolineare come il rinvio pregiudiziale si sia rivelato uno strumento di assoluto rilievo anche per la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli, nel caso di supposta violazione dei medesimi da parte di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione europea, ancora di più a seguito della entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Mentre con riguardo al "protocollo del dialogo" – come è stato definito il Protocollo n. 16 – abbiamo evidenziato come la richiesta alla Corte di Strasburgo di un parere su aspetti e principi generali della Cedu porta un elemento di novità nell'attività

di un Giudice che tradizionalmente si esprime su casi specifici, favorendo una sua trasformazione verso una vera Corte costituzionale.

E' stato necessario, però, affrontare un problema preliminare, vale a dire la possibilità di parlare in questo caso di sistema pregiudiziale, affrontando così il tema relativo all'obbligo o meno dell'autorità giudiziaria che chiede il parere di sospendere il suo giudizio in attesa della risposta, della quale fare applicazione nel caso da decidere.

Al riguardo la nostra soluzione è stata per l'assoluta prevalenza degli argomenti a favore dell'obbligo di sospensione e quindi del meccanismo pregiudiziale e, sulla base di questa, abbiamo quindi criticato l'opposta soluzione contenuta nel disegno di legge italiano per la ratifica del Protocollo n. 16.

Allo scopo di poter procedere ad un raffronto tra il modo di operare delle pregiudizialità eurounitaria e convenzionale, rispetto a quella costituzionale, è quindi stata condotta la comparazione scegliendo cinque momenti caratterizzanti: a) i criteri di individuazione dei soggetti legittimati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del rinvio o della richiesta; c) l'oggetto del rinvio o della richiesta; d) il contraddittorio e la posizione delle parti del giudizio *a quo*; e) la decisione e l'efficacia della medesima.

Con riguardo ai soggetti legittimati abbiamo ritenuto di sottolineare, con riferimento al rinvio pregiudiziale, come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia elaborato una nozione di "organo giudiziario" ai limitati fini del rinvio, stabilendo i necessari requisiti, mentre, con riguardo alla richiesta di pareri, abbiamo rilevato un netto cambio di metodo rispetto alla pregiudiziale costituzionale ed eurounitaria, dal momento che la loro definizione e specificazione non viene rimessa alla elaborazione giurisprudenziale, bensì alla scelta del soggetto politico che procederà alla ratifica del Protocollo, il quale ha il compito di indicare discrezionalmente le "alte giurisdizioni" legittimate a chiedere pareri.

Potrà pertanto accadere che, nonostante tutte le previsioni fatte in proposito dalla dottrina siano nel senso di inserire tra tali giurisdizioni il Giudice costituzionale – ritenendolo alcuni addirittura l'unico o comunque il più idoneo a farlo – la scelta operata dal legislatore italiano (nel disegno di legge in approvazione) non comprenda la Corte costituzionale.

Circa la natura obbligatoria o facoltativa del rinvio pregiudiziale o della richiesta di parere - a fronte di un obbligo gravante sul giudice nel caso di pregiudizialità costituzionale, una volta verificata la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge – è emerso come per il giudice comune vi sia solamente una facoltà di proporre il rinvio

interpretativo alla Corte di giustizia. L'obbligo di farlo grava infatti solamente sui giudici di ultima istanza, al fine di favorire la uniforme interpretazione del diritto eurounitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia ha di fatto introdotto altresì una serie di ipotesi, ricorrendo le quali il giudice, pur se di ultima istanza, non è obbligato a proporre il rinvio.

Nel sistema delineato dal Protocollo n. 16, la richiesta dei pareri è, come detto, esercitabile solo dalle alte giurisdizioni espressamente indicate nell'atto di ratifica ed è espressamente definita come "facoltativa".

Circa l'oggetto del rinvio pregiudiziale, esso è indicato nella interpretazione del solo diritto euro unitario, anche se la Corte di giustizia ha poi finito in realtà per pronunciarsi in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del diritto nazionale, venendo a svolgere un tipo di controllo che si è avvicinato, per alcuni versi, a quello di costituzionalità, dando luogo altresì ad una forma di controllo di tipo diffuso attraverso il potere di disapplicazione del giudice nazionale.

Il Protocollo n. 16, indica l'oggetto del parere consultivo in "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli", per cui sono stati sollevati dubbi sulla capacità della Corte europea di attenersi ad un piano astratto di interpretazione dei principi, quando finora la sua attività è stata un'attività di decisione su casi concreti.

Nella ricostruzione del contraddittorio e del ruolo delle parti, sia nel giudizio *a quo*, come in quello davanti alla Corte di giustizia ed alla Corte europea, abbiamo creduto in particolare di sottolineare, con riguardo al rinvio pregiudiziale, come il giudice sia stato ritenuto dalla Corte di Lussemburgo come il *dominus* assoluto, non legato quindi nella sua decisione e nel determinare il contenuto del provvedimento alla posizione delle parti del processo in corso.

Mentre, per il giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, è stato notato come la presenza delle parti è prevista quale "*amicus curiae*", dal momento che la decisione (a discrezione del presidente di farle partecipare è presa in considerazione "dell'interesse di una buona amministrazione della giustizia".

Infine con riguardo alla decisione, nell'espone la natura bifasica propria del procedimento relativo alla richiesta di pareri alla Corte di Strasburgo si è tentato di individuare le ragioni sulla base delle quali si potrà decidere di non ammettere la richiesta.

Mentre gli effetti della decisione della Corte di giustizia circa l'interpretazione del diritto eurounitario, sono ritenuti obbligatori *erga omnes*, e quindi in questo parificati ad una legge di interpretazione autentica, i pareri espressi dalla Grande camera di Strasburgo sono invece qualificati come privi di efficacia vincolante.

In proposito abbiamo ritenuto di dover porre in dubbio che davvero i pareri possano ritenersi privi di efficacia giuridica e questo nella considerazione, sia che comunque sono qualificati al pari delle sentenze-pilota della Corte europea e comunque della sua giurisprudenza, sia perché, una volta che il richiedente intendesse non seguire il parere, si aprirebbe la assolutamente prevedibile via contenziosa, che porterebbe nuovamente la questione al giudizio della stessa Corte, la quale, dismesso il cappello di organo consulente assumerebbe quello di organo decidente. Dal momento che sotto il diverso cappello starà la medesima testa, appare di tutta evidenza in questi casi l'alta probabilità di successo del ricorso.

Sempre con riguardo a questo primo aspetto (confronto tra la pregiudizialità costituzionale e quelle eurounitaria e convenzionale), abbiamo ritenuto anche di analizzare un profilo necessariamente attinente solamente al sistema spagnolo e al dialogo fra il Tribunal Constitucional e la Corte di Lussemburgo, data la previsione in Spagna (come abbiamo più volte ricordato) di un ricorso diretto attivabile dal singolo per la tutela dei diritti fondamentali. Intendiamo riferirci alla possibilità di ricorrere in amparo per la violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva nel caso di mancato sollevamento di una pregiudiziale eurounitaria da parte del giudice ordinario.

L'altro tema affrontato è stato, come premesso, quello della “doppia pregiudizialità”, sia con riguardo al giudizio davanti alla Corte di giustizia, sia alla Corte europea.

Nel primo caso il giudice comune si trova nella condizione di nutrire, contemporaneamente e con riguardo al medesimo procedimento pendente davanti ad esso, sia un dubbio in ordine alla conformità della legge da applicare ai principi costituzionali, sia circa la corretta interpretazione del diritto eurounitario rilevante per il caso da decidere

La situazione può, in certa misura, ritenersi “figlia” della concezione dualista del rapporto tra ordinamenti fatta propria dal Giudice costituzionale, con la conseguenza che - se in caso di contrasto tra il diritto nazionale e quello eurounitario il giudice deve procedere alla disapplicazione del primo, salvo il previo rinvio interpretativo alla Corte

di giustizia – restano una serie di ipotesi, tra cui quella relativa al diritto eurounitario non direttamente applicabile, per le quali vale invece la competenza della Corte costituzionale.

Il fenomeno della “doppia pregiudizialità” è stato esaminato prima a livello astratto, con riguardo alle diverse possibilità prefigurate dalla dottrina, sia attraverso l’esame di alcuni casi pratici particolarmente caratteristici, mentre abbiamo ritenuto di dedicare una particolare attenzione alla posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale dei due Paesi oggetto di questo studio.

La Corte costituzionale italiana in primo momento si era infatti limitata ad affermare che il problema relativo alla interpretazione del diritto dell’Unione europea era un problema del giudice comune, mentre successivamente ha elaborato una giurisprudenza, poi del tutto consolidatasi, fondata su quello che è stato chiamato uno “strattagemma processuale”, ossia la questione attinente alla rilevanza della questione. Secondo la Corte costituzionale la soluzione relativa alla corretta interpretazione del diritto eurounitario porta con sé la conclusione circa la doverosità o meno di disapplicazione del diritto nazionale da parte del giudice precedente e, nel secondo caso, la conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità dal momento che il giudice non avrebbe dovuto quindi far applicazione della normativa nazionale. Da qui la conclusione per cui il giudice *a quo* avrebbe dovuto prima accertare l’applicabilità (attraverso, se del caso, il rinvio pregiudiziale) e solo successivamente, una volta escluso il contrasto con il diritto dell’Unione europea, investire della questione di costituzionalità la Corte costituzionale.

Una soluzione da molti ritenuta fondata su basi assai fragili e in realtà dovuta a ragioni pratiche o di economia processuale, che ha condotto la Corte a dialogare con la Corte di giustizia, per usare una felice espressione di Marta Cartabia, “per interposta persona”.

Il Tribunale costituzionale spagnolo si è pronunciato sul tema della doppia pregiudizialità in differenti ipotesi, tutte molto recenti.

In quelle circostanze che possiamo definire di “doppia pregiudizialità in senso stretto” abbiamo appurato che anche il *Tribunal Constitucional*, come la Corte costituzionale italiana, invoca l’assenza dei requisiti della applicabilità e rilevanza per dichiarare inammissibili quei casi in cui un giudice ordinario abbia sollevato una

questione di incostituzionalità esprimendo anche dubbi circa la interpretazione o la conformità della stessa disposizione secondo il diritto eurounitario (e non abbia sollevato una pregiudiziale europea), oppure in quei casi in cui l'organo della giurisdizione ordinaria sollevi contemporaneamente le due questioni. Il Giudice costituzionale afferma così la priorità, in queste circostanze, della pregiudiziale eurounitaria.

Abbiamo anche voluto esaminare un caso che ci è sembrato particolarmente significativo, nel quale, di fronte a una questione di incostituzionalità sollevata da un giudice che, sulla stessa norma, aveva sollevato una questione pregiudiziale e ottenuto dalla Corte di Lussemburgo una decisione che confermava la compatibilità fra norma UE e norma nazionale, il *Tribunal Constitucional* non si dichiara contrario alla possibilità che un organo della giurisdizione nazionale utilizzi entrambi gli strumenti pregiudiziali. Riconosce infatti il Costituzionale spagnolo che, da un lato, possono esistere piani e ambiti distinti di indagine su una stessa norma, e cioè un controllo di costituzionalità e uno di adeguatezza al diritto europeo, ognuno dei quali di competenza di un differente giudice. Dall'altro lato, il Costituzionale spagnolo dichiara, nei casi (come quello proposto) nei quali la Corte di giustizia si sia pronunciata anteriormente sulla stessa norma, di essere libera di prendere le sue decisioni in merito alla costituzionalità della disposizione. Quindi, proprio per quella differenza di ambiti a cui poc'anzi facevamo riferimento, anche se una norma di legge ha superato il controllo di conformità al diritto eurounitario, la questione può essere riproposta posteriormente al vaglio del *Tribunal Constitucional*, che deciderà indipendentemente dalle valutazioni della Corte di giustizia con l'unica precisazione che, senza dubbio, il Costituzionale dovrà “tenere molto presenti le conclusioni prese dal Giudice di Lussemburgo”. Ci siamo chiesti quindi, viste poi le conclusioni del *Tribunal Constitucional* (che praticamente fa sue tutte le considerazioni della Corte di giustizia), se davvero esistono questi due ambiti distinti di indagine e di azione, o se invece i Tribunali costituzionali non debbano in qualche modo “rassegnarsi” alla realtà delle cose: che qualora su una materia esiste una disciplina eurounitaria, la interpretazione che prevarrà sarà quella di Lussemburgo. Abbiamo però aggiunto due eccezioni a questa circostanza che si sta trasformando in regola: le Corti costituzionali, da un lato, non dovranno cedere al diritto dell'Unione Europea e all'interpretazione fornita dalla sua Corte nel caso in cui questi si pongano in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale (c.d. controlimiti); e, dall'altro, conserveranno uno spazio indipendente ogni qualvolta esista

un profilo della disciplina in questione (nazionale o costituzionale) che sfugga alla disciplina eurounitaria. In questi due casi, le Corti costituzionali dovranno assicurarsi di affermare il loro ruolo di garanti dei principi supremi e identitari dell'ordinamento nazionale.

Abbiamo quindi proceduto ad esaminare i problemi relativi alla “doppia pregiudizialità” nei rapporti tra quella costituzionale e quella convenzionale, rispetto alla quale abbiamo ritenuto che una influenza decisiva viene svolta dal ruolo e significato riconosciuto alla Cedu nel sistema delle fonti ed alla interpretazione della medesima fornita dalla Corte di Strasburgo, concludendo che nella generalità dei casi, il richiedente sarà comunque portato a rivolgersi prima a quest'ultima e solo successivamente, se del caso, al Giudice costituzionale.

Per concludere su questo punto sono stati individuati due elementi di ulteriore complicazione nell'attribuzione del valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti dell'Unione europea e nella previsione della futura adesione della Unione europea alla Cedu.

A proposito della prima abbiamo ricordato una importante precisazione ad opera della Corte costituzionale italiana, la quale ha escluso che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, mentre circa la seconda di grande importanza è stato il parere molto negativo espresso dalla Corte di giustizia rispetto al progetto di adesione e anche specificamente con riguardo al Protocollo n. 16.

Sulla base di questo parere è stato osservato che parrebbe quasi che sia la Cedu che viene ad aderire alla Unione europea e non viceversa e che la Unione europea potrà aderire solamente quando sarà disponibile ad accettare un controllo esterno da parte della Corte di Strasburgo, mentre Vladimiro ZAGREBELKY ha affermato che il parere della Corte di giustizia ha fatto sì che “*il percorso di integrazione dell'Unione nella Grande Europa del consiglio d'Europa si è interrotto*”.

Infine per l'ipotesi in cui una violazione della Cedu, che determina un indiretto contrasto con la Costituzione, sia riconducibile ad un atto normativo dell'Unione europea, abbiamo avanzato l'ipotesi di una possibile situazione di “tripla pregiudizialità”, potendo l'”alta giurisdizione” sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, proporre un rinvio interpretativo alla Corte di Lussemburgo o chiedere un parere non vincolante alla Corte di Strasburgo.

Il terzo aspetto esaminato è stato quello dell'utilizzazione di una delle vie d'accesso alle Corti costituzionali (il controllo della legge in via incidentale, in Italia, e l'*amparo*, in Spagna) allo scopo di denunciare davanti al Giudice costituzionale la violazione da parte di un atto normativo dell'Unione europea di un diritto fondamentale, inviolabile della persona, allo scopo con ciò di sottrarsi all'efficacia diretta e soprattutto al primato del diritto dell'Unione, grazie alla dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana per la parte in cui essa ha introdotto nel nostro ordinamento la disposizione eurounitaria, o alla concessione della protezione offerta dall'*amparo* costituzionale in Spagna.

Ad esso strettamente collegato appare l'utilizzo da parte del Giudice costituzionale dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per ricevere chiarimenti interpretativi in ordine a atti normativi dell'Unione o a decisioni della stessa Corte di Lussemburgo coinvolgenti diritti fondamentali della persona.

In proposito abbiamo ritenuto preferibile ed opportuno partire da quest'ultimo aspetto, ricostruendo (separatamente per ognuno dei due Paesi) il lento –e in certi casi oscillante- percorso seguito in proposito dalle Corti costituzionali italiana e spagnola le quali, per molti anni, come abbiamo sottolineato, hanno resistito ad una posizione quasi unanime della dottrina la quale le chiedeva, attraverso un variegato ventaglio di motivazioni, di proporre direttamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La parte finale del surrichiamato percorso è rappresentata dalle pronunce con le quali, abbandonando la radicale posizione di isolamento, i due Tribunali hanno finalmente deciso di farlo.

L'attenzione principale è stata dedicata al richiamo ed all'utilizzo dei c.d. controlimiti come fondamento per la tutela dei diritti inalienabili della persona ed alla sua evoluzione da semplice minaccia a strumento davvero utilizzabile.

A tal fine ci è sembrato utile seguire la problematica attraverso l'esame di due casi che potrebbero ritenersi in proposito davvero emblematici per i due paesi presi in considerazione nella tesi: il caso *Melloni* per la Spagna e quello *Taricco* per l'Italia.

La vicenda *Melloni*, la cui indagine inizia con una dettagliata descrizione dell'episodio, ha fatto sì che il Costituzionale spagnolo, trovandosi di fronte ad un caso

in cui stando evidentemente in gioco e fortemente sovrapposti diritti fondamentali e norme della Unione Europea, decidesse di sollevare per la prima volta una questione pregiudiziale al Tribunale di Giustizia, chiedendo in definitiva come poter rendere compatibile la Euroorden e l'interpretazione ampia da lei garantita fino a quel momento al contenuto del diritto di difesa.

La Corte di Lussemburgo, con sentenza della Gran Sala del 26 febbraio 2013, decise (in estrema sintesi e concentrandoci in questa sede solo sull'aspetto più delicato) per l'inconciliabilità fra la giurisprudenza costituzionale e la disciplina della Euroorden. Il fondamento di tale asserto risiede nel principio del primato del diritto dell'Unione che verrebbe minato nelle sue stesse fondamenta qualora fosse concessa la possibilità ad uno Stato di subordinare l'extradizione al rispetto di diritti fondamentali previsti in maniera differente ancorché maggiormente favorevoli all'interessato, dalle proprie Costituzioni nazionali. In effetti, citando la propria precedente giurisprudenza, la Corte di Lussemburgo ricorda che in nessun caso una disposizione nazionale, quand'anche di rango costituzionale (e in questo caso, così come risultante dalla interpretazione del Tribunale costituzionale del Paese in questione), potrà diminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato.

Il passo successivo e conclusivo della vicenda sarà la sentenza che risolve l'*amparo* costituzionale, non concedendo lo stesso al Sig. Melloni e confermando quindi l'esecuzione della Euroorden e la extradizione. Sentenza criticata da una parte della dottrina, che considerava fosse finalmente giunto il momento che uno Stato membro attivasse la teoria dei controlimiti per garantire lo standard di tutela fino a quel momento applicato.

Con riguardo al caso *Taricco* abbiamo proceduto ricostruendo la fattispecie che ha condotto alla sentenza della Corte di giustizia, la quale ha fornito una interpretazione dell'art. 325 Tfeue che ha suscitato molte perplessità circa la sua compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento italiano ed i diritti inalienabili della persona.

Di conseguenza alcuni giudici, tra cui la Corte di cassazione, hanno ritenuto di dover sollevare questione di costituzionalità denunciando la violazione di fondamentali principi costituzionali, quali il principio di irretroattività della legge penale *in malam partem*, con la riserva di legge contenuta nell'art. 25.2 della Costituzione italiana ed il principio di tassatività della norma penale, con il principio di separazione dei poteri e di

soggezione del giudice soltanto alla legge, con il diritto di difesa dell'imputato ed il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27 della Costituzione italiana).

La dottrina ha, in generale, criticato fortemente la decisione della Corte di Lussemburgo chiedendo espressamente alla Corte costituzionale di far valere i "controlimiti" e di accogliere quindi la questione di costituzionalità sollevata.

La Corte, pur ritenendosi convinta della risposta negativa, ha chiesto ugualmente alla Corte di giustizia se essa ritenga che il giudice nazionale debba dare applicazione ad una regola del diritto dell'Unione anche quando la stessa si ponga in contrasto con i principi supremi dello Stato, non mancando di ricordare che l'art. 4.3 del Trattato esprime il principio di leale cooperazione che implica reciproco rispetto e assistenza e suggerisce alla Corte di giustizia una lettura della regola tratta dall'art. 325 Tfu nel senso che la stessa sia da ritenere applicabile solo a condizione che sia compatibile con l'identità costituzionale dello stato membro, precisando che se tale interpretazione fosse ritenuta corretta, la questione di costituzionalità sarebbe risolta con una pronuncia di rigetto.

Una simile lettura, ad avviso della Corte, preserva da un lato la identità nazionale e dall'altro non compromette la uniforme interpretazione del diritto Ue, ponendosi quindi come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. In caso contrario il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e di allontanarsi dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani.

In conclusione il raffronto fra la pregiudiziale costituzionale, eurounitaria e convenzionale mostra come, mentre nelle prime due qualsiasi autorità giudiziaria, nel corso di un procedimento che si svolge davanti alla stessa, è legittimata a proporre questione di costituzionalità o effettuare un rinvio interpretativo, nel caso del protocollo n. 16, il numero delle autorità giudiziarie legittimate è estremamente ridotto a soggetti espressamente e tassativamente indicati a livello politico dagli stati membri.

Pure da sottolineare come il Giudice costituzionale, mentre è ritenuto senz'altro legittimato a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la sua legittimazione a richiedere pareri a Strasburgo è rimessa alle scelte degli organi politici ed è quindi possibile, come nel caso italiano, che non sia ad esso riconosciuta la relativa legittimazione. Restiamo in attesa della scelta del legislatore spagnolo.

Dal confronto tra i tre meccanismi pregiudiziali risulta come la diffusione dei principi e dei valori per la cui realizzazione e garanzia operano le autorità giudiziarie legittimate ad attivare i meccanismi stessi, sia pienamente conseguita dalla pregiudiziale costituzionale in cui tutti i giudici hanno l'obbligo, in presenza di certi presupposti, di sollevare questione di costituzionalità, in misura sufficiente anche se più ridotta dalla pregiudiziale eurounitaria, stante la sola facoltà per i giudici non di ultima istanza ed in forme del tutto insufficienti in quella convenzionale, ispirata solo ad un dialogo tra autorità di vertice che lascia del tutto fuori la grandissima parte dei giudici nazionali.

Inoltre, per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, la possibilità, aperta dal Tribunal Constitucional, di reagire (in determinate circostanze ben definite) attraverso la concessione dell'amparo costituzionale al rifiuto da parte dell'autorità giudiziaria di sollevare una questione pregiudiziale al Giudice di Lussemburgo, è senza dubbio testimonianza del compimento di questa volontà garantista delle giurisdizioni nazionali, in questo caso anche di quella costituzionale.

A conclusione di questo raffronto che abbiamo tentato di operare tra la pregiudizialità costituzionale, quella eurounitaria e quella convenzionale, potremmo chiederci se l'istituto della pregiudizialità possa essere considerato come uno strumento di dialogo – o tale da favorire il dialogo – oppure come una inevitabile gerarchizzazione fra i diversi giudici ed i differenti livelli in senso di una sopra o sotto ordinazione dei giudici e delle corti.

Pare indubbio che, mentre il sistema delle impugnazioni tende ad esprimere più propriamente un sistema gerarchico, quello della pregiudizialità appare orientato maggiormente nel senso della collaborazione-cooperazione tra due diversi soggetti, uniti dal perseguimento di uno scopo unitario espresso al fondo da un'unica decisione finale. Un unico giudizio, nel corpo del quale viene innestato un altro giudizio strumentale alla risoluzione del primo.

Nella pregiudiziale costituzionale è apparso evidente come le esperienze italiana e spagnola esaminate nella tesi mostrano a sufficienza che molto dipende da come in concreto si sono venuti a realizzare i rapporti fra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale, tanto che abbiamo individuato fasi, anche temporalmente, diverse, passando da una situazione di "guerra" oppure di "diffidenza" ad una di consonanza più o meno piena.

La previsione di un sistema accentrato, ma ad iniziativa diffusa, con il riconoscimento ad ogni autorità giudiziaria della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ha certamente contribuito ad indirizzare lo strumento verso forme di collaborazione e di dialogo con il Giudice costituzionale. Un dialogo che può rischiare di essere interrotto allorchè quest'ultimo ritenga di privilegiare la sua "anima politica" a danno di quella "giurisdizionale", spingendo così i giudici comuni e le parti dei giudizi a ricercare un "giudice" a livello sovranazionale.

Nella pregiudiziale eurounitaria la finalità di uniformare l'interpretazione del diritto dell'Unione europea e quindi la distinzione fra giudici di ultimo grado e non, l'efficacia erga omnes delle interpretazioni della Corte di giustizia, unitamente a certi comportamenti "autoritari" della stessa, hanno finito per determinare una maggiore sensazione di sopra-sotto ordinazione, evidenziando un elemento che certamente è implicito nel sistema pregiudiziale e nel fatto stesso che un soggetto, sospenda il suo giudizio in attesa di una decisione di competenza di altro soggetto e che verrà ad influire sulla risoluzione del suo processo.

Nella pregiudiziale convenzionale il dettato normativo sembrerebbe assolutamente tale da far pensare ad un modello ideale per favorire un dialogo fra le "alte giurisdizioni" e la Corte europea dei diritti dell'uomo, attraverso la previsione di una semplice facoltà di richiedere parere e della efficacia non vincolante dello stesso, anche se, come abbiamo detto, solo l'esperienza pratica potrà dire quale potrà essere la vera efficacia dei pareri.

Nell'esame della "doppia pregiudizialità" è emerso piuttosto chiaramente, a nostro giudizio, che l'esperienza che abbiamo vissuto con riguardo ai rapporti fra la pregiudizialità costituzionale e quella eurounitaria non sarà comunque ripetuta, e certamente non negli stessi termini, nel caso in cui lo stesso problema dovesse venire a porsi tra la prima e la pregiudizialità convenzionale, stante le profonde differenze che caratterizzano la richiesta facoltativa di pareri a carattere non vincolante.

Il futuro molto difficile che sembra prospettarsi per l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, rendono poco probabile, almeno in tempi brevi, l'eventualità che abbiamo prospettato di una "tripla pregiudizialità", pensando ad un giudice di ultima istanza (qualificato come "alta giurisdizione") che si trovi nella condizione di poter sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, proporre un rinvio interpretativo alla Corte di Lussemburgo o chiedere un parere non vincolante alla Corte di Strasburgo.

L'esame di due casi emblematici verificatisi di recente nei due Paesi di riferimento della nostra tesi, è stato diretto a verificare in quali limiti i giudici comuni nazionali, e conseguentemente il Giudice costituzionale, possano effettivamente ed al di là delle affermazioni di principio, utilizzare il richiamo ai c.d. controlimiti allo scopo di garantire la tutela dei diritti fondamentali, stavolta non nei riguardi delle leggi ed atti aventi forza di legge nazionali, bensì nei confronti del diritto euro unitario.

In entrambi i casi il Giudice costituzionale ha ritenuto di dover effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (per la Spagna è stato il primo caso in assoluto) e, nel caso italiano questo è avvenuto proprio nell'ambito di un giudizio di costituzionalità sollevato in via incidentale, mentre in quello spagnolo, in un giudizio su un ricorso di amparo.

Il diverso giudizio nell'ambito del quale si è concretamente posto il problema dei contro limiti (incidentale o amparo costituzionale), non determina all'evidenza alcuna incidenza sul tema che ci siamo proposti di analizzare, vale a dire come ed in che limiti il giudice comune, nell'ambito di un giudizio incidentale, possa tutelare i diritti fondamentali nei confronti di eventuali lesioni derivanti dal diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte di giustizia.

Ciò che infatti a noi premeva di porre in evidenza era il significato e l'utilizzo che realmente può essere fatto dei controlimiti dal giudice comune e dal Giudice costituzionale ed è appunto questo che abbiamo cercato di derivare dai due casi esaminati.

Riguardo al caso Melloni abbiamo posto l'accento su tre aspetti certamente interessanti e connessi con i temi trattati nella tesi.

In primo luogo, è importante ricordare che grazie a questa occasione il Tribunal Constitucional supera le forti resistenze che aveva precedentemente dimostrato (STC 28/1991), accettando finalmente di riconoscersi inclusa fra gli "organi giurisdizionali" ex art. 267 del Tfu e di poter utilizzare il procedimento pregiudiziale di fronte al Giudice di Lussemburgo, instaurando così una collaborazione diretta con quest'ultimo.

In secondo luogo si è sottolineato come possa però risultare sotto certi aspetti contraddittorio il comportamento del Tribunal Constitucional che sembra svilupparsi attraverso due differenti discorsi: quello della sentenza che conclude la vicenda nel 2014, in qualche modo non concordante con il primo, in occasione dell'ordinanza di

rinvio 86/2011. In effetti in quest'ultima, soprattutto rispetto alla terza delle tre questioni sollevate al Tribunale di giustizia, il Constitucional utilizzava un tono e un discorso persuasivo, cortese e piuttosto contenuto, rivolto a convincere il Giudice di Lussemburgo della ragionevolezza e dei valori superiori difesi nella sua precedente giurisprudenza sulla materia, espansiva nella protezione del diritto di difesa degli imputati condannati in contumacia. Il Costituzionale spagnolo ragionava e attuava quindi senza l'intenzione di confrontare i principi di primazia e supremazia, ammettendo implicitamente che fosse il Tribunale di giustizia l'organo competente per decidere sull'incidenza dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'UE. Dalla risposta di Lussemburgo sarebbe pertanto dipeso lo spazio di manovra concesso alla giurisprudenza costituzionale spagnola in quel terreno di confluenza fra diritti fondamentali e norme europee (come nel caso Melloni). Prova di ciò erano appunto le varie interpretazioni della suddetta norma della Carta dei diritti proposte dal Tribunal Constitucional, una delle quali di natura restrittiva, che avrebbe potuto portare a una potenziale riduzione della tutela offerta dal Costituzionale spagnolo in quegli spazi di sovrapposizione fra piano costituzionale e piano del diritto europeo. Il discorso era quindi certamente persuasivo, ma in un certo senso anche autorestrittivo, dal momento che mai si faceva menzione all'eventuale attivazione del principio di supremazia né dei controlimiti e alle dichiarazioni contenute in proposito nella decisione DTC 1/2004.

Tuttavia abbiamo osservato come il Tribunale costituzionale spagnolo subisca quasi una trasformazione nella successiva sentenza 26/2014, cambi il suo linguaggio e il suo tono – ora diretto alla difesa delle sue posizioni e della sua identità nazionale - dopo aver ricevuto una risposta evidentemente non desiderata dalla Corte di Lussemburgo (sentenza del 26 febbraio 2013), nella quale l'organo europeo nega una lettura dell'art 53 della Carta permissiva di un incremento di protezione dei diritti da parte degli stati membri. E così, come abbiamo sottolineato, nella sentenza che conclude la vicenda, rivolge l'intero paragrafo 3 della decisione ad affermare ripetutamente l'esistenza dei controlimiti in quei punti fondamentali che si riferiscono alla struttura di base e al sistema di valori e principi fondamentali riconosciuti nella Costituzione, citando ripetutamente la DTC 1/2004 e dichiarando che le sue affermazioni “completano” quanto detto dal Tribunale di Lussemburgo.

La terza e ultima conclusione che abbiamo tratto è riferita agli effetti “pratici” delle dichiarazioni del Costituzionale nella sua sentenza 26/2014, forse volutamente un po' “vistose” e dai “toni alti”. Infatti, pur impegnandosi nelle affermazioni contenute

in quel paragrafo 3 del quale abbiamo appena parlato, alla fine anche in questa occasione il richiamo ai controlimiti non rimane altro che la minaccia del lancio di una “bomba atomica”, che non si spinge oltre le autoaffermazioni identitarie in difesa della presupposta supremazia costituzionale.

E difatti il Tribunal Constitucional dichiara di cambiare la sua dottrina anteriore (scegliendo una versione più restrittiva del diritto di difesa) perché ciò si dimostra opportuno vista la giurisprudenza internazionale, le varie normative e i fatti; non riconosce espressamente di doversi conformare e sottomettere a quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sentenza del febbraio 2013; argomenta il suo discorso fondandosi sull’art. 10.2 CE –interpretazione dei diritti fondamentali d’accordo con il diritto internazionale - (e non sul 93 CE – cessione di sovranità nazionale in ragione della stipula di un Trattato internazionale). Però, in definitiva, pur affermando tutto ciò, riduce la tutela del diritto in questione, contravvenendo alla sua stessa giurisprudenza anteriore (cosa certamente non proibita nell’ordinamento spagnolo) e finisce con prendere una decisione conformandosi a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia; quando avrebbe invece potuto attivare i controlimiti, come già annunciato nella DTC 1/2004.

Abbiamo ritenuto a questo punto necessario precisare come la scelta di utilizzare la teoria dei controlimiti non deve certo prendersi alla leggera. E’ ragionevole che la concreta attivazione degli stessi deve contemplarsi da parte di un Giudice costituzionale in forma assolutamente straordinaria ed eccezionale. Ciò che ci siamo permessi di contestare è l’atteggiamento in un certo senso contraddittorio del Costituzionale spagnolo che, se da un lato si dimostra coraggioso nelle dichiarazioni di principio in merito alla necessità di tutela i diritti fondamentali, i principi supremi e l’identità nazionale, dall’altro finisce per non mettere le stesse in pratica, lasciando ancora una volta la teoria dei controlimiti nell’ambito delle minacce.

Vista l’esperienza esaminata, ci siamo quindi chiesti che futuro possano davvero avere e a che conseguenze concrete possano portare le dichiarazioni espresse con tanto vigore dal Tribunale costituzionale spagnolo ed in che limiti pertanto il giudice comune possa tutelare i diritti inviolabili della persona ponendo, attraverso il giudizio in via incidentale, il problema dei contro limiti.

La vicenda Taricco circa il rilievo che attualmente possono svolgere i c.d. controlimiti per una tutela dei diritti inviolabili della persona, ha infine permesso di

mettere a fuoco due aspetti entrambi di estremo interesse per i temi trattati nella tesi, il primo relativo alla possibilità di utilizzare allo scopo lo strumento del giudizio in via incidentale da parte del giudice comune, il secondo invece sull'impiego in queste situazioni del rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale.

Sul primo aspetto la Corte costituzionale ha significativamente sostenuto che “nell’ordinamento italiano [la valutazione della compatibilità della regola eurounitaria con l’identità costituzionale dello stato membro] può avvenire attraverso l’iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell’ordine costituzionale. E’ poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l’incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia”.

In ordine al secondo aspetto la Corte costituzionale, pur non cedendo alle richieste di chi le chiedeva di chiudere il giudizio con una dichiarazione di incostituzionalità, ha deciso di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale ed ha tenuto nel merito una posizione assolutamente ferma e niente affatto interlocutoria, utilizzando affermazioni dalle quali ben difficilmente potrà tornare indietro e si potrebbe addirittura supporre che abbia fatto ciò di proposito, proprio per precludersi passi indietro e far capire che, a questo punto, non ha alcuna intenzione di farli.

La vicenda ha mostrato altresì il grande vantaggio che è derivato dall’aver deciso la Corte costituzionale di porsi finalmente in dialogo diretto con la Corte di giustizia, dal momento che riteniamo sarebbe stato ben difficile che un giudice diverso dalla Corte costituzionale avesse potuto sostenere ciò che questa ha sostenuto e con lo stesso tono e comunque quelle affermazioni non avrebbero potuto avere lo stesso significato ed autorevolezza.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, en *Foro italiano*, V, 2015

AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008

AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993

ADAMO, U., *Nel dialogo con la Corte di Giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 de julio de 2013

ADINOLFI, A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, Giuffrè, 1997

AGUDO ZAMORA, MIGUEL (et al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016

AGUIAR DE LUQUE, L., *Control de normas en el "modelo europeo de justicia constitucional"*, en LÓPEZ GUERRA, L. (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002

AGUILAR CALAHORRO, A., *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011

AGUNDEZ FERNÁNDEZ, GARCÍA MONTORO, MENDIZÁBAL ALLENDE, REYES MONTERREAL en AA.VV., *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982

ALONSO GARCÍA, R., *Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008

ÁLVAREZ GARCÍA, H., *La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda república española*, en *Revista de Derecho Político*, n. 80, 2011

AMALFITANO, C., CONDINANZI, M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015

AMALFITANO, C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, en *Euroius.it*, 2017

AMATO, G., *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015

AMOROSO, G., *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità*, en *Foro it.*, I, 2013

ANDRIOLI, V., *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, *Atti 1° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1953

ANTONINI, L., *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

APPANAH, DAVID, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme: entre cohérence et légitimation. A propos des arrêts Aklagaren c/Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013*, en *Revue Générale de Droit International Public*, n. 2, 2014

ARAGÓN REYES, M., *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016

ARAGÓN REYES, M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 85, enero-abril, 2009

ARAGÓN REYES, M., *El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978*, en *Revista de Estudios Políticos*, n. 7, 1979

ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., *Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en el auto del Tribunal Constitucional de 9 de junio de 2011 sobre la orden de detención europea*, en *Diario La Ley*, n. 7726, Sección Doctrina, 31 de octubre de 2011, Año XXXII, 2011

ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Leyes singulares, leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública*, n. 118, enero-abril, 1989

ARROYO JIMENEZ, L., *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional - Comentario a ATC 86/2011*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015

ARROYO JIMÉNEZ, L., *Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias*, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 4, 2011

ASTA, G., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en *La Comunità internazionale*, 4, 2013

AZZENA, L., *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli, 2012

BACHMAIER WINTER, L., *Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 56, 2015

BAGNI, S., *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Clueb, Bologna, 2007

BAILLEUX, A., *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin : C.J.U.E., Stefano Melloni et Akerberg Fransson, 26 février 2013*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014

BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., MEDINA REY, L.F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008

BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, n. 18, mayo-agosto de 2004

BARILE, P., CHELI, E., GRASSI, S. (Coords.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1988

BARILE, P., *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1957

BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951

BARNABO', M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en *Federalismi.it*, 2013

BARTOLE, S., *Pregiudiziale comunitaria ed «integrazione» di ordinamenti*, en *Regioni*, 2008

BASSOLS COMA, M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010

BATTAGLINI, M., *Contributi alla storia del controllo di costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1957

BATTAGLINI, M., MININNI, M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957

BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, 2016

BIANCHI, P., *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, en *Quaderni cost.*, 2014

BIANCHI, P., *Dal “processo senza parti” alla “rappresentazione processuale degli interessi”*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 4, 1994

BIANCHI, P., *La Corte ancora alla ricerca del “suo” contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994

BIGNAMI, M., *Costituzione flessibile, Costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Giuffrè, Milano, 1997

BIGNAMI, M., *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996

BIGNAMI, M., *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, en www.questionegiustizia.it

BILANCIA, F., *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

BILANCIA, P., DE MARCO, E. (coords.), *La tutela multilivello dei diritti, Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Atti del Convegno Milano, 4 aprile 2003, Giuffrè, Milano, 2004

BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori?*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

BIONDI, F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, en *Quaderni cost.*, 2014

BLANCO VALDÉS, R., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003

BLANCO VALDÉS, R., SANJURJO RIVO, V., *Per comprendere la transizione politica spagnola (un contributo)*, en GAMBINO, S. (Coord.), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Giuffrè, Milano, 2003

BOGNETTI, G., *La Corte costituzionale fra procedura e politica*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1990

BONINI, F., *Storia della Corte costituzionale*, Carocci-La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1996

BORRIELLO, R., *L'intervento nel processo costituzionale di parti provenienti da giudizio “analogo” sospeso senza rimessione, tra esigenze di tutela dell'incidentalità in senso esterno e garanzia del contraddittorio*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003

BRANCA, M., *Il punto sui “contro limiti”*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014

BRIGUGLIO, A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, en *Riv. arbitrato*, 2000

BRKAN, MAJA, *L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11*, en *Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs*, n. 1, 2013

BRUGUGLIO, A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, Cedam, 1996 y del mismo autor: *Pregiudizialità comunitaria [voce nuova-1997]*, en *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. XXIII

BRUNELLI, G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, www.articolo29.it, 26 de junio de 2014

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomistiche*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

CALAMANDREI, P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956

CALAMANDREI, P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*, en CAPPELLETTI, M. (coord.), *Opere giuridiche*, III, Morano Editore, Napoli, 1968

CALIFANO, L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Giappichelli, Torino, 2003

CALVANO, R., *"Cattivi consigli" sulla "buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Mascolo (nota a sentenza n. 187 del 2016)*, en www.rivistaaic.it, n. 4/2016, 1/11/2016

CALVANO, R., *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull'adesione alla Cedu*, en *Dir. pubbl. eur.*. Rassegna online, julio de 2015

CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

CANNIZZARO, E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Riv. dir. inter.*, 2008

CAPONI, R., *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

CAPONI, R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011

CAPPELLETTI, M., *La pregiudizialità costituzionale nel proceso civile*, Giuffrè, Milano, 1972

- CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012
- CARDONE, A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, 2011
- CARDONE, A., *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006
- CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, C., TARLI BARBIERI, G. (Coords.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016
- CARETTI, P., *Corte e rinvio pregiudiziale*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008
- CARLASSARE, L., *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. n. 87/1953?*, en *Dir. e soc.*, 1997
- CARNELUTTI, F., *Intervento*, en *Atti I° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1950
- CARNEVALE, P., MODUGNO, F., *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta di addizione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990
- CARTABIA, M., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, intervento in occasione dell'«Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago de Compostela 16-18 ottobre 2014», en www.cortecostituzionale.it, 2014
- CARTABIA, M., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008
- CARTABIA, M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, en ZANON, N. (coord.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006
- CARTABIA, M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004
- CARTABIA, M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, en *Foro italiano*, V, 1997
- CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, espec., 1989

CARTABIA, M. (Coord.), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007

CARTABIA, M., CELOTTO, A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002

CARTABIA, M., WEILER, J.H.H., *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000

CASSESE, S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, en *Rivista trimestrale di diritti pubblico*, 2007

CASTELLÁ ANDREU, JOSEP MARÍA, EXPÓSITO GÓMEZ, ENRIQUETA, *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 2º semestre 1999

CASTIELLO, F., *I ricorsi amministrativi*, Maggioli editore, Rimini, 2013; PUZZO, C., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Torino, 2012

CATALANO, S., *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, en *Riv. AIC Osservatorio*, ottobre de 2013

CECAMORE, F., *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007

CELOTTO, A., *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria*, en *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002

CELOTTO, A., *L'«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997

CELOTTO, A., *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, en MODUGNO, F. (coord.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, I

CELOTTO, A., *Crolla un altro baluardo*, en *Giustamm.it*

CELOTTO, A., GROPPI, T., *Derecho UE y derecho nacional: Primauté vs contralímites*, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPES, P. (directores), *Constitución europea y constitucionales nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014

CERRI, A., *La doppia pregiudizialità in una innovativa decisione della Corte*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013

CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012

CHELI, E., *Intervento conclusivo*, en CARLASSARE, L. (coord.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998

CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

CHITI, M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, en *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012

COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996

COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Pisa, 1991

COLASANTE, P., *Una legge di interpretazione autentica per "fare cassa": un'occasione perduta per tracciare i limiti dei provvedimenti anti-crisi*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

CONDINANZI, M., MASTROIANNI, R., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009

CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016

CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014

CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, en *Questione giustizia online*, 2012

CONTI, R., *Rinvio pregiudiziale alla Corte Ue del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco chiaro?*, en *Pol. del dit.*, 2012

CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue*, en *Europeanrights.eu*

CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione della normativa "comunitaria": i poteri del giudice nazionale*, en *Quaderni europei*, n. 43, agosto de 2012

CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

- COSTANZO, P., *Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità "diffuso" nell'ordinamento italiano*, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1984
- CRISAFULLI, V., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965
- CRISAFULLI, V., *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, IV, 1958
- CRIVELLI, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2003
- CRUZ VILLALÓN, P., *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King's College London, 2012
- CRUZ VILLALÓN, P., *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006
- CRUZ VILLALÓN, P., *El estado del Tribunal Constitucional*, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, México
- CRUZ VILLALÓN, P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987
- CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J.L., *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015
- CRUZ VILLALÓN, P., JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMPES, P., *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992
- CUPELLI, C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017
- CUPELLINI, S., *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003
- D'ALESSANDRO, E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia*, Torino, Giappichelli, 2012
- D'AMICO, M., *Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999

D'AMICO, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, espec., 1993

D'AMICO, M., *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo a quo) ad intervenire nel processo costituzionale*, en *Giur. it.*, I, 1992

D'AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991

D'AMICO, M., *Sulla "costituzionalità" delle decisioni manipolative in materia penale*, en *Giur. it.*, IV, 1990

D'ANDREA, L., *Verso una "democratizzazione" del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994

D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., RUGGERI A. y SAITTA A. (Coords.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016

D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., RUGGERI A., SAITTA, A. (Coords.), *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015

D'ATENA, A., GROSSI, P. (Coords.), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004

D'ORAZIO, G., *Le asenzenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992

D'ORAZIO, G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988 y 1992

D'ORAZIO, G., *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981

DAL CANTO, F., *Corte costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, en www.confronticostituzionali.eu, 16 de enero de 2014

DAL CANTO, F., *La Corte di Cassazione, il principio di diritto nell'interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, en *Foro it.*, I, 2014

DAL CANTO, F., *Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, en *Giur. it.*, 2007

DAL CANTO, F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en MALFATTI, E., ROMBOLI, R., ROSSI, E., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002

DANI, M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013; BIN, R., *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, en AA.VV. *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Jovene, Napoli, 2011

DANIELE, L., *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

DANOVI, R., *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Cedam, Padova, 1999

DANOVI, R., *Un avvocato spagnolo alla Corte costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995

DE ESTEBAN, J., *El proceso constituyente español, 1977-1978*, en TEZANOS, J. F., CORTARELO, R., DE BLAS, A. (Coords.), *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1989

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales*, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n° 23, 2015

DE MICHELE, V., *Il giudice delle leggi nel dialogo con la Corte di Giustizia e con la Cassazione: la sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale sulla irretroattività e illegittimità anche costituzionale della legge che viola senza ragioni oggettive i diritti fondamentali garantiti anche dall'Unione europea*, en www.europeanrights.eu, 08/01/2016

DE MICHELE, V., *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune "europeo" che decide nel merito*, en www.europeanrights.eu, 14 marzo de 2012

DE MIGUEL BÁRCENA, JOSU, *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional*, en REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987

DE SANTIS, D., *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare "ex officio" il principio di diritto nell'interesse della legge*, en *Foro it.*, I, 2014

DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

DE VEGA, P., *Comentario al art. 163*, en *Constitución española (edición comentada)*, Centro de Estudios Constitucionales, 1979

DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010

DELLEDONNE, G., *La "prima volta" di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle outright monetary transactions*, en *Centro studi sul federalismo*, Commenti, 13 de febrero de 2014

DELLO SBARBA, F., *L'inammissibile impugnazione della legge in mancanza di lite pregiudiziale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999

DENUZZO, A., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, en *Consultaonline.it*

DI BARI, M., *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, en *Riv. Aic, Osservatorio costituzionale*, junio de 2014

DI MARTINO, A., *Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, en *Federalismi.it*, 19 de febrero de 2014

DI STEFANO, E., *Verso un patrimonio comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102*, en *Consultaonline*, 2008

DICKMANN, R., *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, en *Federalismi.it*, 25 de febrero de 2015

DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR nº 17, 2013

DOLSO, P.G., *Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004

DOLSO, G.P., *Giudici e corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003

DOLSO, G. P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1999

DOMENICUCCI, D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, ERA – Accademia di diritto europeo (Trier 12-13 de noviembre de 2012), <http://www.era-comm.eu>

DONATI, F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995

DROIN, A., *Primera cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional francés al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: comentario sobre la decisión QPC del Conseil constitutionnel del 4 de abril de 2013, n. 2013-314P, respecto a la orden de detención europea*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 29, 2014

DUBOUT, É., *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, en *Cahiers de Droit Européen*, n. 2, 2013

ESPOSITO, C., *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge*, ivi, 1958

ESPOSITO, M., *Si aprono le "porte del cielo": dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001

FAGGIANI, V., *La sentenza Melloni: il Tribunal Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2015

FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005

FALZEA, P., *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo dei giudici nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Giappichelli, Torino, 2000

FANTARONI, M., *Criteri di valutazione delle sentenze della Corte che alterano l'equilibrio di bilancio*, en *Parlamento*, n. 7, 1992

FARAGUNA, P., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, en www.diritticomparati.it, n. 1/2016

FARAGUNA, P., *Rinvio pregiudiziale e questione di legittimità costituzionale*, en *Forumquadernicostituzionali*, 18 de septiembre de 2014

FERNANDEZ RODRIGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998

FERRANTE, M. L., *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, en diritti.fondamentali.it, fasc. 1, 29 de enero de 2017

FERRARI, G. F., *Le sentenze di "spesa" della Corte costituzionale*, en *Corr. giur.*, 1994

FERRERES COMELLA, V., *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2013

FERRERES COMELLA, V., *El problema del "doble vicio" en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad, Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 28, 2011

FERRI, A., *Le leggi di interpretazione autentica: riflessioni tra teoria e pratica*, en *Giur. amm.*, IV, 2013

FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (caso Melloni)*, en *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014

FOA', S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, Report annuale 2015. Italia*, en *Ius publicum network review*, 2015

FOA', S., *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, en www.federalismi.it, 15/2011

FONTANELLI, F., *A comment on Tribunal Constitucional's judgment no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgment no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, en *STALS Research Paper*, n. 1/2010, <http://stals.sssup.it>

FORNACIARI, M., *Arbitrato come giudizio "a quo": prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*, en *Corr. giur.*, 2002

FRENI, F., *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, *Dike giuridica*, Roma, 2010

FURNO, E., *Corte costituzionale e arbitrati: un nuovo "giudice a quo"?*, en *Giur. it.*, 2004

GALLO, F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it

GÁLVEZ MONTES, J., *Artículo 81: Leyes Orgánicas*, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo VII: Artículos 81 a 96, Cortes Generales, EDERSA, Madrid, 1998

GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en www.forumcostituzionale.it, 2015

GAMBINO, S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, en *Federalismi.it*, 13/2014

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *La eliminación general de las normas nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 66, Civitas, 1990

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, enero-abril. Madrid, 1981

GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981

GARCÍA PELAYO, M., *El status del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981

GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010

GARCÍA ROCA, J., *Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?*, en GARCÍA ROCA, J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009

GARCÍA ROCA, J., *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007

GARCÍA ROCA, J., *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992

GARCÍA SÁNCHEZ, B., *TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, c-399/11 - "Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una pena impuesta en rebeldía - Posibilidad de revisión de la sentencia" ¿Homogeneidad estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la eurorden europea?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013

GARCÍA COUSO, S., *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

GERBASI, G. *Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione Europea al sistema convenzionale*, en *Civitas Europa – Revue juridique sur l'évolution de la Nation et de l'État en Europe*, n. 30 dedicado a "Le mutations du régime politique italien", Editeur Irene/Université de Lorraine, 2013/I

GERBASI, G., *La Corte Costituzionale italiana*, en GAMBINO, SILVIO (Coord.), *Diritti Fondamentali e Giustizia Costituzionale. Esperienze europee e Nord-americana*, Giuffrè, Milano, 2012

GHERA, F., *Interpretazione autentica di leggi sul lavoro a termine e diritto alla stabilizzazione*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015

GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni n. 102 e 103 del 2008*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della corte di giustizia*, en *Giur. costit.*, 2000

GIGLIO, V., *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017*, en *Filodiritto*, 2017

GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2014

GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Giappichelli, Torino, 2011

GIUFFRÈ, F., *L'intervento di terzo nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Cedam, Padova, 1997

GOMES CANOTILHO, J.J., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982

GORDILLO PÉREZ, L. I., TAPIA TRUEBA, A., *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014

GROPPI, T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, en COSTANZO, P. (coord.), *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996

GROSSO, E., *Sentenze di spesa "che non costino"*, Giappichelli, Torino, 1992

GUARNIER, T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di giustizia*, en *Federalismi.it*, 17 de febrero de 2017

GUATAFERRO, B., *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, en *Forumquadernicostituzionali*, 21 de octubre de 2013

GUAZZAROTTI, A., *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011

GUERRERO PICÓ, C., *Spagna*, en PASSAGLIA, PAOLO, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf

GUTIÉRREZ GIL, A.J., *Artículo 55: pronunciamientos de la sentencia y la cuestión interna de inconstitucionalidad*, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, Madrid, 2010

HERRERA GARCÍA, A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?: una revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a leyes*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87, 2009

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Melloni y Akerberg Fransson (unas notas de urgencia)*, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia* (En línea), n. 1, 2013

IACOMETTI, M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo*, en *Osservatorio Costituzionale AIC* (En línea), n. 1, 2013

IADICICCO, M.P., *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, en *Riv AIC*, Osservatorio enero de 2014

IZQUIERDO SANS, C., *Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11*, en *La Ley Unión Europea* (En línea), n. 4, 2013

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Qué hacer con una ley inconstitucional*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., AROZAMENA SIERRA, A., JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUEZZA, L., RUBIO LLORENTE, F., TOMÁS Y VALIENTE, F., *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995

JIMÉNEZ CAMPO, J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALON, P., JIMÉNEZ CAMPO, J., LOPEZ GUERRA, L., PÉREZ TREMP, P., *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, GERACI, C., (curador), Giuffrè, Milano, 1981

LA PERGOLA, A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2003

LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre*, en www.cortedicassazione.it, 23 de octubre de 2014

LECIS COCCO-ORTU, A.M., *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, en *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013

LEONE, S., *Sulla costituzione del pubblico ministero nel giudizio dinanzi alla Corte*, en BIN, R., BRUNELLI, G., GUAZZAROTTI, A., PUGIOTTO, A., y VERONESI, P. (Coords.), *Il lodo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2009

LO CALZO, A., *Protostistemi di giustizia costituzionale: il Corpo degli Efori nella Costituzione della Repubblica napoletana del 1799*, en *Historia constitucional*, n. 14, 2013

LÓPEZ GUERRA, L.M., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias*, en GIMENO SENDRA, V., REGUEIRO GARCÍA, M.T. (coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015

LÓPEZ GUERRA, L. M., *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014

LOPEZ GUERRA, L., *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981

LOPEZ ULLA, J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, P. (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007

LOPEZ ULLA, J. M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000

LÓPEZ ULLA, J.M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999

LORELLO, L., *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, en RUGGERI, A. (coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Jovene, 2006

LOSANA, M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, en *Riv. Aic*, n. 1, 24 de enero de 2014

LOTITO, P. F., *L'obbligo di copertura della legge finanziaria in Parlamento ed il ruolo della Corte costituzionale*, en *Quaderni cost.*, 1993

LUISO, P., *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, en *Giust. civ.*, II, 2002

LUCIANI, M., *Interpretazione conforme a costituzione*, en *Enciclopedia del diritto-Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016

LUCIANI, M., *Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, en *Rivista AIC*, n. 2, 15 de abril de 2016

LUCIANI, M., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, en *Questione giustizia*, 1, 2015

- LUCIANI, M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, en *Dir. e soc.*, espec., 2009
- LUCIANI, M., *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, en *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009
- LUPO, E., *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016
- MACÍAS CASTAÑO, J.M., *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional: El asunto Melloni*, Atelier, D.L., Barcelona, 2014
- MALFATTI, E., PANIZZA, S., ROMBOLI, R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016
- MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015
- MANES, V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016
- MANES, V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017
- MANES, V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012
- MANFRELLOTTI, R., *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010
- MARAVAL, J. M., SANTAMARIA, J., *Transición política y consolidación de la democracia en Espana*, en TEZANOS, J. F., CORTARELO, R., DE BLAS, A. (Coords.), *La transición democrática española*, Editorial Sistema, Madrid, 1989
- MARCENO', V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo": una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005
- MARCHESELLI, A., *Dalla Robin tax allo sceriffo di Nottingham*, en www.questionegiustizia.it
- MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015
- MARCHINI, M., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en *Eurojus.it*, 13 de noviembre de 2014
- MARIN, L., *Il mandato di arresto europeo alla prova del dialogo tra Consiel constitutionnel e Corte di giustizia*, en *Quaderni cost.*, n. 3, 2013

MARINI, *Riflessioni sul principio di irretroattività della legge*, en RIVERA, I., *Quando la norma è di interpretazione autentica: alcuni problemi di metodologia ermeneutica*, en *Le Società*, n. 2, 2015

MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

MARTÍN REBOLLO, L., *Uso y abuso del Decreto-ley: Un análisis empírico*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016

MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013

MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013

MARTINICO, G., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2015

MASSA PINTO, I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 30 de marzo de 2015

MASSA, M., *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

MASSA, M., *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, en *Quad. cost.*, 4/2011

MASSA, M., *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, en www.forumcostituzionale.it, y en *Quad. cost.*, 3/2011

MASTROIANNI, R., *Pregiudiziale comunitaria [aggiornamento-2010]*, en *Digesto pubbl.*, Utet, Torino

MATIA PORTILLA, FRANCISCO J., *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, 2016

MAZZUCCHI, S., *“Residui” di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004

MEDINA GUERRERO, M., *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A.J., MEDINA GUERRERO, M., REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*,

McGraw-Hill, Madrid, 1997

MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *Primacía y supremacía: la primacía del Derecho europeo vs. la supremacía de la Constitución*, en *Actualidad administrativa*, n. 6, 2017

MESSERINI, V., *La materia elettorale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, ES, Napoli, 2014

MEZZANOTTE, C., *Il problema della fungibilità tra eccezione di incostituzionalità e ricorso diretto alla Corte costituzionale*, en *Giustizia e costituzione*, 1991

MEZZANOTTE, C., *Processo costituzionale e forma di governo*, en AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionali: Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990

MEZZANOTTE, C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, en AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979

MODUGNO, F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

MODUGNO, F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995

MONACO, G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Giuffè, Milano, 2016

MONTILLA MARTOS, J. A., *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994

MONTILLA MARTOS, J. A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994

MORALES ARROYO, J.M., GÓMEZ CORONA, E., *Las resoluciones del Tribunal Constitucional*, en AA.VV., *Manual de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016

MORALES ARROYO, J.M., *El Parlamento y el Tribunal Constitucional, en Jurisprudencia parlamentaria: seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 29 y 30 de enero de 2009*, Vitoria-Gasteiz, Parlamento Vasco - Eusko Legebiltzarra, 2009

MOREIRA CARDOSO DA COSTA, J.M., *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat (Rapport general)*, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. III, 1987

MORELLI, M. R., *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, en *Giust. civ.*, II, 1996

MORELLI, M.R., *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta", a seguito di precedente pronuncia monitoria*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

MORELLI, M.R., *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di "incostituzionalità sopravvenuta". Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della efficacia retroattiva*, en *Giust. civ.*, I, 1989

MORODO, R., *La transición política*, Tecnos, Madrid, 1984

MORTATI, C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, en *Foro it.*, V, 1970

MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, en *Iustitia*, 1949

NASCIMBENE, B., *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009

ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en *Eius*, 4 luglio 2016

ODDI, A., *La parte afona*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009

ODDI, A., *La nozione di "giudice a quo"*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007

OLIVER ARAUJO, J., *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, en *Constitución y Derecho Público: Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995

ONIDA, V., *Introduzione*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

ONIDA, V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008

ONIDA, V., RANDAZZO, B., *Presentazione*, en ONIDA, V., RANDAZZO, B. (coords.), *Viva vox constitutionis 2006*, Giuffrè, Milano, 2007

ONIDA, V., *Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, en CARLASSARE, L. (coord.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Cedam, Padova, 1998

ONIDA V., *Relazione di sintesi*, en AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali*: Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, Giuffrè, 1990

ONIDA, V., *L’attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977

PACE, A., *Sull’ammissibilità della costituzione del p.m. (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, en www.rivista.AIC.it, 2015

PACE, A., *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010

PACE, A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996

PALADIN, L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, en CARLASSARE, L. (coord.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988

PALICI DI SUNI, E., *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006

PANUNZIO, S. P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005

PANUNZIO, S., *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

PANZERA, C., *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013

PANZERA, C., *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, en RUGGERI, A. (coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006

PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996,

PÉREZ GORDO, A., *Problemática procesal de la promoción por los órganos judiciales de la Cuestión de inconstitucionalidad*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014

PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007

- PÉREZ ROYO, J., *Tribunal Constitucional y division de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988
- PÉREZ TREMP, P., *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016
- PÉREZ TREMP, P., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985
- PESOLE, L., *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, en GIUFFRÈ, F., NICOTRA, I. (coords.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008
- PESOLE, L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Federalismi.it*
- PEZZINI, B., *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, *www.confronticostituzionali.it*, 17 de junio de 2014
- PEZZINI, B., *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, *www.articolo29.it*, 15 de junio de 2014
- PIGNATELLI, N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, en *Foro it.*, III, 2012
- PINARDI, R., *Quando l'arbitro diventa portiere(della Corte); notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, *ivi*, 2001
- PINARDI, R., *Le decisioni di "incostituzionalità sopravvenuta", di "incostituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, en *Foro it.*, 1998
- PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993
- PINARDI, R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro-futuro delle sentenze di accoglimento*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991
- PINELLI, C., *"Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012
- PIRRONE, P., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017
- PISANA, S.M., *Le pronunce additive e sostitutive della Corte costituzionale*, en *Riv. corte dei conti*, I, 2006
- PISANESCHI, A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014

PIZZORUSSO, A., *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, 2011

PIZZORUSSO, A., *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, n.2, 2003

PIZZORUSSO, A., *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in BESSONE, M. (coord.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996

PIZZORUSSO, A., *Prefazione*, in ROMBOLI, R. (coord.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991

PIZZORUSSO, A., *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1990

PIZZORUSSO, A., *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965

POLITI, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997

POLITI, F., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991

POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, in *Forumquadernicostituzionali*, 2 de abril de 2014

POLLICINO, O., *L'allargamento ad est dell'Europa e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano, 2010

PRINCIPATO, L., *La rilevanza formale e l'inutilità sostanziale della questione di legittimità costituzionale di una legge di interpretazione autentica*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007

PUGIOTTO, A., *Interrogativi antichi (e risposte inedite) in tema di leggi e regolamenti interpretativi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

PUGIOTTO, A., *Le leggi interpretative a Corte: Vademecum per giudici a quibus*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008

PUGIOTTO, A., *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2005

PUGIOTTO, A., *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. Giur.*, 2004

PUGIOTTO, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in *Diritto e giustizia*, 2004

- PUGLISI, R., *La durata massima delle misure cautelari nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2004
- PURIFICATI, N., *L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza*, in *Neldiritto.it*, 2016
- RAITI, G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Giuffrè, Milano, 2003
- RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sent. n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015
- RANDAZZO, B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012
- REALE, M.C., BORRACCETTI, M., *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008
- REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 15 de mayo de 2016
- REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016
- REPETTO, G., *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in *www.diritticomparati.it*, 27 dicembre de 2011
- RESCIGNO, G.U., *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012
- RESCIGNO, G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009
- RESCIGNO, G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in AZZARITI, G., (coord.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007
- REVENGA SÁNCHEZ, M., *Rectificar preguntando. El TC acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)*, in *Revista española de Derecho europeo*, n. 41, 2012
- RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas y Universitat de le Illes Balears, Madrid, 1991
- RICCI, G., *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda*, in *Foro it.*, IV, 2011

RITLENG, DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 2, 2013

RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016

RODRIGUEZ OLIVER, JOSÉ MARIA, *Sobre los efectos no suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad y la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre*, en *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2/1980

ROLLA, G., *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, en ROLLA, G. (coord.), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001

ROMBOLI, R., *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, en *Forumcostituzionale*, 2015 y en *Quaderni costituzionali*, 2015

ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, en *consultaonline.it*, Fasc. II, 5 de mayo de 2015

ROMBOLI, R., *La sent. n. 10 del 2015: l'efficacia "ex nunc" della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*, en *Foro italiano*, I, 2015

ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO, A. (coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014 y en *Rivista AIC*, n. 3/2014

ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, y en *Rassegna n. 3/2014*

ROMBOLI, R., *L'"interesse qualificato" che legittima l'intervento del terzo nel giudizio incidentale sulle leggi*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014

ROMBOLI, R., *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, en *Foro it.*, I, 2014

ROMBOLI, R., *Le forme di pubblicità delle ordinanze dibattimentali senza numero della Corte costituzionale sul contraddittorio e l'intervento del terzo nei giudizi costituzionali di parti*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2014

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014

ROMBOLI, R., *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro it.*, I, 2014

ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, ponencia presentada en el ámbito del Seminario Italo-Hispano-Brasileno *La proteccion de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcelona 17-18 octubre 2013, en http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0459_romboli.pdf

ROMBOLI, R., *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, en CHIODI, G., PULITANÒ, D. (Coords.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013

ROMBOLI, R., *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, en *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno, n. 21, Torino, 2012

ROMBOLI, R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, en *Scritti in onore di Franco Modugno*, ES, Napoli, 2011

ROMBOLI, R., *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, en www.rivista.AIC.it, 2010

ROMBOLI, R., *Sull'esistenza di scelte riservate alla discrezionalità del legislatore: la sindacabilità delle regole di tecnica legislativa e l'utilizzo delle sentenze additive di principio*, en *Percorsi costituzionali*, 2010

ROMBOLI, R., *Il controllo della decretazione d'urgenza da parte della Corte costituzionale: dal biennio 1995-96 a quello 2007-08 e una postilla sull'utilizzo del decreto legge nella vicenda Englaro*, en PANIZZA, S., ROMBOLI, R. (Coords.), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009

ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di proceso costituzionale (2005-2007)*, Giappichelli, Torino, 2008

ROMBOLI, R., *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, en CARNEVALE, P., COLAPIETRO, C. (Coord.), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008

ROMBOLI, R., *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, en *Foro it.*, 2007

ROMBOLI, R., *Verso un "nuovo" utilizzo delle decisioni interpretative*, en *Quaderni cost.*, 2007

ROMBOLI, R., CARROZZA, P., ROSSI, E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005

ROMBOLI R., *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, en PANIZZA, S., PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., (Coord.), *L'ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Uniplus, 2002

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002

ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Giappichelli, Torino, 1996

ROMBOLI, R., *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, en *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Atti del III° Seminario di studi della Corte costituzionale, Milano, 1993

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993

ROMBOLI, R., *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992

ROMBOLI, R., *La determinazione del "dies a quo" per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1991

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Giappichelli, Torino, 1990

ROMBOLI, R., *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, en *Foro it.*, III, 1990

ROMBOLI, R., *Variabili effetti della mancata notifica dell'ordinanza di rinvio*, en *Foro italiano*, I, 1987

ROMBOLI, R., *Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice "a quo"*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1986

ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985

ROMBOLI, R., *Passato e avvenire della "manifesta infondatezza"*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1983

ROMBOLI, S., *Regeneración y reforma constitucional: la fallida experiencia Renzi*, en BARRERO ORTEGA, ABRAHAM (Coord.), *Regeneración y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, (en prensa)

ROMBOLI, S., *La nuova stagione dei contro limiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, en *Consultaonline*, III, 22 de diciembre de 2016

RORIG, M.T., en PASSAGLIA, P. (coord.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, Servizio studi della Corte costituzionale, Roma, abril de 2010

ROVAGNATI, A., *Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*, en *Quaderni cost.*, n. 3, 2013

ROVAGNATI, A., *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto europolitano e diritto ad un giusto processo ex art. 6 Cedu*, en *Rivista AIC*, 2012/1, 14 de marzo de 2012

ROVAGNATI, A., *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)*, en *Quaderni cost.*, 2009

RUBIO LLORENTE, F., JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998

RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *La jurisdicción constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático (Dirigido por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA)*, Civitas, Madrid, 1981

RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *La jurisdicción constitucional*, en PREDIERI, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Coords.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980

RUBIO LLORENTE, F., ARAGÓN REYES, M., *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, en *Revista de estudios Políticos*, n. 7, 1979

RUGGERI, A., *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, en www.giurcost.org, 2016

RUGGERI, A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, en *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015

RUGGERI, A., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, en *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2015*, XIX, Giappichelli, Torino, 2015

RUGGERI, A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, en *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2015*, XIX, Giappichelli, Torino, 2015

RUGGERI, A., *IV. La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in RUGGERI, A., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell’anno 2013*, Giappichelli editore, Torino, 2014

RUGGERI, A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014

RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla Cedu e all’entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC*, 7 de febrero de 2014

RUGGERI, A., SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014

RUGGERI, A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento, “intercostituzionale”*, in *www.rivistaaic.it*, 2013

RUGGERI, A., *A proposito dell’ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di “comunitari età” congiuntamente proposte in via d’azione*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII*, Giappichelli, Torino, 2013

RUGGERI, A., *Il Consiglio di Stato e il “metarinvio” pregiudiziale*, in *Dir. unione europea*, 2012/1

RUGGERI, A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte Edu e, indossando la “maschera” della consonanza, cela il “volto” di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, in *www.consultaonline.it*, dicembre de 2012

RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Gov. Belgio)*, in *www.diritticomparati.it*, 2012

RUGGERI, A., *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d’interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in *www.forumcostituzionale.it*, y en *Quad. cost.*, 3/2011

RUGGERI, A., *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive (Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa, 4-5 giugno, 2010)*, in *www.archivio.rivistaaic.it*

RUGGERI, A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi* in *Dir. e soc.*, 1, 2007

RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007

RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario*, in *“Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, IX*, Studi dell’anno 2005, Giappichelli, Torino, 2006

RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu*, en www.europeanrights.eu

RUOTOLO, M., *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, en *Riv. AIC*, 6 de marzo de n. 1, 2015

RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, en PACE, A. (coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006

RUOTOLO, M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000

SAHÚN PACHECO, R., *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en dos resoluciones judiciales recientes*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016

SAIZ ARNAIZ, A., *La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo*, en *Lo Stato*, 2015

SÁIZ ARNAIZ, A., *Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo*, en LÓPEZ GUERRA, L.M., SÁIZ ARNAIZ, A. (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015

SÁIZ ARNAIZ, A., *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: La Declaración del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2004 y el Tratado por el que se establece una Constitución*, en LÓPEZ CASTILLO, A., SÁIZ ARNAIZ, A., FERRERES COMELLA, V., *Constitución Española y Constitución Europea: análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005

SALAZAR, C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, www.confronticostituzionali.it, 27 de junio de 2014

SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni y Ministerio Fiscal (AS. C-399/11). Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía*, en *Unión Europea Aranzadi*, n. 2, 2014

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, M., *STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la LIVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, en www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/.../2006_STC194_Sanchez.pdf

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, en *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero-diciembre de 2004

SÁNCHEZ NAVARRO, Á. J., *La transición española en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1998

SANDULLI, A. M., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961

SANTIAGO REDONDO, K., “Artículo 43 CE”, en *Comentarios a la Constitución Española*, CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Directores), Wolters Kluwer, Madrid, 2008

SARRIÓN ESTEVE, J., *Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016

SCACCIA, G., *Riflessi ordinamentali dell’annullamento della l. n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, en www.confronticostituzionali.eu

SCARCIGLIA, R., *Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunal Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, en FERRARI, G. F. (coord.), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006

SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?*, en *Osservatorio europeo*, 2 de diciembre de 2016

SCIARABBA, V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, en www.rivistaaic.it, 2017

SCODITTI E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell’Unione europea*, en *Foro it.*, III, 2012

SEGADO, F., *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, n. 11, 2005

SENESE, S., *Relazione*, en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978

SERENO, G., *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012

SICILIANOS, LINOS-ALEXANDRE, *L’élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l’homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, n. 97, 2014

SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999

SILVESTRI, G., *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2013

SILVESTRI, G., *Alle origini del modello italiano di giurisdizione costituzionale*, in *Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionale in Italia, Francia e Spagna*, Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed Economia dell'Università Federico II di Napoli, n. 5, 2012, in www.federalismi.it

SILVESTRI, G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

SIMONCINI, A. (coord.), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006

SORRENTI, G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forumquadernicostituzionali*, 2015

SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, in LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

SORRENTINO, F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008

SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005 y in www.archivio.rivistaaic.it, 2004

SORRENTINO, F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002

SOSPEDRA NAVAS, F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011

SOTIS, C., *Il limite come contro limite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

SPADARO, A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1990

SPANGHER, G., *Custodia cautelare: la cassazione “sfida” la Consulta*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003

SPERDUTI, G., *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e della Corte di Giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1978

SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006

SQUAZZONI, A., *Qualche suggestione. Se un ponte tra giudici si fa diretto*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

STAIANO, S., *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione europea*, en M. SCUDIERO (coord.), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2002

TANDA, P. (Coord.), *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Atti del Convegno (Roma, 9 ottobre 2014)*, Giappichelli, 2015, y del mismo autor, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al capo dello Stato*, Giappichelli, 2014

TEGA, D., *I diritti in crisi - Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012

TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (coord.), *Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro*, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en <http://caspur-ciberpublishing.it/>

TIRIO, F., *Due ragioni per l'intervento dei terzi davanti alla Corte costituzionale: il sapere extragiuridico e il diritto straniero e internazionale*, en *Studi senesi*, 2009

TIZZANO, A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2007

TIZZANO, A., IANNUCELLI, P., *La procédure préjudicielle d'urgence devant la cour de justice: premier bilan et nouvelles questions*, en *Dir. Unione europea*, 2012

TIZZANO, A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008

TIZZANO, A., *I diritti fondamentali e la Corte in Europa*, en *Diritto dell'Unione europea*, 2005

TIZZANO, A., *La Corte di Giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali*, en *Il Diritto dell'Unione europea*, 2005

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

TOMBA, C., *Il “depotenziamento” dell’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un “nuovo” riflesso sulle tecniche decisorie?*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2015

TORRES DEL MORAL, A., *El Tribunal constitucional español en negativo: lagunas y rectificaciones; cuestiones disputadas, inéditas, irresueltas, menores y de lege ferenda*, en FERRER MAC-GREGOR, E., ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo II: Tribunales constitucionales y democracia, Marcial Pons, México, 2008

TORRES MURO, I., *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013

TORRES PÉREZ, A., *Euroorden y conflictos constitucionales: a propósito de la STC 199/2009, de 28-9-2009*, en *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 35, 2010

TORRES PÉREZ, A., *Melloni in three acts: from dialogue to monologue*, en *European Constitutional Law Review*, v. 10, n. 2, 2014

TRISORIO LIUZZI, G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della comunità europea*, en *Riv. dir. proc.*, 2003

UCCELLO BARRETTA, L., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, en *Riv AIC, Osservatorio*, noviembre, 2013

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOL CARULLA, S., *La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 4, 2013

URÍAS, J., *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001

URÍAS, J., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996

VAGLIO, G., *La rappresentanza processuale delle parti private nei giudizi costituzionali*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, V, 1997

VARANI, E., *Spesa pubblica e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, en *Rass. parlamentare*, 1996

VECCHIO, F., *I casi Melloni e Akerberg : il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2013

VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, en *Giust. amm.*, 2, 2010

VERONESI, P., *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, en *Quaderni cost.*, 2016

VERONESI, P., *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, en *Studium Iuris*, 2014

VIDAL FUEYO, MARIA DEL CAMINO, *Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional*, en SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, BELADIEZ ROJO, MARGARITA Y ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizus Menos, 2013

VIGANO', F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997

VIVER PI-SUNYER, C., *El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 7, mayo-agosto 1999

VOLPE, G., *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

VUOLO, A., *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, en ANZON, A., CARETTI, P., GRASSI, S. (Coords.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Anzon, Torino, 2000

VUOTO, S., *Le autorità amministrative indipendenti ed il Consiglio superiore della magistratura*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

WINKLER, M., *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci ed ombre*, www.articolo29.it, 13 de junio de 2014

XIOL RÍOS, J. A., *Un supuesto de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por deficiente motivación de la providencia de remisión. (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de Italia de 13 de marzo de 1980, núm. 27)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, 1981

ZAGREBELSKY, G., *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 2014

ZAGREBELSKY, G., *Diritto processuale costituzionale?*, en AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionali: Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990

ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

ZAGREBELSKY, G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988

ZAGREBELSKY, G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, en BARILE, P., CHELI, E., GRASSI, S. (coords.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1988

ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977

ZAGREBELSKY, G., *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1969

ZAGREBELSKY, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016

ZAGREBELSKY, V., *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015

ZAGREBELSKY, V., *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

ZAGREBELSKY, V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, en *Foro. It.*, V, 2006

ZAGREBELSKY, V., *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

ZAMPETTI, G., *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza*, en *Riv. AIC, Osservatorio*, 2014

