Luis JAVIER MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)* (Enrique Guillén López)..... 378

nuestro comentario en relación a los concretos aspectos que hemos seleccionado –pues la condición general de la monografía en relación al tema, hace que tampoco hayamos podido ofrecer una análisis de todos los asuntos tratados–, cómo la obra de Edgar Corzo Sosa ofrece un profundo y meticuloso estudio del desenvolvimiento procesal de la cuestión de inconstitucionalidad en España, lo que vendrá a sugerir al lector, como con nosotros ha sucedido, numerosas e interrogantes apreciaciones. No en vano, con este comentario únicamente hemos querido dar cuenta de algunos de los puntos analizados por el autor –aún a riesgo de un excesivo particularismo en determinadas cuestiones–, y no tanto por su importancia en relación al tema –ya que es constante en su tratamiento–, sino por lo que

su pausada lectura nos ha ido alentando; otra cosa, sin duda, hubiera sido quedarnos en un sucinto resumen del trabajo de Edgar Corzo Sosa, lo cual, creemos, no hubiera reflejado suficientemente el interés y la intensidad del mismo. Es así que esta monografía, en cuanto que análisis pretendidamente crítico y completo de la cuestión de inconstitucionalidad, resulte particularmente interesante tanto desde una perspectiva global de la cuestión, como desde cualquiera de los aspectos específicamente tratados al hilo de ésta. Su rigor y coherencia, por último, es su mejor virtud, a la vez que garantía para su lectura atenta.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO
Prof. de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

L.J. MIERES MIERES, *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (Especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*

Es habitual comenzar los estudios o las explicaciones sobre las competencias del TC a partir de la correlación entre las funciones atribuidas al Tribunal y los procesos constitucionales específicos. «A cada función, un proceso», podría decirse. El valor explicativo del aserto es notable, pero este libro comienza poniendo en duda, tanto su concordancia con la realidad como, y sobre todo, que la coincidencia actual pueda considerarse necesaria, esto es, prescriptiva (de manera que se pudiera estimar desnaturalizado aquel sistema que no la incluya). Cabría señalar que a dar consistencia a esta duda va esencialmente destinada esta monografía que L.J. Mieres Mieres dedica al incidente de constitucionalidad. Para este autor nos encontramos ante un incidente de esta

naturaleza cuando «la cuestión acerca de la constitucionalidad de una norma legal es prejudicial respecto de la resolución de un proceso constitucional» (p. 38). De esta forma, asegura, el incidente que se plantee sería consustancial a una justicia constitucional que resuelve procesos distintos a los del control de normas y que no admite más sujeción que la que la Norma Fundamental le impone. Este es el sentido de que la LOTC introdujera los artículos 55.2, 67 y el nuevo 75 quince. 6, y que, como advierte el autor, se puedan encontrar en la práctica otros supuestos en los que el TC en el curso de un proceso va a tener que conocer de la constitucionalidad de una ley. El objeto de la investigación es, por tanto, acomodar plenamente estos casos a los principios que inspiran los pro-

cesos de control de constitucionalidad. Para ello se afana en resaltar que si una norma es declarada inconstitucional por el TC se debe primordialmente al procedimiento que el Tribunal siguió en su tramitación y no tanto al proceso concreto de origen. En sus propias palabras: «el control de constitucionalidad no se identifica con el proceso de constitucionalidad, como afirmaría la tesis monovalente sino con el *procedimiento* de inconstitucionalidad» (p. 41. Las cursivas son mías). Este es uno de los fundamentos de las tesis que se van a mantener, una de las bases que alientan la defensa de una justicia constitucional más versátil en la que se pueda declarar por vía incidental la inconstitucionalidad de una ley en el seno de un proceso distinto siempre que se respeten los principios que la protegen en su enjuiciamiento. Un sugerente punto de partida, alejado, desde luego, de las teorías más al uso, que dispone correctamente las piezas para poder comprender las distintas soluciones que a esta cuestión se han dado en el derecho comparado.

En primer lugar, se repasa la solución austríaca, consistente en atribuir expresamente al Tribunal Constitucional la capacidad de excluir de oficio del ordenamiento las normas (leyes y reglamentos) de las que conozca con ocasión de un proceso. Esto es, cuando en el curso de un proceso (generalmente, aunque no sólo, de amparo) el Tribunal se encuentre con una disposición dudosa, procederá a considerar su validez en un proceso separado. Sólo resuelto éste, se levantará la suspensión del proceso constitucional en el que surgió el incidente. Según muestra el autor, este control de oficio irrumpe en 1920 logrando que la justicia constitucional austríaca dejara de estar vinculada en exclusiva a la conflictualidad territorial y pasara a ejercer como auténtica garantía de la supremacía de la Constitución sobre la ley. A tan temprano origen se debe, sin duda, el acomodo que este mecanismo encuentra entre los procesos constitucionales. Su concreta

configuración, que el profesor Mieres comenta con detenimiento, da cuenta de ello.

Si la Constitución austríaca opta por dar una solución (por lo demás bastante pormenorizada) a los incidentes constitucionales, no ocurre lo mismo con Italia. La imprevisión no impidió, sin embargo, que los incidentes se presentaran y que la Corte Constitucional admitiera su capacidad de declarar nulas aquellas leyes que condicionaran el resultado del proceso iniciado. Esta llamada «autorimessione» es admisible en todos los procesos constitucionales y se ha suscitado, en especial, en el seno de conflictos de competencia y de cuestiones de constitucionalidad. En cualquier caso, se llevan a cabo conjuntamente el enjuiciamiento de la norma que dió lugar al incidente y la cuestión principal (aunque si el incidente se ha presentado a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad es la misma sentencia la que decide sobre la constitucionalidad de las norma implicadas, mientras que si el origen es un conflicto de atribuciones entre el Estado y las Regiones son distintas, aunque dictadas el mismo día, las sentencias que resuelven el incidente y el conflicto). La inexistencia de un proceso separado y con efecto suspensivo constituye, por tanto, la principal diferencia entre la solución austríaca y la italiana.

En Alemania la ley del Tribunal Constitucional Federal responde de distinta forma al incidente de constitucionalidad en función del proceso en que nazca. En el supuesto de los conflictos competenciales, y de acuerdo con la naturaleza que este proceso tiene en la jurisdicción constitucional alemana, el Tribunal puede constatar la inconstitucionalidad de la ley pero no declarar su nulidad. Muy distintas son las coordenadas del incidente surgido en el seno de un recurso de amparo. La fuerte presencia del elemento objetivo en la regulación de este proceso hace que el Tribunal, cuando se cerciore de una relación causal entre la ley y la lesión del derecho,

proceda a declarar la inconstitucionalidad de la primera con efectos generales. Así, se dice, «se produce una clarificación de la situación jurídica objetiva, no limitada al caso concreto». En cuanto al funcionamiento concreto del incidente se pueden destacar tres puntos fundamentales: 1) El parámetro de constitucionalidad que utiliza el Tribunal para enjuiciar la norma está, en principio, limitado a los preceptos de la LFB que reconocen derechos fundamentales, aunque se aprecia una notable ampliación (hasta alcanzar al ordenamiento constitucional al completo) a partir de las posibilidades que se deducen del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1 LFB). De esta forma, señala la monografía, «se intensifican las posibilidades del control de constitucionalidad dentro del recurso de amparo, a la par que amplía las posibilidades de éxito de la pretensión individual» (p. 75). 2) También se pone de manifiesto que pueden ser controladas incidentalmente tanto las leyes como las fuentes infralegales. 3) La sentencia en la que se otorgue el amparo sobre la base de la inconstitucionalidad de la ley declarará también la nulidad de ésta con efectos generales. Tal sentencia tiene dos condiciones previas que satisfacer: en primer lugar, debe haberse propiciado la intervención en el proceso de los órganos defensores de la ley, y, en segundo término, exige que se adopte por la Sala en Pleno como «órgano en que se concentra el control de constitucionalidad» (p.77). No se debe descuidar, por último, que en el seno de la polémica en que está incurso la doctrina constitucional alemana en torno a la difusa frontera entre jurisdicción constitucional y ordinaria en la tutela de los derechos, el incidente aparece como uno de los (pocos) casos indiscutibles en los que el Tribunal Constitucional debe tener asegurada su intervención ante la imposibilidad de que los jueces puedan reparar la lesión causada en el derecho.

Este recorrido pone al lector sobre aviso de las coordenadas que delimitan la

cuestión del incidente de constitucionalidad en los Estados que cuentan con una jurisdicción constitucional parangonable a la nuestra, de modo que ya podemos identificar los principales problemas detectados y cuales de las soluciones ensayadas son asumibles por nuestro sistema, que Mieres se presta ahora a tratar.

La primera aproximación al incidente de constitucionalidad en la LOTC comienza señalando sus antecedentes¹ y pasa de inmediato a examinar el artículo 67 como control incidental de constitucionalidad en un conflicto de competencias. Nos encontramos aquí con un mecanismo en el que el TC controla la constitucionalidad de la ley origen del acto o disposición impugnados. El objeto del incidente está claramente marcado por la dimensión objetiva, de depuración del ordenamiento, que trasluce el propio artículo 67 y que ha llevado a la doctrina del Tribunal a asumir como prejudicial toda ley que habilite el acto impugnado (más allá por tanto de la norma formalmente atributiva de competencias; para el TC no es, en cambio, admisible el incidente cuando la ley se limita a regular la competencia atribuida por la Constitución y el Estatuto) así como toda aquella vulnerada por el acto que se impugna. En cuanto a su funcionamiento, hay que destacar que el incidente se tramita como, pero *no se convierte en*, un

1. Se señala que se evitó su introducción en la Segunda República por temor a que el Tribunal procediera como un guardian de oficio de la Constitución frente a la ley, y que el proyecto de la LOTC contenía un solución sumamente congruente que desapareció a la par que el previsto amparo directo contra leyes. En realidad, la normativa finalmente resultante supuso la victoria de la teoría que pretendía una total incomunicación entre el amparo y el recurso de inconstitucionalidad, esta jurisdicción constitucional de «líneas puras» que no sólo es artificiosa sino, a juicio de algunos autores, difícilmente compatible con la posición atribuida a los derechos. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, en *Escritos sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 53-55.

recurso de inconstitucionalidad lo que, en definitiva, supone dar audiencia a los órganos legislativos, utilizar como único parámetro de control las disposiciones sobre la distribución de competencias y que la sentencia tenga por objeto principal la declaración de la titularidad de la competencia controvertida. En una adenda, Mieres se refiere al conflicto en defensa de la autonomía local (aun no aprobado cuando el trabajo se concluyó) como nuevo proceso incorporado por la LOTC que faculta al Pleno a declarar, en su caso, la vulneración de la autonomía local por la ley impugnada (artículo 75 quince. 5 LOTC), aunque la sentencia que así lo estime no puede declarar la inconstitucionalidad de la norma. Tal pronunciamiento sólo podrá tener lugar si el Pleno insta una suerte de autocuestión con tal objeto (artículo 75 quince. 6). Esta solución se justifica en que el número de legitimados para interponer un recurso está constitucionalmente tasado ex artículo 162.1 a) CE. Sin embargo, tal dato no obliga necesariamente a la opción elegida ya que, en opinión del autor, los procesos de constitucionalidad se caracterizan básicamente por instar el control de la ley sobre la base de su contradicción con cualquier norma del bloque de la constitucionalidad. Por ello, señala, «el conflicto legislativo promovido por entes locales no es equivalente a un recurso inconstitucional porque el parámetro de constitucionalidad queda circunscrito a las normas del bloque de constitucionalidad que garantizan la autonomía local, con exclusión de todas las demás» (p. 191). En consecuencia, su juicio sobre la nueva regulación no es positivo ya que «no existe óbice constitucional, configurado de este modo el proceso conflictual, para que el Pleno en la misma sentencia pueda declarar inconstitucional de la ley» (pp. 191- 192)

Es preciso saltar ahora a los incidentes de constitucionalidad «imprevistos», es decir, aquellos que pueden surgir en el curso de la tramitación de un recurso de

inconstitucionalidad o de una cuestión sin que hayan sido tomados en consideración por la LOTC. Seguramente la primera pregunta que cabría encarar es la de si son posibles. El autor de la monografía nos responde afirmativamente con toda rotundidad. En el primer caso, nos encontramos con una aceptación tácita de los mismos en el artículo 28.1 LOTC, que, sin embargo, no solventa qué debe hacer el TC cuando se encuentre con que la norma sobre la distribución de competencias utilizada como parámetro no es conforme con la Constitución. La imprevisión legislativa hace que el incidente se resuelva en este caso a través de un pronunciamiento de inconstitucionalidad sin efectos generales (STC 156/1995), en definitiva, a través de la mera inaplicación de la norma. No siendo tal solución muy idónea, Mieres aboga, *de lege ferenda*, por «permitir que el Tribunal pueda pronunciarse sobre la validez de la ley estatal en la sentencia que resuelve la impugnación de la autonómica, es decir, un control incidental de constitucionalidad en línea de lo previsto en el artículo 67, pero sin necesidad de dar audiencia a quien ya es parte» (p. 97). En lo que atañe a la cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal ha admitido, a través de una ciertamente generosa interpretación del artículo 39.1 LOTC (STC 178/1985), que el autor de la monografía secunda, su competencia para declarar inconstitucionales aquellas normas conectadas directamente con la norma cuestionada.

La primera parte de este trabajo se cierra dando cuenta de la polémica que enfrenta a los autores sobre la posibilidad de que se produzca un incidente de constitucionalidad en un conflicto entre órganos. Mieres se adscribe a la posición de quienes, estimando que resultaría una garantía mayor admitir la interposición de un conflicto contra una ley, consideran que, en caso de producirse un incidente de constitucionalidad, debería sustanciarse como un recurso, al modo del artículo 67 LOTC. Una nueva propuesta *de lege ferenda* para con-

cluir y dar paso a la parte del estudio dedicada en exclusiva al incidente de constitucionalidad en el recurso de amparo.

La advertencia con la que se inicia el estudio del artículo 55.2 da cuenta de que este artículo configura un incidente alejado de las soluciones hasta ahora encaradas. En efecto, la llamada autocuestión es, en realidad, un control sucesivo de constitucionalidad en cuanto que se plantea una vez resuelto el recurso de amparo e inaplicada la ley correspondiente². Después de consignar la falta de referentes, tanto en los países con una jurisdicción constitucional semejante, como en nuestro derecho histórico, Mieres se pregunta por el acierto de este sistema. Así, este capítulo está dedicado a enjuiciar y valorar la opción por este modelo que separa el amparo y el control de la ley causante de la lesión. No secunda la teoría que mantiene la corrección de la opción del artículo 55.2 sobre la base de que el recurso de amparo tiene una función subjetiva y un objeto concreto mientras que el control de la ley consiste en una operación sustancialmente distinta que persigue un interés objetivo y se ejerce de forma abstracta. En la monografía se mantiene que los binomios subjetividad-objetividad, concreción-abstracción no son oposiciones absolutas sino criterios tendenciales a los que se inclinan de forma preferente los distintos procesos constitucionales³. La separa-

ción tajante de amparo y control de la constitucionalidad no puede, pues, justificarse en el respeto de estas categorías tan esgrimidas como inexactas⁴. No son argumentos más convincentes en pro de la necesidad del 55.2 LOTC en su actual contenido, el que el art. 161 CE no establezca al ciudadano entre los legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad (ya que no impide que al demandar el amparo, para el que sí está legitimado, achaque la lesión del derecho a la ley⁵), ni el 164, según el cual no tendrán efectos generales aquellas sentencias del TC que «se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», lo que es, como firma el autor, recordar lo obvio, sin condicionar los efectos de las sentencias que tengan un alcance más amplio. Así pues, el profesor Mieres no se suma a la opinión de Urías Martínez⁶, por ejemplo, según el cual el artículo 55.2 es una secuencia perfectamente imbricada con la serie de principios que dan sentido al amparo y al control de normas; una secuencia que comienza con una intervención en la que la Sala se pregunta si el acto recurrido (haciendo abstracción, incluso en los derechos de configuración legal, de la ley aplicada por el órgano productor del acto) ha supuesto una lesión del derecho fundamental, contando como único parámetro con los preceptos constitucionales que los establecen. En caso de que se constate tal lesión (otorgado el amparo, por tanto) la Sala debería ahora, y por vez primera, entrar a considerar la ley de desarrollo del derecho por si esta pudiera ser la

2. En el mismo sentido M. MEDINA GUERRERO, que entiende por ello que en la autocuestión no se plantea una duda prejudicial. Cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ y otros, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 68.

3. En especial se pone de manifiesto, en lo que se refiere al par concreción-abstracción, que también el control de constitucionalidad de la ley es concreto en cuanto que supone contrastar, no una disposición legal, sino la concreta norma deducida de ella, con los enunciados constitucionales. De ahí que en este sentido señale MIERES: «la diferencia entre juicio de amparo y de constitucionalidad es de grado, pero no estructural», p. 112.

4. Claramente contraria es la posición de J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 119.

5. Así lo ha venido admitiendo el Tribunal Constitucional desde sus primeros tiempos. Cfr., en este sentido el ATC 81/1980 del que da cuenta R. GIL CREMADES en *Orden constitucional y actividad de oficio del Tribunal Constitucional*, REDC, n.º 53, p. 77.

6. *La cuestión interna de constitucionalidad*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 145.

causante directa, ineluctable, de la actuación lesiva. A esta segunda respuesta afirmativa correspondería la elevación de la autocuestión al Pleno, cuya actuación consistiría en examinar la ley a la luz de los derechos fundamentales ateniéndose a la interpretación que les atribuyó la Sala. El autor de la monografía que comentamos está lejos de asumir como propia esta interpretación. Si ya ha relativizado el antagonismo principal entre amparo y control de normas, ahora responde que esta visión de la autocuestión es, además de excesivamente artificiosa, poco deferente con la posición central que a la ley corresponde en el desarrollo de los derechos fundamentales. En efecto, en un análisis que comparto, considera desacertado plantear una primera intervención del Tribunal Constitucional volcada a detectar la lesión del derecho por el acto sin reparar en la ley, evidenciando, no ya una separación más que estricta entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad, sino más bien la desaparición, aunque sea puntual, de este último. Antes al contrario, y en sus propias palabras, «para determinar, por tanto, si un contenido material expresado en el acto impugnado mediante el recurso de amparo es o no lesivo debe tenerse en cuenta la ley aplicada. No es respetuoso con la posición institucional que corresponde al legislador democrático en el desarrollo y configuración de los derechos fundamentales interpretar la Constitución como si la ley no existiera» (p. 115).

El juicio, evidentemente negativo, acerca de la corrección del artículo 55.2 LOTC se concluye sumando a los problemas sustantivos anteriores los que se derivan de su aplicación práctica. De una parte, se destaca como lo alambicado del mecanismo lleva a una restricción muy importante de su capacidad de actuación. En efecto, el 55.2 convierte la posibilidad de que el Pleno conozca de una ley potencialmente lesiva de los derechos fundamentales en prácticamente excep-

cional; y es, además, una hipótesis más que verosímil suponer que tal solución viene obligada porque, de otro modo, sería más acuciante el segundo de los problemas al que ahora está expuesta la llamada autocuestión: el de la contradicción entre la sentencia en la que la Sala otorga el amparo y la del Pleno declarando constitucional la ley cuestionada por la Sala. Ciertamente, no carece de apoyos la solución que trata de fundar el escaso número de autocuestiones planteadas: la Sala no debe plantear al Pleno la duda sobre la constitucionalidad de la ley si la lesión del derecho fundamental ya confirmada no es «consecuencia ineluctable» de su aplicación (STC 63/1982, FJ 3.º). Así, se dice, se salvaguarda el principio de conservación de la ley. El problema no radica aquí (y en esto disiento de Mieres) en que se fomenta el activismo judicial, esto es, en que se den alas de las que antes careciera al juez que quiere soslayar la ley utilizando como base espuria la Constitución. Simplemente se está recordando lo que la LOPJ (art. 5. 1) estipula. El nudo gordiano de la cuestión está, en cambio, en que más vale que la Sala no diga que la lesión es consecuencia ineluctable de la aplicación de la ley (y por tanto no plantee la autocuestión) porque esto no es una mera conexión de causalidad sino una auténtica decisión sobre el fondo que pone al Tribunal en la tesitura de volver a decidir sobre el fondo. En mi opinión, la Sala no eleva más cuestiones al Pleno por la disfuncionalidad en la que está incurrido desde su nacimiento todo el procedimiento⁷. Es la conexión entre estos dos problemas, y, en especial, el justificado miedo a la nueva sentencia contradictoria lo que, creo, lleva a mantener la absoluta inescin-

7. Como apoyo de este razonamiento podríamos señalar además que las autocuestiones elevadas lo han sido a instancia de parte (es decir, asumidas renuientemente por la Sala). Cfr. GEL CREMADES, op. cit., p. 110.

dibilidad entre la ley y la lesión del derecho para que la autocuestión sólo sea planteable en casos extremos. En definitiva, parece actuarse conforme a la máxima: «Cuanto menor sea el uso del 55.2, menores los problemas. Impúgnese, en consecuencia, la ley a través de los procedimientos «ortodoxos»: recurso y cuestión»⁸. Así se evitan tanto la extraña situación en la que quedan el juez (autor de la sentencia recurrida en amparo) y los jueces en general, frente a una ley inaplicada por la Sala del Tribunal y pendiente de juicio por el Pleno⁹, como sobre todo el que finalmente la sentencia que ponga fin a la autocuestión discrepe de la que concedió el amparo¹⁰. Podría bien resumirse el sentido general de este capítulo con esta afirmación del autor: «El artículo 55.2 LOTC, en fin, produce resultados contrarios al control concentrado de constitucionalidad pues afecta negativamente a dos

8. En definitiva no se considera el artículo 55.2 como un auténtico proceso constitucional sino como un remedio un tanto «vergonzante» (si se me permite la expresión) a una situación insostenible.

9. En efecto, en ese ínterin los jueces estarán ante la alternativa de aplicar una ley que sigue siendo válida ya que el órgano que constitucionalmente tiene la competencia para expulsarla del ordenamiento jurídico es el Pleno del TC, y la de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por entender suficientemente quebrada la presunción de constitucionalidad de la ley por la sentencia que, tras inaplicarla, otorga el amparo. E. CORZO SOSA mantiene que la figura de la inaplicación de la ley es extraña a nuestro ordenamiento por contrariar el artículo 163 CE. Cfr. E. CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, CEPC, Madrid, 1998, p. 238.

10. Los problemas de la contradicción no son de alcance menor sino de gran calado: repárese en lo que significa, que una sentencia del Tribunal Constitucional haya otorgado el amparo sin que le quepa duda alguna de que la actuación interpretativa del juez respecto de la ley fue impecable, y que la sentencia posterior llamada a declarar la nulidad de la ley estime que es compatible con la Constitución. El amparo está definitivamente otorgado, pero ¿cual es ahora el fundamento de tal otorgamiento?

de los principios que lo justifican estructuralmente: la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la Constitución. Por otra parte, es contrario al principio de economía de los procesos, especialmente intenso en la jurisdicción constitucional (p. 121).

El artículo 55.2 no se puede entender sin reparar en las características que posee el recurso de amparo como proceso que habilita la actuación posterior del Pleno. Por ello el autor estima oportuno plantear los términos ante los que está emplazada la discusión doctrinal en la actualidad (en concreto la tensión entre subjetividad y objetividad) y tomar posición. Ésta última es bien clara: «Desde un punto de vista teórico, la tendencia del recurso de amparo ha de ser la objetivación: debe ser más constitucional que amparo, porque esa es la razón de la competencia del Tribunal Constitucional. En principio, sólo en los casos en que no sea posible un previo pronunciamiento judicial efectivo, es necesaria constitucionalmente la intervención del Tribunal para reparar una lesión independientemente de su trascendencia para la defensa de la Constitución y del particular» (pp. 131-132). Sin embargo la comprensión en clave exclusivamente subjetiva del recurso de amparo y la ancilaridad de éste respecto de la autocuestión reduce en exceso la posibilidades de ésta como posible instrumento de defensa de la Constitución (p. 133). Con esta mirada crítica aborda los requisitos de la autocuestión. La jurisprudencia del TC, en efecto, ha señalado que para que surja una autocuestión la Sala tiene que haber otorgado el Amparo como único medio de reparar la lesión *concreta y actual* producida en un derecho fundamental por la *aplicación determinante* (es decir, como *conditio sine qua non* del acto lesivo) de una ley. La jurisprudencia constitucional, no ya al hilo de la Constitución sino sobre todo del desarrollo realizado por su Ley Orgánica, ha tratado de que el 55.2 sea un parapeto contra cualquier indicio de confusión de

procesos (en definitiva, contra un amparo indirecto frente a leyes). El origen en un recurso de amparo se va a comunicar a la actuación sucesiva del Pleno. La concesión del amparo fue el acto que le habilitó para conocer de la ley que indiciariamente causó la lesión y a su examen en este contexto (extrema concreción, por tanto) se limita su actuación. Tal doctrina queda quintaesenciada en el siguiente requisito que Mieres recoge de la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 92/1985): «La conexión entre reparación de la lesión y juicio de constitucionalidad debe permanecer durante todo el proceso. Si la pretensión del particular se satisface de otro modo, por ejemplo, en virtud del reconocimiento de un derecho distinto al afectado por la ley aplicada, no procede ya el examen de la ley por tener un carácter abstracto ajeno a la función del recurso de amparo». (pp. 139-140)

En el Capítulo III de esta segunda parte, Mieres estudia diversos elementos que conforman la estructura del incidente de constitucionalidad. En primer lugar, señala que son las disposiciones con rango de ley el objeto formal propio del artículo 55.2. Asimismo, reconoce la admisibilidad de que la Sala al otorgar el amparo también pueda declarar la nulidad del reglamento causante del acto lesivo. A continuación, el autor juzga oportuno desgranar ciertas cuestiones acerca del objeto material del incidente. Vuelve a situar este mecanismo como una respuesta determinada a la pregunta acerca de quien es el responsable efectivo de la lesión del derecho fundamental. La respuesta es siempre de una enorme complejidad ya que se ve condicionada por los perfiles más borrosos de todo nuestro sistema: la diferente posición de la justicia ordinaria y la constitucional en la tutela de los derechos, los también diferentes criterios de interpretación que estos dos niveles manejan y la dependencia de los jueces respecto de las normas extraídas por el TC de los preceptos legales, la desigual

situación en que se encuentran respecto de la ley, la distancia que media entre los derechos fundamentales sustantivos y los de configuración legal en lo que se refiere a la intervención definitiva de los jueces o del Tribunal Constitucional, y, por último, la concurrencia de otros argumentos no ya teóricos sino de pura funcionalidad que puedan llevar a que el 55.2 se abra o permanezca tan cerrado como en la actualidad. En efecto, para resolver si el acto lesivo es imputable a la ley y no a la actuación del juez hay que ver cual es el contenido del derecho, no sólo en su tenor literal, sino también en el que se pueda deducir de las normas que el TC haya derivado del precepto a partir de su conexión con la ley que lo desarrolla. La interpretación constitucional sobre el derecho –sobre todo, en el caso de los derechos sustantivos, es decir, en aquellos derechos cuyo núcleo está indiscutiblemente anclado en el plano de la constitucionalidad (más problemático es, como señala el autor, que la interpretación sobre los derechos de configuración legal esté tan condicionada por el TC cuando nos situamos precisamente en el plano de la legalidad, el propio de la jurisdicción ordinaria)– se impone al resto de los tribunales, de modo que si no la secundan la lesión resultante será imputable a la resolución judicial y no a la ley de desarrollo y, por tanto, no cabría el planteamiento del incidente. Éste sólo tendrá lugar tras situar la lesión en la aplicación de la ley; pero es necesario también que el juez no haya podido derivar del precepto legal una norma compatible con la Constitución. Sólo cuando la Sala que conoce del amparo determina que no le fue posible cumplir con este deber (art. 5.1 LOPJ) anula la sentencia. Mieres detecta aquí una indiscutible univocidad (la Sala está señalando que el juez actuó de la única manera que pudo) que se debe trasladar al Pleno al que, por tanto, le estaría vedado ensayar una interpretación conforme (p. 167). Ante un caso especial

nos encontramos cuando es posible una interpretación compatible con la Constitución que, sin embargo, no concuerda con la que uniformemente habían venido extrayendo de la ley las sucesivas instancias judiciales. En este supuesto MIERES opta por atemperar las consecuencias estrictas del principio de interpretación conforme. «En casos así, —señala tras haber examinado los principios en liza—, es preferible la nulidad del precepto, aunque de él puedan deducirse teóricamente normas constitucionales, y que sea el legislador quien corrija la interpretación judicial contraria a la Constitución» (p. 168).

Dado que el 55.2 surge como consecuencia de un recurso de amparo y a él permanece atado, como hemos tenido ocasión de ver, el parámetro queda circunscrito a aquellos derechos fundamentales de entre los integrantes de la sección I del Capítulo II del Título I que se estimen lesionados. Frente a los derechos de la sección segunda eventualmente afectados a causa de las leyes, al ciudadano sólo le resta la posibilidad de que el juez plantee ante el TC una cuestión. Ciertamente no es pacífica ni la doctrina científica ni la jurisprudencia acerca de las posibilidades de reacción en el caso de que el juez encontrase una interpretación de la ley compatible con la Constitución que, sin embargo, no satisficiera a alguna de las partes. Por lo que se refiere a la segunda, el claro punto de partida (no es posible recurrir en amparo sobre la base de) artículo 24 la decisión del juez en la que no accede a plantear la cuestión de confianza ya que equivaldría a desconocer el mismo artículo 163) se ha visto, según el autor, matizado en alguna sentencia en la que se alude (si bien en *obiter dicta*) a la razonabilidad y suficiencia de la decisión denegatoria como elementos que apoyan la efectiva satisfacción de la tutela judicial del demandante. En el ámbito doctrinal Mieres mantiene que, en especial por lo que se refiere a los derechos de la sección segunda, «el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

deja inerte al particular. De este modo, su derecho fundamental es menos derecho, pues depende del criterio de un órgano estatal el poder acceder al Tribunal Constitucional, que es el único órgano que puede prestar tutela efectiva frente al legislador, y también es menos fundamental, pues el control de la constitucionalidad de la ley es más restringido que en el caso de los derechos de la sección 1.². (p. 173). En definitiva, lo que el autor postula es una verdadera extensión del amparo como «medio último de protección de todos los derechos fundamentales frente al legislador» (ibídem).

Un aspecto a destacar para concluir las páginas destinadas al estudio de la estructura del incidente es el de los efectos atribuidos a la sentencia de amparo que lleve a cabo una interpretación conforme de la ley. De estas sentencias nos da cuenta Mieres para, una vez más, incidir sobre un nuevo aspecto problemático del 55.2, en la medida en que prohíbe «un pronunciamiento en la sentencia de amparo sobre la validez de la ley con efectos generales, pero no excluye que la validez de la disposición legal quede condicionada en los fundamentos jurídicos por una interpretación conforme» (p. 177). En este sentido la sentencia tiene un contenido indiscutiblemente vinculante y por tanto a ella deben atenerse todos los poderes públicos¹¹. De nuevo se puede apreciar como la sentencia que resuelve el amparo está en una difícil tierra de nadie cuando hay una ley que de cualquier modo la condiciona. No sólo entra, en su caso, en el ámbito de la eficacia de la norma, sino que incluso va a conocer en cierto modo de su validez (es decir, de la relación con las fuentes de su juridicidad) aunque sin llegar a extraer la máxima consecuencia de tal conocimiento, que queda reservada al Pleno. En el caso

11. Cfr. A. GÓMEZ MONTORO, «Los efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional», en *AAVV, Jurisdicción y procesos constitucionales*, op. cit., pp. 150-152.

de que la sentencia de la sala inaplique la ley, su doctrina vincula a los tribunales en tanto el Pleno no se manifieste sobre la validez de la norma ahora cuestionada (por tanto no se si presuntamente inconstitucional o al menos carente de una presunción de constitucionalidad parangonable a la que se predica de las normas con rango de ley»¹². Menciona también la monografía que, en coherencia con la absoluta separación de procesos que se deriva de la interpretación del TC de su ley reguladora, es totalmente admisible que se pueda suscitar un incidente que tenga por objeto una ley ya impugnada por idéntica razón ante el TC en un recurso o en una cuestión. Atendiendo a la carencia de efectos generales de la sentencia de amparo que inaplica la ley, enraizada de forma necesaria y exclusiva, a juicio del autor, con el hecho de que «no se desarrolle dentro de un *procedimiento* de constitucionalidad» (p. 181. La cursiva en el original) se da paso al capítulo IV y último.

Este se dedica al exámen de las soluciones alternativas propuestas por quienes, como el autor, estiman disfuncional el mecanismo del artículo 55.2 LOTC. En primer lugar, se considera la teoría que postula una cuestión de inconstitucionalidad suspensiva del recurso de amparo¹³ que sólo se resolvería tras la sentencia en la que el Pleno zanje las dudas acerca de la ley controvertida. Esta opción trata de preservar la

separación tajante de amparo y del control de constitucionalidad que está detrás del espíritu del artículo 55.2 sin abocar a los problemas que este artículo conlleva. Sin embargo no se adscribe el profesor Mieres a esta corriente sobre la base de los importantes inconvenientes que también detecta. Considera en particular la necesaria dilación en la resolución del recurso y el que la predeterminación continuaría teniendo lugar porque antes de elevar la cuestión habría que intentar una interpretación de la ley conciliable con la Constitución. De las otras dos posibilidades que restan, la de que sea la Sala quien resuelva la eventual contradicción entre la ley y la Constitución y proceda posteriormente a otorgar o denegar el amparo¹⁴ y la de que esta misma operación sea realizada por el Pleno, el autor estima preferible la segunda. Las dos tienen ventaja sobre la anterior en el sentido de que no provocan dilaciones, pero se considera que el Pleno es el lugar más propicio para declarar la inconstitucionalidad de una ley por ser el órgano central de la jurisdicción constitucional, aquel en el que tiene lugar la mayor deliberación. Es totalmente congruente con la posición de la ley en nuestro ordenamiento que su control se lleve a cabo con las máximas garantías procedimentales. Si la deliberación está en la esencia de la elaboración de la ley, la deliberación debe estar presente en el proceso que puede determinar su expulsión del ordenamiento jurídico. No es muy usual poner tan de relieve este aspecto como lo ha puesto, muy oportunamente, el profesor MIERES. El resultado por el que apuesta el autor puede ser conseguido sin necesidad de reforma de la ley si el Pleno hace uso de la avocación contenida en el artículo 10.k) LOTC. Sin embargo, no deja de ser una alternativa preferible hacer una modificación

12. Sobre la diferente intensidad que puede adquirir la presunción de constitucionalidad de la ley, cfr. V. FERRERES COMELLAS, *Justicia constitucionalmente democrática*, CEPC, Madrid, 1997, p. 215 y ss.

13. Ésta solución se ha postulado, incluso en el seno, del TC. Concretamente la mantiene el Magistrado MENDIZABAL ALLENDE en el voto particular a la STC 18/1994 que comenta A. ROIG BATALLA, *En torno al voto particular de la STC 18/1994, de 20 de enero. La autocuestión o control sucesivo de constitucionalidad*, REDC, n.º 44, 1995. Recientemente también la mantiene E. CORZO SOSA, *La cuestión de inconstitucionalidad*, op. cit., pp. 239-240.

14. Tempranamente sostuvo esta solución I. BORRAJO INIESTA, *Amparo frente a leyes. (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)*, RAP, n.º 98, 1982.

completamente congruente del artículo 55.2 LOTC que responda a las exigencias que la monografía ha expuesto.

Esta monografía es una densa exposición de muchos de los problemas que aquejan a nuestros complejos sistema de justicia constitucional. No va a encontrar el lector ninguna huida hacia adelante en el tratamiento de los problemas que al autor le surgen. Va a tratar tantos como se le presenten, y, desde luego, tantos como se le hayan presentado a la jurisprudencia constitucional, que maneja con mucha solvencia y sin ahorrar críticas cuando lo estima necesario.

También hay que señalar que es un trabajo que exige del lector una atención intensa. La cantidad y calidad de los problemas expuestos, así como la compleja casuística de los incidentes (un proceso dentro de otro proceso, en ocasiones un proceso como si de otro se tratara y, por último, un proceso tras otro proceso) obligan a que se sigan supuestos y argumentos con igual detenimiento. El esfuerzo, sin duda, merece la pena.

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

ROURA GÓMEZ, S., *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

La CE de 1978 exigió de la doctrina un importante esfuerzo para aclarar y cimentar las bases de nuestro sistema jurídico-político. Esa tarea dogmática, solventada en mi opinión con brillantez, provocó, sin embargo, el descuido de otros ámbitos de investigación, entre ellos la historiografía de las instituciones constitucionales. Es cierto que, aún bajo tal circunstancia, existen brillantes estudios en esta rama, como el de P. Cruz Villalón sobre la formación de la jurisdicción constitucional en Europa, el de J.M. Porras Ramírez sobre la monarquía, o, últimamente y como ejemplo destacadísimo, el análisis de A. Nieto sobre los inicios del Estado Constitucional. Pues bien, a esta senda se une el libro que hoy recensamos. Pero la obra del Dr. Roura no es solamente un estudio histórico, es, además, un trabajo en el que el autor desgrana un conocimiento profundo sobre la reforma constitucional y el control de constitucionalidad: al hilo de nuestros textos fundamentales incorpora reflexiones sobre la teoría de la Constitución.

El Profesor Roura tiene la virtud de explicar con claridad y desde el comienzo los elementos que estructuran su investigación. Así, en el primer capítulo se ocupa de destacar la función de la rigidez y el control de constitucionalidad en la Constitución racional-normativa. Si ésta resulta del Poder constituyente, cuyo titular es el pueblo, la rigidez y el control de constitucionalidad tienen como misión garantizar la supremacía de la Constitución, es decir, la voluntad popular; mas no sólo eso, sino que al servir a la supremacía constitucional dotan de operatividad a los otros dos principios basilares del constitucionalismo: el principio democrático y el principio liberal. Desde estos postulados, Roura distingue entre la experiencia americana y la francesa. En la primera, según el autor, la homogeneidad social y el federalismo facilitaron el surgimiento de la jurisdicción constitucional. Por el contrario, el vigor social del principio monárquico en la experiencia francesa condujo a una defensa política de la Constitución, cifrada en el Parlamento, hecho que, tiempo después, explicará el