

EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION
DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL JUEZ ORDINARIO:
EL CASO DEL JUEZ CIVIL

JAVIER GARCÍA ROCA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. 1. *¿Qué es una cuestión de inconstitucionalidad?*—2. *¿Quién puede promoverla?*—3. *Sobre el rango legal de la norma cuestionada, su aplicabilidad al caso y el llamado juicio de relevancia.*—4. *¿Cuándo debe el Juez plantear la cuestión? El sentido de la interpretación conforme a la Constitución del artículo 5.3 de la LOPJ.*—5. *¿Cómo se promueve la cuestión?*—5.1. La necesidad de agotar el procedimiento. El problema de las dudas de constitucionalidad sobre normas de procedimiento.—5.2. La importancia del trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal y la incomparecencia de las partes en el proceso constitucional.—5.3. La sustancial coincidencia entre la providencia de audiencia a las partes (artículo 35.2 de la LOTC) y el Auto de remisión.—5.4. Requisitos para la formalización del Auto de remisión. La posibilidad de subsanación.—III. 6. *Especialidades de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil.*—6.1. Resoluciones en fase de ejecución.—6.2. Normas procesales.—6.3. Medidas cautelares.—6.4. Jurisdicción voluntaria.—6.5. Arbitraje de Derecho privado.—6.6. Juicio interdictal.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I

El tratamiento que en este estudio se da al tema viene inevitablemente condicionado por ser fruto de un encargo: venir destinado a su inclusión en un «Cuaderno de Derecho Judicial» de los encaminados a contribuir a la formación de Jueces y Magistrados. Esto hace que se dejen a un lado enfoques comparatistas y de *lege ferenda*, o argumentaciones teóricas —de indudable importancia— sobre el modo en que la cuestión de inconstitucionalidad se inserta en nuestro peculiar sistema de justicia constitucional, o sobre su naturaleza jurídica —¿cuestión prejudicial devolutiva o control de normas en dos fases?— y, en general, muchos problemas con una mayor carga doctrinal y una dimensión más propia de la doctrina científica. Siendo los titulares de los órganos judiciales sus originales destinatarios y estando éstos a menudo sobrecargados de asuntos y sin demasiado tiempo para la lectura a la hora de resolverlos, se ha optado por seleccionar problemas habituales de tramitación y procedimiento, ordenándolos con una sistemática clara, y buscando ofrecer respuestas igualmente sencillas —al menos cuando es posible; sin ocultar polémicas— y normalmente extraídas de la propia jurisprudencia constitucional. Por las mismas razones se ha elegido una sucinta bibliografía y se ha prescindido de un aparato de

notas doctrinales. En virtud de este enfoque, la extensión del estudio es necesariamente moderada. Se haya conseguido ese objetivo o no, vaya por delante esta explicación de lo que ahora se pretende. Creo, no obstante, que el trabajo posee algún interés también para otras clases de juristas y por eso he optado por su publicación —gracias a la amabilidad del Consejo— en una revista de alcance más general, manteniendo su diseño y efectuando muy leves modificaciones.

Desde esta perspectiva, se ha optado por tratar únicamente los problemas que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad suscita para el Juez *a quo*, aquel que eleva la cuestión al Tribunal Constitucional, dejando a un lado la fase ulterior de su admisión, enjuiciamiento y solución en sede constitucional; si bien esta regla se ve sometida a algunas inevitables excepciones por su conexión lógica con la primera fase de la cuestión.

Una última matización es preciso hacer: aunque el trabajo atiende a algunas especialidades que posee el planteamiento de la cuestión en el proceso civil, es evidente que el procedimiento para el planteamiento de una de estas cuestiones es, sustancialmente, el mismo en los diversos órdenes jurisdiccionales y los problemas que suscita son en gran parte comunes, por eso no se ha dudado en traer a colación resoluciones que ofrecen supuestos de hecho procedentes de otras jurisdicciones, con un afán ejemplificador.

II

1. *¿Qué es una cuestión de inconstitucionalidad?*

Nuestro ordenamiento contempla sendos instrumentos procesales a través de los cuales es posible controlar la constitucionalidad de las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley. El recurso de inconstitucionalidad (artículo 161.1 a] de la Constitución), que es una acción que puede ser ejercida por determinados sujetos constitucionales (los que recogen el artículo 162.1 a] de la Constitución y el artículo 32 de la LOTC) y permite una impugnación directa de esta clase de normas. Y la cuestión de inconstitucionalidad que puede promover cualquier órgano judicial cuando considere, dentro

del marco de un proceso, que una de esas normas aplicables al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución (artículo 163 de dicha Norma fundamental, artículos 35 a 37 de la LOTC, y artículo 5.2 de la LOPJ). Una y otra vía tienen carácter complementario, desde la globalidad de un sistema que intenta depurar el ordenamiento de Leyes inconstitucionales y asegurar la primacía de la Constitución, pero la que nos ocupa se caracteriza por erigir una posibilidad de control fuera del estricto control abstracto de normas, propio del recurso directo, y dentro de un proceso judicial ya iniciado, a través de la aplicación concreta al caso de la norma.

Esta concreción o conexión de la norma que se cuestiona con los hechos es lo que suele llamarse —desde la perspectiva constitucional— «prejudicialidad». De suerte que la cuestión tiende a ser un control de la constitucionalidad de las normas concreto y, por ello, indirecto, y el recurso, directo y, en consecuencia, abstracto. Así suelen explicarse las cosas, aunque estos conceptos tradicionales no siempre respondan a la riqueza de problemas que la realidad suscita, v. gr., porque un órgano judicial en la jurisdicción contencioso-administrativa puede cuestionar una Ley que vino a desarrollar un reglamento que fue objeto de una impugnación general (véase STC 76/1990, F.J. 1.º) y ahí la concreción es escasa; o, porque una eventual Sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de la Ley cuestionada, en la medida en que la expulsa del ordenamiento, no sólo posee eficacia para un concreto proceso ordinario, sino que goza también de una clara eficacia general o *erga omnes*, lo que no deja de ser una dimensión de control abstracto.

El concepto de prejudicialidad posee, no obstante, una cierta ambivalencia, pues desde la perspectiva del proceso civil *a quo*, cuando a su uso se acude quiere decirse que la cuestión de inconstitucionalidad supone una suspensión del fallo del pleito hasta la terminación del proceso constitucional. Un efecto devolutivo, la interrupción del procedimiento civil, similar al que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 362 prevé para la prejudicialidad penal.

Es doctrina constitucional muy reiterada que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y el interés jurídico protegido no

es —como en el recurso de amparo— la protección de un derecho individual, sino el interés objetivo existente en una tarea de depuración del ordenamiento; en relación con las partes del proceso, el interés protegido es únicamente el de hacerse oír en el trámite previo o incidente acerca de la procedencia de formalizar la cuestión (SSTC 25/1984, F.J. 2.º; 133/1987, F.J. 1.º; 67/1988, F.J. 7.º, etc...).

2. *¿Quién puede promoverla?*

Cualquier «órgano judicial», unipersonal o colegiado y de cualquier instancia y orden jurisdiccional, puede elevar una cuestión de inconstitucionalidad, según se desprende del artículo 163 de la Constitución, y en cualquier clase de procesos, ordinarios o especiales. No existen limitaciones, como en algún otro ordenamiento europeo, que restrinjan la legitimación a Tribunales superiores o de segunda instancia. Del mismo modo, puede intentarse en las sucesivas instancias y grados, pues el artículo 35.2 de la LOTC no lo impide. Y, obviamente, no es preciso que el Tribunal superior que conoce de un recurso difiera el planteamiento al Juez inferior (ATC 69/1983, F.J. 1.º).

El dato de que un simple Juez de instancia pueda cuestionar la constitucionalidad de una Ley emanada por el Parlamento, sin esperar a que finalice el procedimiento en sus sucesivas instancias o a que llegue al conocimiento del Juez o Tribunal superior, evidencia el tremendo poder que la Constitución (artículo 163) otorga a Jueces y Magistrados, que debe ser autoadministrado con cautela y prudencia; sobre todo cuando se cae en la cuenta, por contrapartida, del restringido ámbito de legitimación del que gozan otros poderes públicos en el recurso de inconstitucionalidad según el artículo 162.1 a] de la Norma fundamental.

El planteamiento puede efectuarse de oficio o a instancia de parte, de manera que nada impide que la petición arranque de las partes, pero es entonces una mera solicitud que no vincula u obliga a su planteamiento al órgano judicial. En virtud de esta dualidad, suele decirse que Jueces y Tribunales actúan como un «filtro» que impide que lleguen al Tribunal Constitucional quejas de los justi-

ciables manifiestamente infundadas o carentes de una suficiente concreción o prejudicialidad. Pero la regulación que la Ley Orgánica y la propia Constitución hacen de la cuestión —a diferencia de en otros modelos—, así como la jurisprudencia constitucional recaída, otorgan en realidad al órgano judicial un papel mucho más activo e importante que el de un mero filtro, que asuma o deseche las dudas de constitucionalidad que tengan las partes. Suscitar o no la cuestión es una «prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial» (STC 148/1986, F.J. 3.º), quien refleja en el Auto de remisión sus propias dudas de inconstitucionalidad y diríase que «dialoga» con el Tribunal Constitucional respecto de ellas. De forma que si bien las partes pueden solicitar del órgano judicial el planteamiento de la cuestión, éste no «resulta vinculado por la petición» (SSTC 78/1988, F.J. 4.º; 67/1988, F.J. 7.º, etc...).

Dicho de otra manera: es una condición necesaria para el planteamiento de la cuestión la existencia de una «duda en el ánimo del juzgador», y no basta con que esas dudas «inquieran sólo a las partes» (las expresiones son habituales en la propia jurisprudencia constitucional, véanse, por ejemplo: AATC 275/1983, F.J. 2.º y 301/1985, F.J. 3.º).

En este contexto, se comprende que el Tribunal Constitucional inadmita o desestime, normalmente, los recursos de amparo que los justiciables interponen invocando el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución), contra las decisiones de Jueces y Tribunales que deniegan el planteamiento de la cuestión tras la solicitud de la parte. Puesto que, siendo el Juez titular de la prerrogativa que le concede el artículo 163 de la Constitución, no plantear la cuestión y aplicar la Ley, en contra de la opinión del justiciable, no lesiona en principio derecho fundamental alguno de la parte que postula tal planteamiento (SSTC 148/1986, F.J. 3.º; 23/1988, F.J. 1.º; y AATC 10/1983, 301/1985, etc...) ni podría, lógicamente, el Tribunal Constitucional, en una hipotética Sentencia que otorgara el amparo, revisar la decisión del órgano judicial y obligarle a ejercer la facultad que dicho precepto constitucional le concede.

La jurisprudencia del Tribunal en este extremo, no obstante, no ha dejado de ser objeto de crítica por la doctrina científica, pues ni

tan siquiera exige —acaso demasiado tajantemente— que el Juez ordinario motive adecuadamente en un Auto o en su ulterior Sentencia las razones por las cuales rechaza plantear la cuestión como se le solicitó por el justiciable; todo ello podría llevarnos, probablemente, a un debate en el terreno de la motivación constitucionalmente exigible a las resoluciones judiciales y acerca de si la solicitud de planteamiento de la cuestión puede configurar una pretensión, pero, concebida la cuestión en nuestro ordenamiento constitucional (artículo 163 de la Norma fundamental) como una facultad del órgano judicial, es difícil defender que la negativa a su planteamiento pueda redundar en una lesión de la tutela judicial o de la cláusula proscriptoria de indefensión (artículo 24.1 de la Constitución); y tampoco es ocioso recordar que nuestro peculiar sistema de justicia constitucional (artículo 161.1 b] de la Constitución) contempla otra vía, el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales, que es accionable por los ciudadanos y permite, en su caso, dar origen a la autocuestión de inconstitucionalidad que prevé el artículo 55.2 de la LOTC. Es menester examinar, pues, el sistema de garantías constitucionales en su conjunto.

3. *Sobre el rango legal de la norma cuestionada, su aplicabilidad al caso y el llamado juicio de relevancia*

Pero esas dudas de constitucionalidad han de surgir en el seno de un procedimiento concreto del que conozca el órgano judicial y respecto de una norma con rango de Ley, aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo (artículos 35.1 de la LOTC y 5.2 de la LOPJ). Son, por tanto, requisitos ineludibles: a) que la norma cuestionada posea rango legal y se encuentre entre las que son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución y artículos 27.2 y 35.1 de la LOTC); b) que la misma resulte aplicable al caso; y c) que de ella dependa realmente el fallo y la solución del litigio (artículos 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC). Estos dos últimos requisitos se encuentran en una estrecha conexión

Determinar el rango legal de la norma aplicable al caso no parece presentar problemas, habida cuenta de la clara enumeración de las

Leyes, disposiciones y actos con fuerza de Ley que en el artículo 27.2 de la LOTC se hace, a los efectos de ser susceptibles de su declaración de inconstitucionalidad; salvo quizá la especialidad propia del doble control de los Decretos legislativos. Sin embargo, no son inexistentes en la práctica decisiones de inadmisión de cuestiones por la falta de rango de Ley de la norma cuestionada, vulnerando el mandato del artículo 6 de la LOPJ que ordena a Jueces y Tribunales que no apliquen los reglamentos contrarios «a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa».

«Así, en el ATC 343/1991, el Pleno inadmitió una cuestión realmente suscitada por un órgano judicial contra el Decreto por el que se aprobó el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de la Junta Central, cuestión promovida mediante el expediente de la puesta en conexión del artículo 321 del Código Penal (intrusismo profesional) con dicho Decreto, razonando que se trataba de una norma penal en blanco que había de ser integrada con la norma reglamentaria.»

Según numerosa jurisprudencia constitucional, lógicamente corresponde al órgano judicial —como regla general— seleccionar las normas legales aplicables al caso que haya de resolver, pero este juicio de aplicabilidad de la norma puede ser excepcionalmente revisado por el Tribunal Constitucional, si hubiera un error manifiesto, es decir, si de manera evidente y sin necesidad de un análisis de fondo, la norma cuestionada resultase inaplicable al caso, pudiendo entonces declararse inadmisibles las cuestiones (SSTC 17/1981, F.J. 1.º; 83/1984, F.J. 1.º; 188/1988, F.J. 3.º, etc...). Compete al Tribunal Constitucional, en definitiva, «la mera comprobación de la corrección externa del juicio de aplicabilidad efectuada por el Juez *a quo*» (STC 141/1988, F.J. 4.º).

La aplicabilidad de una norma «es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es condición suficiente» (STC 26/1984, F.J. 5.º). La exigencia de que la norma cuestionada tenga rango de Ley y el juicio de aplicabilidad han sido analizadas, resta por desentrañar la relación que supone el juicio de relevancia

o «esquema argumental del que resulta la dependencia entre el fallo del proceso *a quo* y la validez o invalidez de la norma que se somete a contraste de constitucionalidad» (STC 3/1988, F.J. 1.º, que se apoya en STC 103/1983, F.J. 1.º y 106/1986, F.J. 1.º).

No cabe, por consiguiente, promover cuestiones de inconstitucionalidad respecto de preceptos legales que, aunque incluso posean alguna incidencia o conexión con el objeto del debate procesal, a través de su interpretación no se deduzca directamente la norma mediante la cual el Juez ordinario vaya a dilucidar el litigio. El cumplimiento de este requisito debe ser satisfecho con rigor por el Juez *a quo*, de un lado, para salvaguardar la prejudicialidad y concreción que otorgan sentido a la vía de la cuestión y al papel del Juez ordinario en la justicia constitucional, y, de otro —conviene no olvidarlo—, para asegurar la buena marcha del proceso ordinario, evitando el perjuicio que a las partes pueda ocasionar la dilación que entraña la interrupción del proceso, y para proteger el legítimo interés del justiciable en una rápida decisión sobre el pleito.

La falta de exteriorización o de motivación expresa de ese juicio de relevancia, puede conducir a la inadmisión de la cuestión, todo ello con fundamento en el artículo 35.1 de la LOTC (ATC 664/1985, basándose en la doctrina expuesta en las SSTC 14/1981 y 26/1984). Pero, incluso, aunque dicho juicio se exteriorice en el Auto de remisión, el Tribunal Constitucional debe revisarlo y puede entender que resulta inconsistente; y «la notoria falta de consistencia de la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia», dada la naturaleza de control concreto que posee la cuestión, motivará también su inadmisibilidad (STC 106/1986, F.J. 1.º). Esta decisión de inadmisión por falta de juicio de relevancia puede hacerse ya sea en forma de Auto —como permite el artículo 37.1 de la LOTC— o en la Sentencia que ponga fin al proceso, si en dicho trámite y normalmente a la luz de las alegaciones de las partes se advirtiera tal defecto procesal.

La revisión del juicio de relevancia —se ha dicho— ha de efectuarse a la luz de la «interdependencia entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial» (SSTC 166/1986, F.J. 6.º, 76/1990, F.J. 1.º, etc...).

En alguna ocasión, se ha mantenido con buena lógica que las «modificaciones sobrevenidas en la relevancia» deben influir en la suerte del proceso, de nuevo, para preservar la relación que la vía procesal de la cuestión supone entre enjuiciamiento ordinario y control de constitucionalidad concreto; se habla entonces de «una decadencia sobrevenida de los presupuestos de apertura del proceso constitucional, que debe determinar una extinción por falta de objeto» (ATC 723/1986, F.J. único).

«En el supuesto que esta resolución decide, después de admitida la cuestión, se anuló el acuerdo de expulsión de un súbdito italiano efectuado por un Gobernador Civil, cuya suspensión motivó el proceso de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Existen también casos en que la decadencia sobrevenida del juicio de relevancia opera, por ejemplo, por el desistimiento del actor en el proceso ordinario.

Un buen ejemplo de inadmisión de una cuestión por la falta de juicio de relevancia, lo ofrece el ATC 36/1992. El órgano judicial promovió la cuestión en relación al artículo 1435, apartado 3.º, de la L.E.C. (la facultad de las entidades de crédito de determinar la cantidad adeudada y exigible en caso de ejecución de escritura pública o póliza intervenida por fedatario público mercantil), al igual que ya habían hecho en torno a ese mismo precepto varios órganos jurisdiccionales. Pero lo hizo diríase que de forma mimética o automática, ya que la cuestión se elevó en un proceso civil que tenía por objeto una tercería de mejor derecho, para que se dilucidara si el banco acreedor poseía un derecho preferente, frente a un tercero, a resarcirse de un crédito mediante el valor de un piso embargado. No se discutía, pues, quién podía determinar el montante de la deuda derivada del crédito bancario, sino antes bien cuál de los dos acreedores poseía un derecho preferente.»

Un Voto Particular (Magistrado don LUIS LÓPEZ GUERRA) a la STC 92/1992 plantea otro interesante problema, no fácil de solventar con carácter general, cuando afirma que la cuestión debe plantearse siempre respecto de «un mandato deducible de una norma legal»,

mientras excede del ámbito de esta vía pretender que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre «normas inexistentes, puramente hipotéticas o derivadas de una interpretación forzosa e inusual de los preceptos legales». Quiere con ello decirse que ha de evitarse el planteamiento de cuestiones artificiosas, al forzar y retorcer las Leyes mediante interpretaciones que lleven a formular mandatos realmente inexistentes en el ordenamiento.

«La Sala promotora cuestionaba el artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores por su supuesta contravención del derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios (artículo 37.1 de la Constitución). El precepto cuestionado establece: 'La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo; en este último caso, la resolución deberá dictarse en el plazo de quince días, a contar desde la solicitud formulada por la dirección de la empresa. La Sala dudaba de que la atribución a la Administración laboral de la facultad de autorizar la introducción de esas modificaciones de las condiciones de trabajo, en los supuestos de necesidad enunciados y ante la falta de avenencia, se ajustase al derecho de negociación colectiva, pues —a su juicio— implicaba la sumisión de empresario y trabajadores a la decisión de la Administración. El Pleno del Tribunal desestimó la cuestión al estimar que el precepto se refería exclusivamente —como entiende el Tribunal Supremo— a condiciones de trabajo de origen contractual, pero sin mediatizar la eficacia vinculante de los convenios colectivos, mediante la introducción de condiciones menos favorables y contrarias a éstos. El Voto Particular —atinadamente, a mi parecer— sostiene simplemente que la Ley no dice necesariamente lo que el juzgador le hizo decir, y que, que la norma que deduce el intérprete de la Ley para ser cuestionada es hipotética.»

4. *¿Cuándo debe el Juez plantear la cuestión?*

El sentido de la interpretación conforme a la Constitución del artículo 5.3 de la LOPJ

La respuesta se mueve entre dos polos. De un lado, una vez que albergue serias dudas sobre la constitucionalidad de la Ley que ha de aplicar para resolver el pleito. Por eso se le exige la carga de que en el Auto de remisión fundamente suficientemente sus reproches de inconstitucionalidad, sin limitarse a reproducir las tachas de ilegitimidad aducidas por las partes, o contentarse con una genérica invocación de uno o algunos preceptos constitucionales: una mera cita numérica desprovista de un mayor esfuerzo argumental. No se trata de que el Juez ordinario demuestre o deba argumentar la inconstitucionalidad de la Ley, no llega hasta ahí su carga, pero sí debe ofrecer una motivación convincente y razonada en derecho sobre la posible existencia de una lesión constitucional. De no existir esta motivación en el Auto de remisión o resultar insuficiente, el Tribunal Constitucional puede inadmitir el planteamiento de la cuestión. Sin perjuicio, claro está, de que el órgano judicial pueda volver a plantear la cuestión una vez subsanado este defecto.

Por otro lado, el Juez no viene obligado a elevar la cuestión, obviamente, si pese a las argumentaciones ofrecidas por las partes, considera en un juicio liminar —no un pleno enjuiciamiento— que la Ley discutida claramente no es inconstitucional. Pero también puede obviar el planteamiento cuando estime, en un segundo juicio liminar, que es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, la llamada interpretación adecuada o correctora. La otra cara de la misma moneda es que tampoco viene obligado a hacer esa interpretación si alberga dudas de su constitucionalidad. Ese es —a mi juicio— el sentido del mandato del artículo 5.3 de la LOPJ que establece que procede el planteamiento de la cuestión «cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional». Esto hace que no sólo haya de hacer el Juez un juicio sobre la consistencia de las tachas de inconstitucionalidad que a la Ley se imputan, sino que también deba interrogarse por la posibilidad de adecuar la Ley a la Constitución mediante una interpretación adecuada. El mandato del ar-

título 5.3 de la LOPJ permite que el juzgador cohoneste su sometimiento al imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución) con su sujeción positiva, en cuanto poder público, a la Constitución (artículo 9.3). La necesidad de esta interpretación conforme a la Constitución se hace evidente para muchos en el caso de las Leyes preconstitucionales que el Juez debe aplicar, si no pueden entenderse derogadas por la Norma fundamental, pero también debería serlo —y en contra de lo que a menudo se piensa— para las Leyes posconstitucionales, y a causa de dos razones que no es ocioso traer aquí: la presunción de constitucionalidad de la Ley como fruto de los órganos de expresión de la soberanía popular, que es un elemento indiscutible de la interpretación constitucional, y el prudente horror del jurista al vacío normativo que la sanción por inconstitucionalidad acarrea. Esta interpretación correctora, es notorio, obliga al Juez a que opte entre aquélla de las interpretaciones posibles de la norma legal que no colisione con la norma constitucional y, a la par, a que deseche las interpretaciones que lleven a resultados inconstitucionales. Pero es no menos obvio que el Juez debe convenirse, antes de elevar la cuestión, de que no cabe al menos una interpretación de la Ley que la haga constitucional, aunque si al llegar a este segundo juicio, de nuevo, duda, es legítimo que suscite la cuestión.

En este contexto de ideas expuesto, considera que puede comprenderse mejor —de forma más matizada— la doctrina constitucional emanada en la STC 105/1988 (F.J. 1.º) sobre el sentido y alcance de la regla establecida en el artículo 5.3 de la LOPJ. Esta regla legal no puede entenderse —se dijo— como «limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión» contenidos en el artículo 35 de la LOTC y en la propia Constitución en su artículo 163 —no podría serlo—, sino como una «alternativa» entre dos vías sobre las que el Juez debe optar: plantear la cuestión o llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución.

Desde la óptica del juzgador constitucional, ciertamente, la cuestión no adolece de defectos procesales por no haber el juzgador ordinario interpretado la norma legal conforme a la Constitución, aunque ello fuera posible, puesto que —entre otras razones— no existe un fundamento constitucional; o en la propia Ley Orgánica del

Tribunal que permita introducir tal requisito. Pero el problema debe contemplarse —entiendo— de manera diversa desde la peculiar situación en que se encuentra el Juez *a quo* a quien el legislador le recuerda (artículo 5.3 de la LOPJ) una peculiar regla de la interpretación constitucional: no es preciso cuestionar una Ley que puede ser razonablemente interpretada conforme a la Constitución. Y esta vinculación positiva del Juez a la Constitución opera directamente desde el mandato del artículo 9.1 de la Constitución. Pese a cuanto precede, no obstante, ha de admitirse que la interpretación que deba darse al artículo 5.3 de la LOPJ, desde la perspectiva del Juez *a quo*, ostenta considerables márgenes de indeterminación.

Por otro lado, interesa destacar que, en lo que atañe a esta interpretación de la Ley conforme a la Constitución, cada Juez o Tribunal es libre con los matices que ahora se harán. En efecto, mientras respecto de la interpretación de cuestiones de legalidad ordinaria el Juez inferior tiene un mayor grado de vinculación a la doctrina expuesta por los Tribunales superiores de su mismo orden jurisdiccional y, en particular, a la jurisprudencia emanada en casación por el Tribunal Supremo (artículo 1.6 del Código civil y artículo 1692.4 de la LEC), por independiente que al cabo resulte siempre su decisión, respecto de la interpretación conforme a la Constitución de normas legales supuestamente vulneradoras de preceptos constitucionales, cada Juez es muy libre de compartir o no el criterio expresado por los Tribunales ordinarios superiores y puede elevar al Tribunal Constitucional sus propias dudas de constitucionalidad si su conciencia no queda satisfecha con dichas interpretaciones correctoras; el artículo 5.1 de la LOPJ vincula a Jueces y Tribunales a la interpretación de los preceptos constitucionales que resulte sólo «de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso»; la misma idea se expresa con distintos matices en el artículo 40.2 de la LOTC.

«Un ejemplo extraído de otro orden jurisdiccional ilustra bien la tesis que aquí se sostiene. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana promovió una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 23, párrafo 2.º, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado. El artículo cuestio-

nado prevé el dictamen preceptivo de este órgano para las Comunidades Autónomas «en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes». La Sala consideraba que los supuestos de control sobre la actividad autonómica venían exhaustivamente establecidos en el artículo 153 de la Constitución, y que la exigencia de ese preceptivo dictamen para los reglamentos autonómicos dictados en ejecución de Ley, ya tengan o no la competencia exclusiva en la materia las Comunidades Autónomas, transgredía aquel precepto constitucional y las potestades de autoorganización de las mismas (artículo 148.1.1 de la Constitución). Este mismo problema y, a la luz del restrictivo contenido del artículo 107 de la Constitución, que se refiere únicamente al Gobierno y no al Estado, había dado lugar a una serie de interesantes pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (entre otras, las SSTS de 12 de mayo de 1987, Ar. 5258; 17 de febrero de 1988, Ar. 1184; 18 de marzo de 1988, Ar. 2481; 20 de junio de 1988, Ar. 4410) conforme a los cuales la sujeción de las Comunidades Autónomas al dictamen del Consejo de Estado sería estrictamente voluntaria en el terreno de sus competencias exclusivas, en una interpretación no maximalista del precepto legal conforme a la Constitución. El problema fue finalmente resuelto en la STC 204/1992.»

5. *¿Cómo se promueve la cuestión?*

5.1. La necesidad de agotar el procedimiento.

El problema de las dudas de constitucionalidad sobre normas de procedimiento

La Ley manda (artículo 35.2 de la LOTC) que el órgano judicial sólo puede plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y antes de dictar «Sentencia». Un texto legal que no coincide totalmente con el recogido en el artículo 163 de la Constitución que habla de «fallo», término mucho más amplio. Siguiendo una interpretación sistemática y la lógica del *favor actionis*, el Tribunal Constitucional ha entendido que cabe el planteamiento también en proce-

dimientos que no se resuelvan por la forma de «Sentencia» en sentido estricto, o en cuestiones incidentales en el sentido más amplio de la palabra, flexibilizando el requisito expuesto en el citado artículo 35.2. Nada cabe reprochar a este proceder que, en lo que a la jurisdicción civil atañe, permite —como se verá— el razonable planteamiento de cuestiones en autos como pueden ser los de jurisdicción voluntaria, o el de jura de cuentas a instancias de Procurador o de Letrado, procedimientos que normalmente se resuelven por Auto.

En este sentido, la STC 76/1982 aclaró que el vocablo «fallo» significa «el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal», pudiendo revestir las decisiones judiciales la forma de Sentencia o de Auto (F.J. 1.º). Este criterio se reiteró en la STC 54/1983 (F.J. 2.º), añadiendo que esta posibilidad no excluye «resoluciones dictadas para ejecutar una decisión judicial» y en las que surjan problemas de constitucionalidad.

En consecuencia, el término «fallo» abarca una triple dimensión: cualquier pronunciamiento resolutorio del fondo, o de materia procesal, o, en su caso, las resoluciones dictadas para ejecutar pronunciamientos judiciales.

Más compleja es, sin duda, la necesidad de agotar el procedimiento antes de elevar el Auto de remisión. El artículo 163 de la Constitución ordena que el órgano judicial planteará la cuestión «con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos». Un precepto de difícil inteligencia, pues parece que inevitablemente posponer el fallo hasta que se resuelva la cuestión de inconstitucionalidad promovida debe tener un efecto suspensivo. El legislador vino a concretar el sentido de esta exigencia, previendo que la cuestión sólo pueda plantearse «una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia» según dice el artículo 35.2 de la LOTC. La Ley Orgánica busca evitar el planteamiento de cuestiones prematuras, probablemente, en virtud de una doble razón: impedir el uso de la cuestión con fines dilatorios por las partes mediante constantes e innecesarias, por infundadas, solicitudes de planteamiento; y, al tiempo, asegurarse de que el juzga-

dor, oídas las alegaciones de las partes, tenga elementos de juicio suficientes para resolver si de la norma cuestionada depende o no realmente el fallo. Esta última exigencia es si cabe mayor en una jurisdicción rogada como la civil, donde tanta relevancia posee el principio dispositivo.

Pero ¿debe llevarse esta exigencia de agotar el procedimiento hasta sus últimas consecuencias y, en todo caso, sin admitir excepción alguna a la regla general? Es difícil ofrecer respuestas apriorísticas en vez de singulares, pues es menester ponderar las circunstancias de cada caso y tipo de procedimiento. Pero, con las cautelas que se quiera, entiendo que también esta exigencia puede en algún caso ser flexibilizada. A mi juicio, debe distinguirse entre los supuestos en que se cuestiona una norma sustantiva, que resuelve conflictos de intereses, de aquellos otros en los que se discute una norma de procedimiento. En el primer supuesto, ha de agotarse, sin duda, la tramitación del procedimiento antes de elevar la cuestión. Pero, cuando el Juez dude de la constitucionalidad de una norma reguladora de un procedimiento o, mejor aún, de la totalidad de la ordenación de éste, la solución puede ser diferente. De este modo, v. gr., si el Juez entendiera que el procedimiento de jura de cuentas (artículos 8 ó 12 de la LEC) es en sí mismo inconstitucional por discriminatorio, al configurar un privilegio para Procuradores y Abogados, pudiera tener sentido que no aguardase a culminar su tramitación; otro tanto cabría decir, v. gr., de un procedimiento ejecutivo especial. Ahora bien, entiendo que esta posibilidad excepcional debe ser interpretada, como tal excepción, restrictivamente y, probablemente, por tanto, haya de ponerse en conexión con el derecho fundamental que supuestamente la regulación del procedimiento vulnera. De forma que si el vicio de inconstitucionalidad, por ejemplo, derivase de una merma del derecho a la defensa o de configurar una situación de indefensión lesiva del artículo 24.1 de la Constitución, hasta que no se alcanzase el momento procesal en el que tal indefensión pudiera producirse, para la sensibilidad del Juez que conozca del caso —a mi parecer— debería seguir tramitando el procedimiento. En cambio, si el Juez cuestionase la globalidad del procedimiento por discriminatorio respecto de otros justiciables, o la general situación de indefensión que la regulación procesal de

ese cauce ocasiona, podría elevar la cuestión y suspender el procedimiento nada más presentarse la demanda. Pero eso sí debería motivar razonada y razonablemente el criterio que le llevaba a adoptar tal decisión en el Auto de remisión. Esta solución intermedia, cuando se cuestionen normas de procedimiento —ni la conclusión total del procedimiento consagrando una hipotética y evitable lesión ni la formalización en cualquier caso de la cuestión nada más presentarse la demanda— se antoja una respuesta matizada al problema y pondera, a la par, el interés objetivo en la conclusión del proceso y la imposibilidad para el Juez de aplicar una norma procesal de cuya constitucionalidad duda. El interrogante no viene, sin embargo, de este modo resuelto en la jurisprudencia constitucional.

En efecto, en esta materia hay algunas decisiones de inadmisión ante la clara falta de agotamiento del procedimiento. Así, v. gr., el ATC 138/1981, inadmitió una cuestión planteada prematuramente en unos autos sobre divorcio en los que se elevó el Auto de remisión sin haber tenido lugar la admisión de la demanda ni el emplazamiento del demandado. Parece, por tanto, que no debe efectuarse el planteamiento sin que se haya iniciado el procedimiento. Pero la jurisprudencia está mayoritariamente presidida por una interpretación muy flexibilizadora de este requisito.

De este modo, la STC 8/1982 rechazó la oposición a la admisibilidad de una cuestión formulada por el Fiscal General del Estado, argumentando que aún cuando la cuestión podía tenerse por prematura, todo ello era «irrelevante», porque «diferir el juicio de constitucionalidad atentaría contra un principio de economía», y porque la continuación del proceso civil hasta el trámite de Sentencia no «aportaría ningún elemento nuevo del juicio» (F.J. 1.º); la cuestión se promovió en un proceso de cognición una vez contestada a la demanda y antes de la celebración del juicio, por tanto, sin convocar a las partes, celebrar el juicio y practicarse en su caso la prueba. De esta Sentencia arranca la STC 25/1984 (F.J. 2.º, letra c]), que sigue el mismo criterio: «cuando la ulterior tramitación resulte irrelevante desde el punto de vista de la cuestión constitucional»; pauta que llevó aquí a no esperar a la celebración de la vista del recurso de casación en un procedimiento penal por delitos monetarios. En el mismo sentido, la STC 186/1990 (F.J. 2.º).

No puede uno, sin embargo, dejar de preguntarse si antes que una interpretación flexibilizadora del mandato de la Ley Orgánica de agotar el procedimiento no estaremos ante casi un incumplimiento del requisito procesal, como la propia Sentencia acaba por admitir. Probablemente, el antiformalismo deseable en los primeros años de desarrollo de la Constitución, cuando ya no los requisitos para su planteamiento sino el propio instrumento de la cuestión estaba aún casi por descubrir entre Jueces y Tribunales, deba dar paso —según mi opinión— a un mayor rigor en la exigencia de este requisito no exento de una finalidad: asegurar una completa formación de la convicción del juzgador sobre la aplicación y relevancia de la norma cuestionada, así como sobre la persistencia de sus dudas acerca de la constitucionalidad del precepto legal. Una opinión quizá generalizable al conjunto de la cuestión.

5.2. La importancia del trámite de audiencia previa a las partes y al Ministerio Fiscal y la incomparecencia de las partes en el proceso constitucional

Una vez concluso el procedimiento y con suspensión del plazo para dictar Sentencia, el órgano judicial que dude de la constitucionalidad de la Ley aplicable dictará una resolución por la que abra un trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, para que aleguen lo que estimen procedente en el plazo común e improrrogable de diez días sobre la procedencia de plantear la cuestión (artículo 35.2 de la LOTC). La Ley Orgánica no precisa si esta resolución debe ser un Auto convenientemente motivado o una mera providencia. Pero suele interpretarse el mandato legal en la práctica de esta segunda manera. En esa providencia, el juzgador debe identificar con claridad el precepto o preceptos legales cuestionados —aunque no sea aquí necesario que justifique expresamente su aplicabilidad—, así como los motivos o dudas de constitucionalidad que estos preceptos le suscitan.

El Tribunal Constitucional ha sostenido que, en la medida en que su Ley Orgánica no exige como requisito indispensable que el órgano judicial ponga de manifiesto, en este trámite, los concretos preceptos constitucionales que se suponen infringidos, debe bastar

con que las mencionadas dudas de constitucionalidad queden «mínimamente, identificadas», sin que sea requisito ineludible la cita del concreto precepto constitucional (STC 188/1988, F.J. 2.º; ATC 18/1983, F.J. 1.º, etc...); en otras ocasiones, ha mantenido que aunque sea «inconveniente otorgar la audiencia en términos genéricos e imprecisos, ello carece de una suficiente entidad para ser elevado a la categoría de falta de condición procesal en el sentido del artículo 37.1 de la LOTC», pues lo relevante es que la precisión se cumpla en el Auto de planteamiento (STC 166/1986, F.J. 4.º).

Las consecuencias de esta interpretación flexibilizadora en este extremo no resultan —según mi parecer— indiscutibles, porque si la finalidad de la audiencia a las partes está en poner a disposición del Juez «la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión» sobre la apertura o no del proceso constitucional (STC 166/1986, F.J. 4.º), convendría que el juzgador que de oficio suscita la cuestión centrara con la mayor precisión y concisión posible los términos de la reflexión que inicia, para poder valorar la opinión de los sujetos interesados y que se encuentran afectados por su decisión. Y para ello la cita de uno o varios preceptos constitucionales en la providencia que abre el trámite no se antoja una carga excesiva. Por otro lado, en la medida que el planteamiento de la cuestión supone la suspensión del proceso ordinario hasta que se resuelva el constitucional y que todo esto puede hacerse en contra del deseo de los justiciables, quienes pueden no querer ver interrumpido el litigio y oponerse al planteamiento, extremar la concreción en la singularización de las infracciones constitucionales devendría una garantía en provecho de las partes.

A todas estas consideraciones que se hacen, no es extraño el dato de que en nuestro sistema —según la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional— no puedan comparecer en el proceso constitucional las partes actora y demandada en el proceso ordinario con motivo del cual se suscita la cuestión, sino sólo las taxativamente enumeradas en el artículo 37.2 de la LOTC (AATC 133/1983, 205/1983, 46/1987, 309/1987, etc...). Ello es así tanto como parte principal como en calidad de coadyuvantes del órgano judicial que elevó la cuestión (ATC 132/1983). Según la jurisprudencia constitucional precitada, esta situación no supone indefensión alguna para

las personas físicas o jurídicas cuyos intereses puedan verse afectados por la Sentencia constitucional, pues la cuestión está encaminada a la defensa de intereses objetivos y no a la de derechos subjetivos e intereses legítimos, como ocurre en el recurso de amparo.

La doctrina científica, sin embargo, ha sido especialmente crítica con la exclusión de la intervención de las partes del proceso *a quo* en la sustanciación de la cuestión —artículo 37.2 de la LOTC—, en cuanto peculiaridad de la regulación española de este mecanismo hecha por el legislador. Esas críticas pueden estimarse reforzadas en una jurisdicción como es la civil, dado su carácter rogado o a instancia de parte, y especialmente en aquellos casos en que ha sido el propio litigante quien ha pedido al Juez el planteamiento de la cuestión. No es, por tanto, tan claro que la Ley Orgánica del Tribunal impida la personación en el proceso constitucional de quienes son partes en el proceso civil, aunque no lo prevea expresamente; dicha previsión no puede —a mi parecer— equipararse a una imposibilidad o prohibición de ser oído en el proceso.

Tampoco es ocioso señalar que en la actualidad la Comisión de la CEE ha admitido a trámite una queja, que en su día será resuelta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, que entre otros extremos discute esa falta de previsión legal de la comparecencia de las partes en el proceso constitucional a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos europeos. Una queja no exenta de fundamento, sin perjuicio de lo que en su día dicho Tribunal resuelva.

No obstante cuanto precede, si el trámite de audiencia a las partes ex artículo 35.2 de la LOTC se verifica con las suficientes dosis de contradicción, cuando el Tribunal Constitucional enjuicie la cuestión conocerá también con claridad las posiciones de las partes interesadas, al elevarse junto al Auto de remisión las actuaciones, aunque ello no sea óbice para que, obviamente, se resuelva la controversia constitucional teniendo en cuenta el interés objetivo que supone la depuración del ordenamiento. El adecuado cumplimiento del trámite de audiencia reseñado puede amortiguar las carencias que la regulación legal entraña.

Sin embargo, como se verá más adelante, probablemente el Tri-

bunal Constitucional no ha exigido con rigor bastante el cumplimiento de ciertas garantías de las partes en dicho trámite de audiencia (concreción del objeto y de las dudas de constitucionalidad, verdadera contradicción...), lo que puede conducir a una situación peculiar en la cual, en algún caso, el justiciable que solicita del Juez el planteamiento de la cuestión no sea oído, ni de forma directa y como parte en el proceso constitucional ni indirectamente a través de las actuaciones que eleve el Juez *a quo*. Aunque el ciudadano no sea titular de la prerrogativa del artículo 163 de la Constitución, en la medida en que es parte en el proceso de procedencia, puede tener un interés legítimo en ser oído acerca de la Ley que puede aplicarse a los hechos y de cuya constitucionalidad se duda.

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el juzgador debe identificar con claridad los preceptos legales cuestionados en la providencia por la que abre el trámite previsto en el artículo 35.2 de la LOTC, y, en cambio, basta con que identifique mínimamente en dicha resolución sus dudas de constitucionalidad, sin que resulte legalmente exigible la cita del concreto precepto fundamental. Esta segunda afirmación debe entenderse y justificarse desde la perspectiva de los requisitos procesales de la cuestión, y de cara a su admisión por el Tribunal Constitucional, pero es probable —por las razones expuestas— que resulte deseable y conveniente que el juzgador extreme su rigor y concreción a la hora de centrar el debate constitucional sobre el que da audiencia a las partes, para facilitar el cumplimiento de la finalidad a la que este trámite responde.

5.3. La sustancial coincidencia entre la providencia de audiencia a las partes (artículo 35.2 de la LOTC) y el Auto de remisión

Iniciado el planteamiento de la cuestión por el juzgador en la resolución en la que propone al Ministerio Fiscal y a las partes elevar al Tribunal Constitucional sus dudas de constitucionalidad respecto de un concreto precepto legal —trámite previsto en el artículo 35.2 de la LOTC— no puede más tarde modificarse su ob-

jeto, al tiempo de formalizarse la cuestión en el Auto de remisión, o introducir nuevos añadidos. Así se sostuvo con rotundidad en la STC 21/1985 donde se afirma que «el objeto de la cuestión ha de permanecer inalterable y no puede ser modificado en el Auto» más allá del objeto contenido en la providencia que a aquéllos se les dirigió (F.J. 2.º); la ampliación del objeto normativo de la cuestión incurre en una transgresión del citado artículo 35.2 de la LOTC y es equiparable a una «norma introducida extemporáneamente».

«En el supuesto de hecho que la STC 21/1985 resuelve el juzgador de primera instancia suscitó la inconstitucionalidad del artículo 504.2.2.ª y 3.ª del Código de Comercio por su pretendida contradicción con el artículo 24.1 de la Constitución, mientras en la providencia se hablaba del 'artículo 504.2.3.ª'; amén de la equívoca mención o identificación escrita del precepto, el objeto era más restringido.»

Del mismo modo, la ulterior extensión del objeto de la cuestión a otros preceptos legales distintos de los cuestionados en el Auto de reenvío, ha sido considerada improcedente (STC 153/1986, F.J. 1.º).

¿Es preciso, también, el mismo rigor o identidad entre las dudas de constitucionalidad que el órgano judicial plantea en el Auto y las que en su día propuso a las partes y al Ministerio Fiscal? Dado el antiformalismo con que el Tribunal Constitucional ha admitido que puede hacerse la singularización de esas tachas de inconstitucionalidad en el posterior Auto —como luego se verá—, carecería de sentido llevar un estricto rigor sobre este extremo a la providencia por la cual se concede audiencia a las partes, fase meramente previa. Quiere con ello decirse que no es un requisito para la admisibilidad de la cuestión la correcta identificación numérica de los preceptos constitucionales supuestamente afectados en la providencia, y su coincidencia con los enunciados en el Auto. Sin perjuicio, de nuevo, de que resulte aconsejable que el Juez extreme su concreción a la hora de proponer sus dudas de constitucionalidad a las partes, con el fin de que el trámite de su audiencia cobre toda su virtualidad y sentido. Sobre todo cuando la cuestión se suscite de oficio y no a

instancia de parte. Ahora bien, si fuera manifiesta la discordancia sustancial entre los reproches de inconstitucionalidad que el órgano judicial finalmente formaliza en el Auto y aquellos por los que abrió inicialmente el trámite previsto en el artículo 3.5.2 de la LOTC, o sobre los cuales las partes hicieron sus alegaciones, entiendo que no podría razonablemente admitirse a trámite la cuestión, pues de otro modo la exigencia legal ex artículo 37.2 habría sido sorteada.

No obstante, la STC 67/1985 matiza mucho cuanto precede al señalar que la providencia por la cual el órgano judicial decide oír a las partes nada más refleja una «estimación inicial» acerca de que la norma puede ser contraria a la Constitución, pero las partes o el Ministerio Fiscal pueden poner de manifiesto que la «posible contradicción» se da con otros preceptos constitucionales no mencionados en la providencia, dando lugar a que el juzgador «delimite la cuestión, teniendo en cuenta las alegaciones formuladas» (F.J. 1.º, A]).

5.4. Requisitos para la formalización del Auto de remisión.

La posibilidad de subsanación

Al analizarse en el epígrafe 3.º el rango legal de la norma cuestionada, su aplicabilidad al caso y el llamado juicio de relevancia, se han estudiado la mayoría de los problemas que ahora vuelven a mencionarse, sin embargo, conviene insistir en que el Auto de reenvío o remisión de la cuestión debe cumplir los siguientes requisitos, según se deduce del artículo 35.2 de la LOTC: a) identificar el precepto o los preceptos legales cuya constitucionalidad se discute; b) expresar razonablemente las dudas de constitucionalidad que aquél o aquéllos suscitan; c) motivar expresamente la aplicabilidad de la Ley al caso y exteriorizar el llamado juicio de relevancia de la norma cuestionada; y d) dejar constancia de haber agotado el procedimiento —con las salvedades que antes se han hecho— y de haber cumplido el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ex artículo 35.2 de la LOTC. El cumplimiento de estos dos últimos requisitos puede igualmente entenderse satisfecho si así se deduce de las actuaciones que junto al Auto de formalización de

la cuestión debe el órgano judicial remitir al Tribunal Constitucional.

Esta exigencia de remitir testimonio de los Autos principales y de las alegaciones de las partes sobre la procedencia del planteamiento viene impuesta en el artículo 36 de la LOTC, y debe ser remarcada, porque su incumplimiento puede dar lugar a la inadmisión de la cuestión, sin perjuicio de que el órgano judicial pueda volver a plantearla en forma. Así en el Auto 726/1985, se inadmitió una cuestión, porque el escrito de planteamiento fue un mero informe y no una resolución judicial en forma de Auto, y porque se adjuntaron fotocopias de determinadas actuaciones, pero no testimonio total o parcial de ellas.

La identificación del precepto legal discutido por el juzgador en el Auto de remisión es un requisito que también ha sido flexibilizado por la jurisprudencia constitucional. La STC 25/1984 (F.J. 2.º, letra a)) reconoció que aunque en el Auto de reenvío no se identificasen exactamente los concretos preceptos legales cuestionados —al impugnarse en bloque por la Sala de procedencia una Ley— no procedía dictar su inadmisión si —como aquí ocurría— de la lectura de la motivación de dicho Auto se desprendía con claridad cuáles eran los preceptos legales cuestionados. Por otro lado, la cuestión puede plantearse respecto de Leyes posconstitucionales o preconstitucionales, si bien en este último caso el juzgador debe promover la cuestión cuando estime que no puede hacer uso de la cláusula derogatoria general que la Constitución posee frente a las disposiciones que «se opongan» a lo establecido en ella (STC 105/1988, F.J. 1.º).

La motivación de los reproches de inconstitucionalidad no requiere, inevitablemente, de la correcta cita del concreto precepto constitucional supuestamente vulnerado; basta con que pueda identificarse de manera suficiente la duda que el Juez expresa, aunque se equivoque a la hora de singularizar el concreto precepto de la Norma fundamental atinente al caso, o el apartado, o el inciso del artículo realmente relevante. Pero eso sí, es carga del juzgador razonar sus dudas, no contentándose con una mera invocación numérica. Los motivos de inconstitucionalidad seleccionados pueden ser

tanto materiales o sustantivos como formales (defectos de rango o vicios de procedimiento), siempre y cuando afecten también a la invalidez de Ley cuestionada.

De este modo, la STC 67/1985 (F.J. 1.º) le dio ocasión al Tribunal para decir que la reserva de Ley Orgánica del artículo 81 de la Constitución podía ser objeto de una cuestión, puesto que obviamente tal vicio de invalidez permitía fundar una declaración de inconstitucionalidad. La razón de decidir de este caso (la posibilidad de un pronunciamiento de inconstitucionalidad) parece permitir extender su doctrina a otros vicios formales.

Si los motivos de inconstitucionalidad que se recogen en el Auto de reenvío hicieran la cuestión «notoriamente infundada» (artículo 37.1 de la LOTC), es posible que el Tribunal Constitucional, previa audiencia del Fiscal General del Estado, la rechace en trámite de mera admisión. En esta línea se avanza desde el muy importante ATC 389/1990 donde se conecta el concepto «notoriamente infundada», dotado de un cierto grado de indeterminación, con la falta de «viabilidad» de la cuestión o de «solidez de la fundamentación», si en un juicio liminar resultara que dicha fundamentación fuera arbitraria o inconsistente (F.J. 1.º). A la postre este precepto legal ha sufrido una lógica evolución en una interpretación extensiva por el Tribunal, similar a la recibida en el recurso de amparo por la cláusula prevista en el hoy artículo 50.1 c] de la LOTC, antes de la reforma de 1988 el artículo 50.2 b]; carecer «manifiestamente de contenido que justifique una decisión»; una especie de crónica de una muerte anunciada...

El rechazo de una cuestión por parte del Tribunal Constitucional ante su falta de juicio de relevancia requiere, en cambio —como se ha visto— que ese defecto resulte manifiesto en un control externo.

Es preciso dejar claro que, dado el interés objetivo que ofrece toda cuestión de inconstitucionalidad (mantener la supremacía de la Constitución), su inadmisión por la concurrencia de algún defecto, no empece la posibilidad de su replanteamiento, una vez subsanados los defectos advertidos en la resolución de inadmisión

(así se ha sostenido en numerosas decisiones AATC 250/1982 y 17, 18 y 19/1983; STC 134/1987, etc...).

III

6. *Especialidades de la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*

La cuestión de inconstitucionalidad en el procedimiento civil por antonomasia que es el declarativo ordinario de mayor cuantía, ya que a través de él se regulan muchas normas generales de procedimiento y a él se remiten los demás en ocasiones, no advierto que ofrezca grandes peculiaridades; tampoco parece tenerlas en el juicio de menor cuantía, en el de cognición, en los juicios verbales, en los incidentes, y en segunda instancia, casación o revisión. Puede, en cambio, tener interés interrogarse sobre la posibilidad de promover cuestiones en ciertos supuestos específicos del proceso civil, y traer a colación algunos ejemplos, aunque sea ya de forma inevitablemente sucinta y más con el afán de suscitar —en algunos de ellos— la controversia y la reflexión antes que de resolverla.

6.1. Resoluciones dictadas en fase de ejecución

No hay obstáculo alguno en admitir que el órgano judicial pueda elevar una cuestión surgida respecto de una norma que reciba aplicación una vez dictada la Sentencia, es decir, dentro del proceso de ejecución. La ejecución de la Sentencia que condena al pago de una suma dineraria, el supuesto más frecuente en la práctica, es notorio que no tiene una tramitación específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se regula dentro de las normas del juicio ejecutivo —Libro II, Título XV, artículo 1429 y sigs.—, al que se remite el artículo 921 de la Ley Procesal cuando regula la ejecución de las Sentencias en general.

La posibilidad de que surja una cuestión de inconstitucionalidad en fase de ejecución de Sentencia tiene eco en la doctrina del Tribunal. En la STC 54/1983 (F.J. 3.º), antes mencionada al hablar de

la extensión del término «falló» que usa el artículo 163 de la Constitución, se estableció que «cuando a la ejecución de lo resuelto se opone otra autoridad invocando unos preceptos legales, que el Juez estima contrarios a la Constitución, aquél puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal antes de reiterar su decisión y exigir su cumplimiento». En dicha resolución un Juez de Primera Instancia, con motivo de unas medidas provisionales dictadas en una separación conyugal, cuestionó los artículos 707.2 y 709 del viejo Código de Justicia Militar, según los cuales los sueldos y haberes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas, únicamente podían ser embargados, por razón de alimentos, en la cuarta parte de sus haberes líquidos.

En la STC 151/1985 (F.J. 4.º) se reiteró la misma doctrina, respecto de la vieja prohibición de embargo de los haberes personales de los militares, para hacer efectivas responsabilidades procedentes de contratos con particulares.

Puede, en definitiva, plantearse la cuestión cuando la duda de constitucionalidad se refiera a normas legales que impidan que la resolución judicial se lleve a puro y debido efecto.

6.2. Normas procesales

Según la jurisprudencia constitucional —como hemos visto— la cuestión puede recaer, además de sobre normas sustantivas, también sobre normas procesales. La STC 93/1988 (F.J. 3.º) expresamente establece que los artículos 163 de la Constitución y 35 de la LOTC no distinguen entre normas de orden procesal y normas sustantivas, siempre que sean aplicables al caso y de cuya validez dependa el fallo, pues dichos preceptos comprenden también «las dudas suscitadas por preceptos necesarios para resolver cuestiones incidentales en el más amplio sentido de la expresión». El Juez ordinario no viene obligado a aplicar un precepto con fuerza de Ley que establezca una norma procesal y que considere contraria a la Constitución y puede, por tanto, formalizar la cuestión.

La norma cuestionada puede ser, hipotéticamente, la ordenadora del procedimiento en todo o en parte, pero entiendo que también la

directamente determinante del fallo y que posea un alcance antes procesal que sustantivo. Así, v. gr., las llamadas Sentencias absolutorias en la instancia que dejan imprejuzada la cuestión de fondo por estimar alguna de las excepcionales dilatorias opuestas por el demandado (artículo 533 de la LEC).

Un interesante caso en el cual se discutía la globalidad del procedimiento es el que contempla el ATC 334/1991. Un Juez de Primera Instancia cuestionó la constitucionalidad de la Disposición Adicional Primera, apartado 1.º, de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, en donde se remiten al juicio verbal todos los procesos civiles relativos a indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor, independientemente de la cuantía. El Juez consideró que ello podía vulnerar los artículos 14 y 24.1 de la Constitución. El Tribunal Constitucional resolvió —dicho aquí en apretada síntesis— que el juicio verbal, pese a su brevedad de términos y plazos, reúne los requisitos necesarios para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva sin menoscabar las garantías constitucionales de los litigantes, al tiempo que permite agilizar las reclamaciones por daños.

6.3. Medidas cautelares

Sabido es que las medidas cautelares son medios de tutela preventiva que intentan evitar los perjuicios que se siguen de la duración del proceso y que pudieran hacer en su día imposible la ejecución de la Sentencia. En el proceso civil pueden citarse como más frecuentes: el embargo preventivo, la anotación preventiva de la demanda y las medidas provisionales en relación con las personas —en los procesos matrimoniales y en relación con los hijos—, aunque existan otras como son la intervención judicial de bienes litigiosos, el depósito, el secuestro, etc...

Según ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO (pág. 291 y sigs.), el problema que suscitan dichas medidas respecto del planteamiento de la cuestión radica en que si aquéllas se dirigen a evitar el peligro que la tardanza en la sustanciación del proceso pueda suponer para la ejecución de la Sentencia, sería contradictorio que, si surgiera duda

respecto de la constitucionalidad de una norma de este tipo, se suspendiera el proceso declarativo sin acordar la medida cautelar, porque cuando el Tribunal Constitucional dictaminara sobre la adecuación a la Constitución de la norma reguladora de la medida cautelar, ésta no podría ya lógicamente recibir aplicación alguna en el proceso civil. Su misma finalidad cautelar se haría seguramente imposible, y de no ser imposible, ineficaz. En suma, la falta de adopción de una medida cautelar en el momento oportuno, por definición, equivale a denegarla. Así, pues, cabe pensar que medida cautelar y cuestión de inconstitucionalidad son conceptos difícilmente compatibles: «el peso de que las normas sean inconstitucionales —situación que es imputable al legislador— no deben soportarlo por entero sobre sus espaldas los justiciables» (MARÍN PAGEO, pág. 299). Sin embargo, —razona—, como dichas medidas dependen para ser adoptadas de que el demandante lo pida, en realidad, queda en sus manos que el órgano jurisdiccional pueda promover la cuestión, pues en la audiencia establecida en el artículo 35.2 de la LOTC siempre podría renunciar la parte a la adopción de la medida cautelar, sustrayendo al Juez la posibilidad de promover la cuestión. La hipótesis planteada tiene alguna importancia —señala MARÍN PAGEO—, porque la argumentación anterior podría resultar aplicable a cualquier actuación jurisdiccional que deba realizarse con urgencia, por ejemplo, a los procesos declarativos urgentes —juicio de alimentos provisionales, interdictos—, así como a alguna específica diligencia de prueba —aseguramiento de prueba anticipada—; en particular se plantea el mandato del artículo 1881 de la LEC, que manda entregar a la madre la custodia de los hijos menores de siete años, como medida provisionalísima, después de interponerse una demanda de divorcio o separación matrimonial.

La tesis de esta autora, hasta ahora reseñada, que no es tampoco desconocida en la doctrina italiana, no parece poder ser aceptada sin mayores matices, aun admitiendo que las dudas que expone son muy razonables. No es sencillo pensar en supuestos reales en los que pudiera suscitarse un reproche de inconstitucionalidad en relación a una medida cautelar. Pero, si el caso surgiera, nacla impediría en buena lógica la elevación de una cuestión por el órgano judicial. Es cierto que la suspensión del procedimiento *a quo* en que habla

de dictarse la medida cautelar haría inútil la finalidad a la que toda medida de esta índole responde (el llamado *periculum in mora*). Pero esta contradicción no puede erigirse en un obstáculo a lo dispuesto en el artículo 163 de la Norma fundamental y, en definitiva, a la misma idea de supremacía constitucional, pues no existe un fundamento o una excepción a la regla general en la propia Constitución para ello ni tan siquiera en virtud de la renuncia o del desistimiento del justiciable que, dado el interés general, no vincula necesariamente el Tribunal Constitucional. Al cabo, el interés objetivo que la cuestión de inconstitucionalidad articula, la depuración del ordenamiento jurídico de Leyes inconstitucionales, habría inevitablemente de prevalecer sobre el interés subjetivo de las partes en el proceso civil. No obstante, los atinados razonamientos expuestos por MARÍN PAGEO hacen evidente que el Juez civil debe reflexionar con extremada prudencia a la hora de promover cuestiones frente a normas reguladoras de medidas cautelares y, en general, actividades jurisdiccionales que deban realizarse con urgencia. El planteamiento de cuestiones temerarias o escasamente fundadas es en este caso —si cabe— todavía más criticable que en otros supuestos.

6.4. Jurisdicción voluntaria

Los actos de jurisdicción voluntaria están regulados en el Libro III de la LEC y vienen definidos en el artículo 1811 como aquellos en los que es necesaria o se solicita la intervención del Juez, pero «sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas». Ha sido tradicionalmente la inexistencia de controversia entre las partes lo que se ha considerado característico de esta jurisdicción, siendo la clasificación que distingue entre jurisdicción contenciosa y voluntaria una de las más clásicas del derecho procesal civil. Actualmente, basar la imposibilidad de promover cuestiones de inconstitucionalidad en asuntos de jurisdicción voluntaria en que ésta no tenga carácter contencioso no parece una argumentación decisiva, tanto por el carácter muy heterogéneo de los actos de jurisdicción voluntaria regulados en la Ley de Enjuiciamiento, que hace que no siempre sea así, como por la superación en gran medida de la distinción entre jurisdicción con-

tenciosa y voluntaria. Mas la razón decisiva, a los efectos que aquí atañen, se encuentra en la presencia en los actos de jurisdicción voluntaria de un Juez que dicta una resolución judicial. Si los órganos judiciales deben atenerse siempre al sistema de fuentes, con independencia de la función en la que actúen, parece que la naturaleza de la función en la que intervengan no modifica su vinculación a la Constitución. Y ya se ha expuesto que no puede negarse el planteamiento de cuestiones en procedimientos que culminen en resoluciones con forma distinta a la de Sentencia.

6.5. Arbitraje de Derecho privado

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Regulación de Arbitrajes de Derecho Privado (en adelante, LA) define al arbitraje en su artículo 1 como aquella institución mediante la cual: «las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o de varios árbitros, las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de libre disposición conforme a derecho». En principio, puesto que tanto el artículo 163 de la Constitución como el artículo 35 de la LOTC y el artículo 5.2 de la LOPJ emplean la expresión «órgano judicial», parece obvio que los árbitros de Derecho privado estarían excluidos de la posibilidad de plantear la cuestión.

ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO (pág. 165 y sig.) lleva a cabo un examen más profundo del tema (hay elaboraciones anteriores en España de A. PÉREZ GORDO, pág. 130 y sigs.; sobre este problema tuvo lugar una interesante polémica en Italia, véase MAURO CAPPELLETTI: *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milán, 1972, pág. 71 y sigs.) alcanzando una conclusión distinta mediante las argumentaciones que a continuación se exponen. Es preciso diferenciar entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad (artículo 4.1 de la LA). Aunque la doctrina no es pacífica respecto de la naturaleza jurisdiccional o no del arbitraje, lo cierto es que en la antigua Ley de Arbitraje de 1953 no se planteaba problema respecto del sometimiento de la actividad arbitral a la Constitución, porque el laudo de derecho era susceptible de recurso de casación (artículo 28 de la vieja Ley) por infracción de las normas del orde-

namiento jurídico (el actual artículo 1692.4 de la LEC) y los árbitros estaban obligados a «fallar con arreglo a derecho» y, en consecuencia, con arreglo a la Constitución; no en balde el artículo 5.4 de la LOPJ permite en todos los casos en que proceda la casación, fundar el recurso en la infracción de precepto constitucional. El árbitro de derecho venía vinculado a la Constitución, como una plasmación del artículo 9.1 de la Norma fundamental, y la Sala Primera del Tribunal Supremo podía cuestionar la constitucionalidad de la norma legal aplicada en el laudo arbitral. Vigente la nueva Ley de Arbitraje de 1988 y aunque en ella se suprime el recurso de casación contra el laudo arbitral, ha de entenderse que la anterior conclusión sigue siendo válida —señala esta autora—, puesto que el artículo 46 de la LA prevé el recurso de anulación ante la Audiencia Provincial del lugar contra el laudo arbitral cuando «no se hayan observado las formalidades y principios establecidos en la Ley» (artículo 45.2), y uno de tales principios esenciales es que el arbitraje se lleve a cabo conforme a derecho, si así se ha pactado (artículo 4 de la LA). Fallar con arreglo a derecho es hacerlo con arreglo al sistema de fuentes, que el laudo arbitral no puede infringir, y, si la Constitución es la norma suprema, los árbitros deben dictar laudo conforme a la Constitución. Igualmente, la Audiencia puede suscitar la cuestión respecto de la norma legal aplicada en el arbitraje.

El anterior razonamiento viene reforzado —afirma MARÍN PAGO— por el hecho de que la ejecución forzosa del laudo puede obtenerse ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, conforme a lo establecido para la ejecución de las Sentencias —artículo 53 de la LA—, con lo cual sería absurdo y paradójico que un órgano jurisdiccional debiera ejecutar un laudo dictado basándose en una norma inconstitucional.

Ahora bien, conforme al artículo 4.2 de la LA el arbitraje será con arreglo a equidad, salvo que se haya pactado que sea conforme a derecho o —tercera posibilidad— que se haya encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación «en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento». En este juicio de equidad, el árbitro tiene una mayor libertad que en el de derecho, ya que puede fallar conforme a equidad con los límites

que la Ley le señala. Según MARÍN PAGEO, aunque lo querido entonces por el ordenamiento sea no someter la resolución de la controversia a unas normas jurídicas preestablecidas, sino dejarlo a la libertad del árbitro, éste estaría haciendo uso de la norma jurídica que le permite tal actuación y, en consecuencia, vendría sometido a la Constitución además de a la norma contractual y a la legalidad ordinaria. Así, pues, teóricamente, dicho árbitro de equidad podría promover una cuestión, mas como en la práctica la Ley de Arbitraje otorga gran libertad al árbitro y éste no está obligado a fallar conforme a la legalidad ordinaria, cuando la Ley atente contra la Constitución podría no aplicarla. En suma, el árbitro de equidad es libre de aplicar o inaplicar una norma legal y el Tribunal Constitucional podría inadmitir la cuestión por su falta de incidencia en el fallo.

Tampoco esta tesis, que como se ha dicho defienden MARÍN PAGEO y PÉREZ GORDO, puede ser tomada como válida sin mayores discusiones. A mi juicio, pese a lo trabado de la argumentación expuesta por esta autora, su mayor crítica reside en que no permite movernos ni un ápice del punto de partida del que arranca la duda que da lugar a todo el ulterior razonamiento, la existencia de un obstáculo simple, pero consistente: el tenor literal del artículo 163 de la Constitución. Este precepto constitucional manda que la cuestión de inconstitucionalidad se promueva por un «órgano judicial» y, siguiendo un inevitable criterio de interpretación sistemática que lleva a una exégesis de la Constitución como un todo exento de contradicciones lógicas y que se integra con sus propios elementos, por tal debe entenderse «Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (artículo 117.1 de la Constitución). Ni la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ni la Ley Orgánica del Poder Judicial amplían el concepto que la Constitución usa al otorgar la legitimación para plantear una cuestión —y es muy dudoso incluso que pudieran hacerlo—. Así vistas las cosas, los árbitros que la Ley de Arbitraje de Derecho privado regula podrán —si se quiere— ejercer una función asimilable a la jurisdiccional, pero no son «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial». Es, por lo demás, obvio que, en cambio, sí pueden suscitar cuestiones las Audiencias Provinciales que conozcan del recurso de anulación contra los laudos arbitrales (artículo 46.1 de la LA), o los Jueces de Primera Instancia de los

que pretenda obtenerse la ejecución forzosa de éstos (artículo 53 de la LA); y nada impide que un árbitro que dude de la constitucionalidad de la Ley que se vea compelido a aplicar suspenda el procedimiento (artículo 23.3 de la LA) e inste a las partes a que planteen una demanda jurisdiccional. Por otro lado, en la medida en que las materias inseparablemente unidas a aquellas sobre las cuales las partes no tengan poder de disposición no pueden ser objeto de arbitraje (artículo 2.2 b] de la LA), todo el debate puede resultar en el terreno de la realidad algo ocioso.

6.6. Juicio interdictal

La STC 166/1986 enjuició una cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juez de Primera Instancia en un juicio civil de interdicto interpuesto contra el Estado español para recobrar la posesión de los bienes expropiados al grupo «Rumasa» por el Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, convertido durante la tramitación del juicio en la Ley 7/1983, de 29 de junio. El Juez argumentó sus dudas de constitucionalidad contra sendos artículos de la mencionada Ley, aduciendo que la categoría de Ley formal que tienen los preceptos cuestionados les hacía no susceptibles de control jurisdiccional e impedía a los expropiados la garantía judicial de su derecho de propiedad frente a la expropiación, transgrediendo el artículo 24.1 de la Constitución; el llamado problema de las expropiaciones legislativas singulares. El juicio civil de interdicto de recobrar la posesión se autoriza en materia expropiatoria, excepcionalmente, tan sólo en el caso de que no se hayan cumplido los requisitos sustanciales —declaración de utilidad pública e interés social, previo pago o depósito, etc.— del expediente expropiatorio (artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa), para que los Jueces amparen al interesado y le reintegren en su posesión amenazada o perdida. Con apoyo en dicha excepcionalidad, el Ministerio Fiscal adujo que el procedimiento no era adecuado para plantear la cuestión, porque dicha actuación interdictal es improcedente contra la Administración si ésta no se excede de su competencia, y porque no existía un verdadero juicio de relevancia, habida cuenta de que la relación entre norma y fallo debía construirse no con la

mencionada Ley 7/1983 sino directamente con la Ley de Expropiación Forzosa. El Tribunal Constitucional (F.J. 7.º), de manera acertadamente antiformalista, rechazó esta excepción, pese a entender que el citado artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla supuestos de expropiación en vía de hecho, sin satisfacer los requisitos esenciales y por ello sin cobertura legal, convirtiendo la expropiación en un despojo que autoriza la reacción de acudir a un interdicto, y pese a señalar que la Ley no se plantea las expropiaciones *ope legis*. Pese a todo ello, se rechazó la oposición a la admisibilidad de la cuestión, razonando que no podía sustituirse el órgano judicial a la hora de argumentar el juicio de relevancia.

Baste con destacar, por lo que ahora interesa, que, en realidad, no llegó a suscitarse el debate sobre si resultaba posible elevar la cuestión por la misma naturaleza de los interdictos de retener la posesión (artículo 1651 y sigs. de la LEC) que, aunque se tramiten prácticamente como un juicio verbal, tienen una finalidad meramente cautelar, encaminada a reponer al demandante inquietado o perturbado en la posesión o en la tenencia, y no suponen un enjuiciamiento pleno del fondo del litigio, que queda diferido al juicio declarativo ordinario.

IV

CONSIDERACIONES FINALES

Nuestra Constitución faculta a cualquier órgano judicial —sin restricciones de ninguna clase— para cuestionar la constitucionalidad de una Ley. Una solución generosa que permite al Juez ordinario en el Estado constitucional cohonestar su sometimiento directo a la Constitución con su sujeción a la Ley, que es garantía de su independencia. Pero que no deja de alejarse, inevitablemente —una vez más—, del diseño del constitucionalismo liberal del Juez *como* boca inanimada que expresa las palabras de la Ley. Y que, con mayor relevancia, comporta algunos riesgos, pues supone la brusca y en ocasiones traumática interrupción de un proceso ordinario, en virtud de la suspensión del fallo, hasta que recaiga una decisión

en el proceso constitucional sobre las «dudas» de constitucionalidad que el Juez o Tribunal *a quo* suscita. Esa interrupción, cuando la cuestión se promueve de oficio, supone indudables costes y dilaciones para el justiciable que deduce su pretensión ante los Tribunales —como se aprecia con claridad en el proceso civil— a causa del tiempo que requiere dictar un pronunciamiento en sede constitucional, siempre mayor que él, en abstracto, deseable. Por estos motivos, y para evitar que el peso de la constitucionalidad caiga sobre las espaldas de los ciudadanos, actores y demandados, el Juez ordinario debe operar con mucha cautela y prudencia, evitando la formalización de cuestiones de inconstitucionalidad escasamente motivadas o infundadas e insuficientemente meditadas y, por ello, abocadas a una clara decisión de inadmisión o desestimatoria. De todo ello hay ejemplos. Hacer compatibles estas deseables dosis de prudencia, que llevan a no sacrificar en exceso y desproporcionadamente los cotidianos intereses de los justiciables —que reclaman ante los Tribunales pensiones, cantidades de dinero, la resolución de contratos, etc...— con el, sin duda, superior interés objetivo en la depuración del ordenamiento jurídico de Leyes inconstitucionales es algo que sólo puede resolver caso a caso el Juez ordinario de acuerdo con su propia «sensibilidad» constitucional. Mas para cuando ese momento llegue no es ocioso que tenga en cuenta —mediante su estudio— la ya copiosa información que la jurisprudencia constitucional sobre este tema aporta, y que destine el tiempo necesario para efectuar una sosegada ponderación de los intereses en conflicto huyendo de cualquier precipitación o mimetismo, especialmente cuando surjan series de cuestiones sobre un mismo precepto legal promovidas por varios órganos judiciales.

BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL: «La cuestión de inconstitucionalidad en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Segundas Jornadas de Derecho Judicial. Incidencia de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia*, Ministerio de Justicia, 1985, págs. 38-692.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: «La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad», en *Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER: «Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad», en VVAA, *Los procesos constitucionales*, CEC. Madrid, 1992, pág. 13 y sigs.

LARUMBE BIURRÚN, RAFAEL: «Comentarios en torno a las cuestiones de inconstitucionalidad promovidos por los órganos judiciales», en VVAA, *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor E. García de Enterría*, tomo IV, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3041/3081.

LOJENDIO IRURE, IGNACIO MARÍA: «Antecedentes y normativa de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 18, 1987, págs. 89-120.

MARÍN PAGEO, ENCARNACIÓN: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990.

PÉREZ GORDO, ALFONSO: *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982.

PÉREZ TREMPES, PABLO: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, C.E.C., Madrid, 1985; en especial, «El Juez ordinario y la cuestión de inconstitucionalidad» (pág. 126 y sigs.).

RIBAS MAURA, ANDRÉS: *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas-Universitat de les Illes Balears, Madrid, 1991.