

Universidad de Sevilla
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Constitucional



Tesis doctoral

en cotutela con la Universidad de Pisa - Departamento de Giurisprudenza

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

Candidata: Silvia Romboli

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

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN (p. 14)

CAPÍTULO PRIMERO.

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

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

1. La vía incidental como solución de compromiso entre exigencias distintas (pero no tanto): ¿tutelar los derechos o depurar el ordenamiento? (p. 26)

2. La falta de previsión en el texto constitucional de las modalidades de acceso a la Corte constitucional: la vía incidental como “única” vía de acceso al Juez constitucional (p. 31)

3. Una expresión de la dimensión “subjetiva” de la Corte constitucional: la posición de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional sobre la importancia de respetar las reglas del proceso constitucional (p. 35)

4. Las fuentes de la justicia constitucional. La regulación del enjuiciamiento de las leyes activado a través de la vía incidental (p. 39)

II. Los albores de la cuestión de inconstitucionalidad española:

1. Las necesidades de la España pos-franquista y la predisposición de un complejo (y completo) sistema de justicia constitucional: la elección de múltiples vías de acceso a la jurisdicción constitucional (p. 42)

2. Una aproximación al debate sobre la naturaleza de la cuestión de inconstitucionalidad: los motivos de su carácter híbrido (o “impropio”) (p. 45)

3. Una distinta visión del respeto de las reglas del proceso constitucional. La disciplina de la cuestión de inconstitucionalidad en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (p. 51)

CAPÍTULO SEGUNDO

El juez y la fase inicial del juicio incidental (p. 58)

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

1. La evolución de la noción de “juez” legitimado para plantear una cuestión de inconstitucionalidad en la jurisprudencia constitucional italiana y en española (p. 60)

2. La intensificación del nivel de tutela de los derechos fundamentales con una interpretación de la noción de “juez” propia del control incidental: una aproximación casuística

a) Reflexiones paralelas en los dos Países: el Tribunal de Cuentas, el mismo Constitucional, los árbitros (p. 67)

b) Algunas peculiaridades de los dos ordenamientos jurídicos (p. 72)

II. Las condiciones de acceso a la vía incidental: límite o reforzamiento para la tutela de los derechos constitucionales (p. 77)

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

a) La prejudicialidad

i. Un punto a favor del reforzamiento. La inclinación hacia una lectura amplia del requisito en la jurisprudencia constitucional italiana: el control de constitucionalidad en vía incidental de la ley electoral (p. 77)

ii. El debate sobre la presencia del requisito de la prejudicialidad en la doctrina y jurisprudencia española (p. 82)

b) La incidentalidad y la definición del juicio *a quo* como actividad “jurisdiccional” (p. 84)

c) La relevancia: la “bifurcación” del concepto y la relación de instrumentalidad entre las dos fases del juicio incidental de constitucionalidad (p. 86)

2. Tres puntos a destacar relacionados con los requisitos:

a) El control de los requisitos de la CI: el papel del juez ordinario y de las cortes constitucionales (p. 89)

b) Algo más sobre el concepto de instrumentalidad: autonomía o dependencia de las dos fases del juicio incidental (p. 92)

c) Cuándo una interpretación estricta de la relevancia puede reducir la realización de un derecho (p. 97)

III. El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad en la legislación y en la jurisprudencia constitucional (p. 99)

Sigue. ¿Falta de objeto? La omisión del legislador y los remedios elaborados por los jueces ordinarios y por los tribunales constitucionales (p. 101)

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

1. Los decretos-leyes; (p. 111)

2. Las leyes singulares; (p. 125)

3. Menciones a otros “escalones” del sistema de fuentes del Derecho: las leyes orgánicas, leyes constitucionales, reglamentos y fuentes secundarias (p. 123)

V. El auto de planteamiento de la cuestión a la Corte constitucional

1. El auto de planteamiento en Italia (p. 135)

Sigue. dos hipótesis que pueden generar la vulneración de los derechos

- a) El lapso demasiado largo entre la suspensión del juicio *a quo* y el envío de las actuaciones a la Corte constitucional (p. 137)
- b) el uso “engañoso” de la cuestión de constitucionalidad, lejos de las finalidades propias del instrumento (p. 139)

2. El auto de planteamiento en España (p. 140)

Las hipótesis en las que pueden derivarse efectos negativos para la tutela de los derechos: la elección del juez *a quo* de no plantear una CI y la falta de motivación (p. 142)

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

- 1. La ampliación del rol “decisional” del juez en Italia: (p. 148)
 - i. la obligación de la interpretación conforme
 - ii. Sigue: la utilización de las denominadas “sentencias aditivas de principios” de la Corte constitucional. (p. 152)
- 2. La falta de obligación de la interpretación conforme en España (p. 154)

CAPÍTULO TERCERO

Las partes ante el juez ordinario y ante los tribunales constitucionales (p. 160)

I. La fase *a quo* del juicio incidental: el espacio de actuación de las partes ante el juez ordinario en defensa de sus derechos e intereses (p. 163)

1. Peculiaridades: El trámite de audiencia previa a las partes en España como único momento de “comunicación”, hasta el 2007, entre las partes del juicio *a quo* y el Tribunal Constitucional (p. 165)

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

1. Peculiaridad destacable: Las problemáticas conexas con la notificación del auto de planteamiento en Italia (p. 169)

2. El estudio “de campo” en la identificación de la noción de parte: algunos supuestos de sujetos excluidos del juicio *ad quem*

- a) Las partes que se incorporan en el proceso *a quo* después de su suspensión (p. 172)

- b) Las partes que ostentan un “interés legítimo” a personarse, pero no participaron (pudiendo hacerlo) en el proceso *a quo* (p. 173)

- c) Las partes en los juicios “similares” al juicio suspendido esperando la decisión de la Corte: los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” de los tribunales ordinarios (p. 175)

- d) Sigue: las acumulaciones y los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” del Tribunal Constitucional español (p. 176)

- e) La sucesión en el estatus de parte del juicio *a quo* (p. 177)

f) El Ministerio Público, el abogado de la parte y los órganos del Estado (p. 178)

g) Los “auto interlocutorio” y su utilidad para las aclaraciones sobre la noción de “parte” (p. 181)

3. La condena del TEDH a España por la falta del contradictorio en la fase *ad quem* del juicio incidental (caso Ruiz Mateos) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007 en España que abre las puertas del proceso ante el TC a las partes del proceso *a quo* (p. 183)

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

1. La obligatoriedad del respeto de los plazos en la personación de las partes (p. 190)

2. El principio de gratuidad y la paradoja, en Italia, de la necesaria defensa técnica por parte de un abogado “cassazionista” (p. 192)

IV. Algunas consideraciones sobre el papel de las partes en el proceso constitucional de control incidental (p. 194)

CAPÍTULO CUARTO

Los tribunales constitucionales y el significado de sus sentencias para la tutela de los derechos fundamentales (p. 199)

I. Los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad: nulidad y expulsión de la norma del ordenamiento jurídico entre regulación... (p. 200)

1. La normativa (p. 200)

2. Algunas dudas “iniciales” sobre la regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, resueltas por la Corte constitucional italiana (p. 202)

Sigue: ...y praxis:

1. La eficacia en el tiempo: la posibilidad de aplazar el *diez a quo* (p. 205)

2. El alcance del fallo: la inconstitucionalidad sin nulidad (p. 214)

Sigue. Peculiaridad de la experiencia española: los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad en los recursos de amparo (p. 218)

II. Cuando los tribunales constitucionales no se limitan a declarar la inconstitucionalidad: la actividad creativa (p. 230)

1. Las sentencias interpretativas desestimatorias (p. 230)

2. Las sentencias manipulativas y los límites a su utilización (p. 236)

III. Consideraciones conclusivas en mérito al cometido de los tribunales constitucionales:

Las influencias de la actividad de los Tribunales constitucionales en las relaciones con los demás poderes del Estado (p. 240)

CAPITULO QUINTO

La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” europea y convencional y la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-limites” (p. 244)

I. Premisa. La tutela multinivel de los derechos y el “diálogo” entre Cortes a través del instrumento prejudicial (p. 245)

II. El mecanismo de la prejudicial en la cuestión ante el Tribunal de Justicia y la naturaleza del procedimiento previsto en el protocolo 16 para solicitar opiniones consultivas del Tribunal Europeo relativas a la aplicación e interpretación del Convenio Europeo (p. 253)

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

- a) los sujetos legitimados (p. 260)
- b) el carácter obligatorio o facultativo (p. 266)
- c) el objeto (p. 270)
- d) el contradictorio y el rol de las partes en el juicio a quo y ante los Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo (p.273)
- e) la decisión y su eficacia (p. 275)

IV. La “doble prejudicialidad” constitucional y europea: las hipótesis posibles y los criterios para elegir un orden de preferencia (p. 280)

1. Italia: dos casos de doble prejudicialidad (p. 282)
2. España: los supuestos de doble prejudicialidad. La concurrencia (anterior, posterior o simultánea) de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo en España (p. 286)

i. Un caso de concurrencia: el planteamiento anterior de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo a la cuestión incidental ante el TC (p. 288)

ii. El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de la cuestión prejudicial y los supuestos de planteamiento simultaneo (la doble prejudicialidad en sentido estricto) (p. 292)

Sigue: Una particularidad que deriva del sistema de justicia constitucional español: el recurso de amparo contra la negativa del órgano jurisdiccional de plantear la cuestión prejudicial ante el Juez de Luxemburgo (p. 295)

V. La doble prejudicialidad” constitucional y convencional. La Carta de los derechos de la Unión Europea y la hipótesis de adhesión de la UE al Convenio: la posibilidad de una “triple prejudicialidad” (p. 309)

VI. La defensa de los principios supremos de la Constitución frente al Derecho de la Unión Europea: los contra-límites, de amenaza a la posibilidad de una real utilización (p. 314)

1. La experiencia española: el Tribunal Constitucional y la cuestión prejudicial ante el TJUE: el caso *Melloni* (p. 318)

2. La experiencia italiana: la evolución de la jurisprudencia constitucional en tema de planteamiento de la prejudicial europea por la *Corte costituzionale*. El caso *Taricco* a la espera de la respuesta del Tribunal de Justicia (p. 341)

CONCLUSIONES:

I Capitulo p. 362

II Capitulo p. 365

III Capitulo p. 378

IV Capitulo p. 387

V Capitulo p. 401

BIBLIOGRAFIA p. 420

Introducción

Introduzione

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Particolarmente significativi, ai fini del tema che andremo a trattare in questa tesi, le tesi avanzate da due autorevoli costituzionalisti recentemente scomparsi, Rubio Llorente e Alessandro Pizzorusso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Una specifica attenzione vorremmo infine rivolgere alla posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla possibile presenza nel giudizio costituzionale di soggetti "terzi", differenti cioè dalle parti espressamente legittimate, per ricostruire le ragioni in base alle quali il Giudice costituzionale ha ritenuto di doverli ammettere oppure invece ha negato la loro presenza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. La vía incidental como solución de compromiso entre exigencias distintas (pero no tanto): ¿tutelar los derechos o depurar el ordenamiento?

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

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

de un lado, el modelo norteamericano difuso, y, de otro, el diseño abstracto desarrollado en Austria a partir de la doctrina de Hans Kelsen.

Anteriormente a los trabajos de la Asamblea constituyente, se llevó a cabo un estudio preparatorio, desarrollado por una comisión instituida en 1945 por el Ministerio para la Constituyente (*Ministero per la Costituente*), en la cual el estudio que tenía como objeto la justicia constitucional fue encargado a Vincenzo Gueli. En dicho estudio, como posteriormente en la discusión sucesiva de la misma, se pusieron de manifiesto dos concepciones distintas de la justicia constitucional que, como veremos más adelante, estarán siempre presentes en los estudios y en las elaboraciones de esta rama específica del Derecho, dado que una y otra quedan relacionadas de manera muy estrecha, a menudo indisociable.

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

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

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

En la oposición de esas dos miradas, que podríamos denominar “dimensión” o “alma” subjetiva y “dimensión” o “alma” objetiva de la justicia constitucional¹, resultó elegida la segunda, y así se concretó cuando se planteó la opción de atribuir la tarea de controlar las leyes al juez ordinario, como en los modelos difusos, o a un juez “especial” instituido con la finalidad específica de controlar, él solo y de forma concentrada, la constitucionalidad de las leyes.

¹ La utilización de la denominación “alma subjetiva” y “alma objetiva” es actualmente muy generalizada. Vease entre otros GERBASI, GIAMPAOLO, *La Corte Costituzionale italiana*, en GAMBINO, SILVIO (Coord.), *Diritti Fondamentali e Giustizia Costituzionale. Esperienze europee e Nord-americana*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 126; y del mismo Autor, *Forme e tecniche di tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano e possibili mutamenti conseguenti alla futura adesione dell'Unione Europea al sistema convenzionale*, en Civitas Europa – Revue juridique sur l'évolution de la Nation et de l'État en Europe, n. 30 dedicado a “Le mutations du régime politique italien”, Editeur Irene/Université de Lorraine, 2013/I, p. 69. En ambas obras el Autor utiliza la expresión de ROMBOLI, ROBERTO, considerado el “creador” de la misma.

Parece evidente que la primera solución habría podido presentarse como la más conforme con la “dimensión subjetiva” y con la tutela concreta de los derechos constitucionalmente garantizados. Sin embargo, como explicaremos más adelante, aunque se buscara precisamente esta finalidad, esa opción no prosperó.

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

Influyó en esta preferencia la diferente tradición sobre el valor de la ley como expresión del poder político directamente representativo del cuerpo electoral, lo que sugirió no otorgar el control de la ley a una instancia perteneciente al poder judicial, sino, antes al contrario, atribuirlo a un órgano que, aunque utilizase un procedimiento de carácter jurisdiccional, fuera ajeno a aquel poder y se distinguiese por una sensibilidad política mayor, sin duda necesaria para desenvolver la delicada tarea de fiscalizar las elecciones del legislador que hasta aquel momento habían permanecido exentas de cualquier posible control. Asimismo, tuvo peso e importancia en la elección del modelo la percepción en los constituyentes de que la Constitución que se iba a aprobar era una constitución-programa, es decir, un texto cuyos contenidos tendrían que desarrollarse (tanto en lo concerniente a los derechos fundamentales, como en lo referido a la organización del Estado). Esa suma de elementos generó el temor a una excesiva exposición política potencial del poder judicial, que habría podido ser percibido como un contrapeso al Parlamento².

Una razón adicional, que contribuyó también a la decisión de negar al juez ordinario la tarea de controlar de manera difusa la constitucionalidad de las leyes, radicó en la desconfianza existente hacia una magistratura que se había formado durante el régimen fascista y que, por este motivo, podía resultar, siquiera potencialmente, poco sensible a los nuevos principios constitucionales, como en cierto modo puso de manifiesto la experiencia del control difuso vigente en Italia en el periodo comprendido entre 1948 y 1955³.

² ROMBOLI R., *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, en PANIZZA, S., PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., (coord.), *L'ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Uniplus, 2002, pp. 252 y ss.

³ El segundo apartado de la Disposición Transitoria VII de la Constitución establece que “Hasta que no entre en funcionamiento la Corte constitucional, la decisión sobre las controversias mencionadas en el art. 134 [que establece las competencias asignadas a la Corte constitucional] tiene lugar en las formas y dentro de los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución” (“*Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'art. 134*”).

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

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

Las propuestas avanzadas en Italia con ocasión de los trabajos preparatorios de la Constitución fueron varias, respondiendo y diferenciándose en razón de esos propósitos y concepciones dispares. Así, se sugirieron como actores posibles, señaladamente, la parte en un juicio ordinario, los órganos públicos, las minorías parlamentarias, las entidades territoriales, los partidos políticos, los ciudadanos (prescindiendo de la presencia de un interés específico, es decir, una suerte de acción popular).

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

[il quale contiene le competenze assegnate alla Corte costituzionale] ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione”).

Con base en ello, hasta 1956, cuando la Corte constitucional empezó a funcionar, el control de las leyes fue desempeñado por el juez ordinario de forma difusa. La actitud de la magistratura, y en particular modo la de la Corte de Casación, fue absolutamente conservadora e inspirada mucho más en el principio de legalidad que en el de constitucionalidad, y en la consideración que la parte “programática” de la Constitución no fuera directamente aplicable, sino que necesitase un desarrollo legislativo posterior para ser aplicada.

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

Véanse, entre otros, FAVARA, E., *Una legge costituzionale dimenticata*, en Foro pad., 1950, IV, pp. 66 y ss.; AZZARITI, G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951, pp. 176 y ss.; BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951, p. 95; SPADARO, A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Jovene, Napoli, 1990, pp. 229 y ss.; COSTANZO, P., *Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità “diffuso” nell'ordinamento italiano*, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995, pp. 250 y ss.

Las diferentes propuestas, como han afirmado algunos Autores, parecían perseguir la intervención directa de los ciudadanos en la realización del modelo constitucional, superando por ese cauce la crisis de participación que degeneró el modelo de Estado representativo clásico⁴.

Al igual que es innegable la voluntad de prever un sistema idóneo para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos protegidos por la Constitución, existía asimismo, de otra parte, especialmente entre los constituyentes más cercanos a los ideales del liberalismo, el temor de potenciar un instrumento “legal” de rebelión o rebeldía de los ciudadanos frente a la ley y a la fuerza jurídica de la misma.

Convendrá también destacar, adicionalmente, la preocupación relacionada con las consecuencias que una posible declaración de inconstitucionalidad de una ley habrían podido producir con respecto al principio de seguridad jurídica (conocido en Italia como de “*certezza del diritto*”) dado que de esta forma se creaba una situación de constante inseguridad debido al riesgo de que una ley pudiese ser declarada, en cualquier momento, inconstitucional.

Estas últimas inquietudes habían llevado a la previsión de un plazo dentro del cual se pudiese ejercer la impugnación de la ley. Se estableció así que el control de la ley en vía incidental pudiese emprenderse por la parte del proceso *a quo* o por el Ministerio Público “dentro de dos años de la entrada en vigor de la ley”, mientras que el recurso en vía directa por parte de “cualquier sujeto legitimado” pudiese presentarse “en el plazo de un año”.

La previsión de un plazo, justificada por las razones antes mencionadas, provocaba dificultades evidentes en la tutela de los derechos fundamentales, que encontraban una protección más eficaz a través de una cuestión que podía proponerse en vía incidental en cualquier momento.

Si de hecho la presencia de un plazo encuentra una justificación con respecto a la impugnación de una ley por parte de un sujeto público así como en el interés general (es, en efecto, usual que con esta finalidad se prevea incluso un instrumento de control preventivo de la ley), la misma motivación no sería válida en la lógica del juicio incidental.

Efectivamente, la posibilidad de proponer una cuestión de inconstitucionalidad durante un juicio ordinario puede presentarse después de muchos años desde la entrada

⁴ En este sentido, vid. MEZZANOTTE, C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 5 y ss.

en vigor de la ley y no puede pretenderse que el ciudadano pueda utilizar este instrumento solo dentro de un determinado plazo, por el hecho de que la ocasión de un proceso principal se dará solo cuando así lo permitan las circunstancias concretas. A todo esto se suma que en muchos casos las dudas que conciernen la constitucionalidad de una ley no se manifiestan en el momento de la aprobación de una ley, sino en el de su aplicación concreta y después de la formación de un “derecho viviente”.

El Comité de redacción – que en muchas ocasiones introdujo, como en este caso, modificaciones importantes al texto aprobado por las Subcomisiones de la Asamblea Constituyente – eliminó la previsión de un plazo para impugnar una ley tanto en vía incidental como en vía directa “*para no menoscabar el dispositivo de control y la defensa de los derechos vulnerados*”⁵.

El siguiente examen ante la Asamblea Constituyente ocurrió de forma bastante rápida y carente del debido calado, dado que la misma estaba trabajando ya en régimen de prorroga: sus actividades tenían que terminar y se tenía que aprobar la nueva Constitución⁶.

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

El no encontrar un consenso claro e inequívoco con respecto a las modalidades de acceso al juicio constitucional llevó a una elección que puede parecer paradójica y probablemente singular en el panorama de las Constituciones contemporáneas a la italiana y de las aparecidas con posterioridad. Se decidió, efectivamente, posponer a un momento posterior a la entrada en vigor de la Constitución la elección de los sujetos legitimados para proponer o elevar el juicio de constitucionalidad de las leyes con la

⁵ “*Per non fare venire meno il presidio del controllo e la difesa dei diritti violati*”, Relazione dell’on. Ruini all’Assemblea costituente, en BATTAGLINI, M., MININNI, M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 89.

⁶ Por esta razón, la Corte constitucional fue llamada la “Cenicienta” de la Constitución, porque “llegada última al objeto de la discusión, se supeditó a un examen rápido y superficial, bajo la intranquilidad que generaba el cumplimiento de los plazos fijados para la terminación de los trabajos y pudo recibir una elaboración que tuvo que parecer menos satisfactoria cuanto más la materia se presentaba como nueva y desconocida a nuestra tradición” (“*Giunta ultima al traguardo della discussione essa venne sottoposta ad esame affrettato e superficiale, sotto l’assillo della scadenza dei termini fissati per i lavori e potè ricevere un’elaborazione che doveva risultare tanto meno soddisfacente quanto più la materia si presentava nuova ed estranea alla nostra tradizione*” (MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, en *Iustitia*, 1949, p. 69).

aprobación de una ley constitucional elaborada por la misma Asamblea Constituyente, pero que no habría formado entonces parte del texto constitucional.

La paradoja reside en el hecho de que, como señaló Zagrebelsky, *“los métodos de instauración del juicio sobre las leyes no son unas variables independientes, sino que contribuyen de forma decisiva a la configuración de la esencia del juicio mismo”*⁷. De ahí la singularidad de una Constitución que introduce una innovación relevante con respecto al régimen anterior, como es la justicia constitucional, pero que lo hace privándola de una parte de su regulación absolutamente significativa. Dicho en otras palabras: se comprende con dificultad cómo determinadas elecciones sobre algunas de las características del sistema de justicia constitucional italiano tomadas con la aprobación de los arts. 134-137 de la Constitución (como por ejemplo el sistema concentrado, la eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad, las competencias de la Corte constitucional) se aprueben bajo el “velo de la ignorancia” en relación a quiénes serán los sujetos legitimados para proponer un juicio de constitucionalidad a la Corte Constitucional.

Cuando la Asamblea constituyente terminó los trabajos preliminares, la propuesta que alcanzó más consensos preveía tres formas distintas de iniciación del proceso constitucional: a) la vía incidental, durante un juicio ordinario; b) la vía directa, con la que defender el interés general, promovida por determinados sujetos especificados en la ley constitucional; c) el recurso directo del ciudadano lesionado en uno de sus derechos por una ley posiblemente contraria a la Constitución. En el momento en el que, una vez entrada en vigor la Constitución, se tuvo que aprobar la Ley constitucional que estableciera las vías de acceso al juicio sobre las leyes, la tercera opción fue eliminada porque se consideró (de forma errada) en cierto modo incluida en la vía incidental; la utilización de la segunda hipótesis se limitó al ámbito exclusivo de los conflictos en el reparto de las competencias entre el Estado y las regiones. En efecto, la vía directa (o principal) con la que se requiere que la Corte constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley, puede utilizarse solo en el caso en el que el Estado impugne una ley regional y viceversa, cuando una región haga lo mismo con respecto a una ley estatal, con el resultado de reducir dicho instrumento a una suerte de delimitación de las competencias legislativas de las dos administraciones.

⁷ *“I metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi non sono una variabile indipendente, ma contribuiscono decisamente a configurare l'essenza del giudizio stesso”*, ZAGREBELKY, G., MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 170.

La solución final llevó por lo tanto, no sabemos en realidad si de forma plenamente consciente, al establecimiento en definitiva de una única vía de acceso al Juez constitucional. Y nos estamos refiriendo a la vía incidental, dado que la otra (la vía principal) podrá utilizarse solo con posterioridad a la realización del ordenamiento de las regiones a estatuto ordinario, es decir a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo XX, y quedará limitada, como ya se ha mencionado, a las relaciones de competencia entre Estado y regiones.

Cuanto acabamos de describir determina una de las características más peculiares del sistema de Justicia constitucional italiano. En Italia (y es esta una circunstancia que no se presenta en los demás países con una tradición constitucional parecida a la italiana) la vía incidental no representa una de las vías de acceso a la Corte constitucional, sino que constituye en la práctica la única vía de acceso a la misma y el único instrumento con el que este órgano tiene la posibilidad de construir su rol en la forma de Gobierno. Esto explica y justifica también el elevadísimo interés que, sobre todo en las primeras décadas de actividad de la Corte constitucional, la doctrina italiana ha dedicado al juicio en vía incidental.

De la elección de un “sistema concentrado, pero con iniciativa difusa” y de su carácter casi exclusivo se desprende que entre todos los sistemas de justicia constitucional concentrados, el italiano se convierta posiblemente en el “más difuso”, si con ello se pretende representar también la importancia y el relieve que se han reconocido a la autoridad judicial en el control de las leyes.

Si es verdad, como hemos mencionado anteriormente, que se eligió el sistema concentrado entre otros factores también debido a la general desconfianza hacia los miembros del Poder Judicial, hay que decir que en definitiva y en concreto el modelo delineado por la Asamblea constituyente en la Constitución y en la subsiguiente Ley constitucional ha terminado por poner en manos de los jueces ordinarios la realización efectiva de la finalidad propia del juicio de constitucionalidad de las leyes.

El reconocimiento, en efecto, del rol de “portero” de la Corte constitucional, siendo el juez quien decide si “*abrir o no la puerta*” del control de constitucionalidad – según la notoria definición de CALAMANDREI⁸ – ha representado en realidad apostar a

⁸ CALAMANDREI, PIERO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 9.

favor de la sensibilidad de los jueces ordinarios hacia los valores constitucionales. En ausencia de dicha sensibilidad, habrían faltado consiguientemente también las cuestiones de constitucionalidad y de esta forma asimismo la posibilidad de que la Corte constitucional desempeñe su función de control.

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

En efecto otras son las vías por las que puede tutelarse un interés objetivo, como por ejemplo la acción popular, el recurso por parte de las minorías parlamentarias, del Jefe de Estado o de otros sujetos institucionales.

El reconocimiento del juicio incidental como instrumento que tutela los derechos fundamentales no puede sin embargo no tener en cuenta las diferencias que existen entre éste y el recurso individual directo (frente a la ley o a otros actos públicos), por el hecho de que la vía incidental necesita siempre la intermediación de un juez que eleve la cuestión y la individualización de su objeto, aunque se trate de una ley general y abstracta, depende de una controversia concreta⁹.

Con respecto a estas consideraciones, el juicio en vía incidental muestra, como muchos Autores han afirmado, un carácter “híbrido”: si de un lado el mismo está dirigido a la tutela de un derecho constitucional e individual, del otro manifiesta su faceta objetiva por tener como finalidad el juicio sobre la constitucionalidad de las

⁹ Por esto, especialmente en los primeros años de funcionamiento de la Corte, la doctrina prestó especial atención al problema de la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional.

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

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

En un lugar intermedio se coloca la tercera opinión doctrinal, que reconoce en el proceso incidental la existencia de dos intereses distintos, uno individual referido a la tutela de derechos específicos, el otro general de la eliminación de las leyes inconstitucionales. Con respecto a estas últimas consideraciones, se justificarían previsiones e institutos jurídicos heterogéneos y la naturaleza “híbrida” del juicio constitucional incidental.

leyes, acto político por excelencia. Por esto, es inevitable que el juicio incidental ofrezca a la Corte constitucional la posibilidad de valorizar, según las circunstancias, en ciertos casos el alma subjetiva – y en particular promoviendo el diálogo con la autoridad judicial – y en otros el alma objetiva, fomentando en estos casos el diálogo con el Parlamento y con el poder político.

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

3. Una expresión de la dimensión “subjetiva” de la Corte constitucional: la posición de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional sobre la importancia de respetar las reglas del proceso constitucional

Un elemento importante en relación al acercamiento de la jurisprudencia constitucional al “alma subjetiva” o a la “objetiva” es sin duda la existencia y el respecto de las reglas procesales por parte de la Corte constitucional.

Es evidente el valor diferente que alcanza la observancia de las reglas propias del proceso constitucional por parte del Juez constitucional en un control difuso o en uno concentrado. En el primer caso, el control de constitucionalidad se configura como una etapa ulterior del proceso ordinario; por esta razón, las normas procesales específicas que se refieren a esta fase no pueden más que considerarse homogéneas con respecto a las normas procesales generales en lo que concierne tanto al contenido como a su acatamiento. En el control de naturaleza concentrado, sin embargo, se constata la

necesidad de establecer también reglas procesales específicas; éstas tendrán unas características y un rol distintos según se elija establecer un control de tipo político o uno de tipología jurisdiccional. La importancia será obviamente mayor en el segundo caso.

Si seguimos con el análisis de esta temática utilizando las clasificaciones típicas de la justicia constitucional, el rol de las normas procesales y el respeto de las mismas tendrán una importancia diferente en un modelo kelseniano de control abstracto con carácter objetivo, que no dirija ninguna atención a la tutela de las situaciones individuales con respecto a aquellos sistemas en los que sin embargo la justicia constitucional está volcada también hacia la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos (como en el caso del juicio incidental del que nos estamos ocupando).

En conclusión, la importancia que comporta la existencia y, sobre todo, el respeto de las reglas procesales tiende a crecer de manera proporcional a la previsión de formas de tutela de las situaciones subjetivas y de los derechos fundamentales por parte del sistema, así como de acuerdo con la importancia o exclusividad conferidas a estas mismas reglas¹⁰. Por esta razón, tanto en la teoría como en la aplicación práctica, podemos afirmar con fundamento que el respeto de las reglas procesales por parte del Juez constitucional representa un síntoma evidente de la atención que el mismo quiera dirigir a la tutela de los derechos en juego en el juicio principal. Dicho con otras palabras, la caracterización en sentido “objetivo” del juicio en vía incidental parece inducir al Juez constitucional a estimar las reglas del proceso constitucional como una mera indicación, dado que el interés predominante es el interés objetivo de la eliminación de las leyes inconstitucionales. Considerar, sin embargo, preeminente la finalidad subjetiva del juicio incidental debería de llevar a un acatamiento mayor de las reglas procesales, siendo el propósito de este instrumento la tutela de los derechos fundamentales.

Con la intención de verificar esta teoría con respecto a la situación italiana, y empezando por las posiciones de la doctrina, resulta interesante que los autores que han afirmado que el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes en vía incidental tiene que

¹⁰ Sobre este tema se ha afirmado que proceso y derecho procesal existen solo cuando el proceso está dirigido a la tutela de los derechos individuales, es decir, cuando, debiéndose decidir sobre circunstancias que se refieren a otro sujeto, el derecho procesal es absolutamente inderogable por el sujeto público; sin embargo, cuando el procedimiento nace en el interés del sujeto que lo activa y con la finalidad de garantizar el correcto ejercicio de sus funciones, hay que referirse a un “derecho procedimental” (“*diritto procedurale*”), que puede considerarse derogable con más facilidad y que resulta “disponible” para el sujeto (ZAGREBELSKY, G., *Diritto processuale costituzionale?*, en AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 108 y ss.).

mirar exclusivamente por el interés objetivo hayan también afirmado la derogabilidad de las reglas procesales¹¹.

Formulan una opinión contraria los Autores que caracterizan el juicio incidental sobre todo por su finalidad de tutela de los derechos fundamentales. Estos mismos afirman que la Corte constitucional tiene la obligación de respetar las normas procesales y que justo en dicha obediencia (es decir en el carácter jurisdiccional de la forma de actuar de la Corte) se fundamenta la legitimación del Tribunal constitucional y su distinción con respecto a los órganos políticos del Estado¹².

Frente a este planteamiento se ha argumentado que considerar el acatamiento de las reglas procesales un valor “interno” a la labor de ponderación significa negar tanto la existencia de un derecho procesal constitucional como la función reconocida a las reglas procesales, despojando a estas de cualquier significado real, dado que la violación de estas mismas normas puede siempre justificarse y legitimarse en la “razonabilidad de los fines que en cada ocasión se presume que la Corte pretenda conseguir” o en la “razonabilidad del medio elegido”.

La necesidad del respeto de las reglas procesales derivaría entonces de la necesidad de tutelar un valor fundamental para un órgano que desarrolla una actividad jurisdiccional, reglas que se aprobaron justo para garantizar el correcto funcionamiento

¹¹ Es de esta opinión MEZZANOTTE, C., (AA.VV., *Processo costituzionale e forma di governo*, pp. 63 y ss.), quien afirma que todas las categorías del proceso constitucional han quedado “fluidas” e incapaces de crear un derecho procesal constitucional coherente con una precisa y unívoca inspiración de fondo, dado que el proceso constitucional concierne la forma de gobierno y la incertidumbre sobre las categorías procesales es consecuencia de la imprecisa ubicación de la Corte Constitucional en la forma de Gobierno. Las categorías mencionadas pertenecen al derecho procesal; sin embargo, la racionalidad que las sostiene no responde a criterios de abstracta coherencia lógica, sino a la objetividad y concreción del sistema que impone a la Corte un rol adecuado a la funcionalidad de la forma de Gobierno. Y por esto las categorías procesales guardan su significado intrínseco solo en los casos de micro-conflictividad.

BOGNETTI, G., ha expresado una reflexión parecida (*La Corte costituzionale fra procedura e politica*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento* p. 221), considerando inoportuno emplear el tiempo en un estudio profundo y sistemático de los principios y de las reglas procesales propios de los juicios constitucionales. Este autor encuentra la solución a las incoherencias en los comportamientos procesales de los Jueces constitucionales en una nueva formulación “más flexible” de los principios, hasta la introducción de un sistema de *certiorari*, y dejando atrás el principio de congruencia. La existencia de un derecho procesal está así justificado, pero solo en el caso en el que en dicho derecho se incluya también el principio no escrito que establece que la Corte tiene la facultad de apreciar en cada caso específico el “impacto ambiental” de sus decisiones y, con fundamento en este poder, en su caso ajustar o sacrificar la “lógica” de los demás principios procesales, en función de un juicio de racionalidad de la ruptura fundado en la legitimidad del fin perseguido.

¹² De esta opinión, ZAGREBELSKY, G. (*Diritto processuale* cit., pp. 105 y ss.), que considera que en el proceso constitucional incidental no se encuentran solo *leges*, sino también *iura* y que el aspecto “objetivo” siempre se encuentra vinculado al “subjetivo” de la tutela de los derechos fundamentales. De opinión parecida es también ONIDA V., (*Relazione di sintesi*, en AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento* cit., p. 305). Sin embargo este Autor considera que los espacios dejados al Juez constitucional como consecuencia de sus especificidades en el ordenamiento así como los criterios que hay que seguir para ejercitar la discrecionalidad de la Corte tienen que reconocerse de forma explícita.

de dicho órgano. Queremos con esto hacer referencia a la previsibilidad, para los destinatarios de la decisión constitucional, del que será el comportamiento de la Corte (en función claramente de unos mismos presupuestos); dicho en otras palabras, nos referimos a la posibilidad de averiguar unos *standards* en la conducta de los Jueces constitucionales que permitan (claramente con algunas limitaciones) un cierto nivel de certeza a los jueces ordinarios y a los individuos en relación a la utilización de los medios procesales que poseen, además, una gran importancia desde el punto de vista sustancial¹³.

Sin embargo, si observamos la trayectoria de la Corte constitucional en estos más de sesenta años de actividad y consideramos el acatamiento o la falta del mismo de un nivel mínimo de principios y reglas procesales (bajando el cual parecería difícil poder reconocer la existencia de un “proceso”)¹⁴, podemos afirmar que la Corte haya siempre respetado la necesidad de obedecer a las reglas procesales.

Como ha escrito PIZZORUSSO con respecto “*a la actitud informal, en el tema de respeto de los principios procesales, que la Corte ha tenido en algunas ocasiones [...], lo que importa no es tanto la cantidad o la calidad de las inobservancias, sino el hecho de que estas no se consideren como la expresión de una suerte de libertad de la ley procesal (circunstancia que sería en efecto muy peligrosa para la Corte y para el País), sino que se ven (aunque no siempre de manera convincente) tenazmente desmentidas*”¹⁵.

¹³ ROMBOLI, R., *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, en *Scritti in onore di Franco Modugno*, ES, Napoli, 2011.

¹⁴ ONIDA, V., (*Relazione di sintesi*, p. 305) que sintetiza aquellas reglas que considera “de todas formas necesarias” (“*comunque necessarie*”), encontrando las mismas en los principios que establecen que “no corresponde a la Corte establecer *si* decidir o no, como puede hacer un órgano político; no corresponde a la Corte establecer *sobre qué* decidir, dado que el material de sus decisiones viene del exterior; no corresponde a la Corte, sino dentro de determinados límites, el establecer cuándo decidir sobre un determinado tema” (“*non spetta alla Corte stabilire se decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire su che cosa decidere, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire quando occuparsi di un determinato tema*”).

¹⁵ “*Agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto [...], quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite*”, PIZZORUSSO, A., *Prefazione*, en ROMBOLI, R. (coord.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 7.

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

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

La disciplina del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes está, como hemos mencionado, regulada en sus elementos esenciales en la ley constitucional n. 1 de 1948, que establece que una cuestión de inconstitucionalidad puede (y debe) ser elevada a la Corte constitucional por un juez ordinario en un juicio, y que esto puede producirse de oficio o a instancia de una de las partes del proceso principal. El juez tiene la obligación de apreciar que la cuestión no tenga una “manifiesta falta de fundamento” (o “notoria falta de consistencia”, “*non manifesta infondatezza*”).

La regulación ha sido posteriormente ampliada e integrada con la sucesiva ley ordinaria n. 87 de 1953 y con aquella sección de las Normas de Integración (N.I. en adelante o *Norme integrative*) que se refiere a los juicios ante la Corte constitucional, aprobadas por la propia Corte constitucional en 1956.

Entrando en el detalle, se establece que también el Ministerio Público puede sugerir al juez que plantee una cuestión, y sobre todo se especifica con más precisión la naturaleza incidental y también y por ello prejudicial de la excepción de constitucionalidad. Se establece, en efecto, la condición por la que tiene que tratarse de un juicio que no puede resolverse aplicando la norma cuya constitucionalidad es puesta en duda; se determina y fija así la noción, de importancia fundamental, de “relevancia”, que desde este momento se suma a la noción de “manifiesta falta de fundamento”.

El juez *a quo* tiene la posibilidad de decidir sobre el fondo de la cuestión propuesta por las partes o por el Ministerio Público si la considera “manifiestamente infundada”. En este caso tiene que emitir un auto específico (la “*ordinanza*”), que tiene que estar “motivado adecuadamente”. En cualquier otra circunstancia, el mismo sujeto tiene que someter la cuestión a la Corte, después de verificar y motivar con base en la subsistencia de las condiciones de “relevancia” y de “no falta de fundamento”. Este momento procesal se lleva a cabo con un auto específico (Auto de planteamiento, *ordinanza di rinvio o di rimessione* en italiano), en el que tiene que indicarse la norma o las normas de la ley impugnada y los principios constitucionales que se consideran violados. Junto con el auto de planteamiento, el juez tiene que enviar a la Secretaría de la Corte constitucional también todos los actos del proceso principal que se había

planteado ante él, con la consecuencia que no podrá realizarse, desde aquel mismo momento, ningún acto procesal hasta que la Corte constitucional decida sobre la cuestión y devuelva los actos procesales al juez *a quo*¹⁶.

El auto de planteamiento adquiere una importancia considerable por la circunstancia de fijar de forma definitiva el que será el objeto del juicio de la Corte constitucional, excluyéndose la posibilidad de una ampliación del mismo tanto por parte de los sujetos del proceso principal o del constitucional, como por parte de la Corte constitucional. Por ello, el auto está sujeto a una forma de publicidad triple. Primeramente a través de la comunicación a los presidentes de las cámaras (en el caso de que la cuestión tenga como objeto una ley estatal) o del Consejo regional (si se impugna una ley regional); la finalidad es “avisar” a los órganos que tienen competencia legislativa de que una de sus leyes será objeto del control por parte de la Corte constitucional, para permitir que éstos activen las herramientas para prevenir una eventual declaración de inconstitucionalidad (nos referimos principalmente a las posibilidad de que éstos activen el procedimiento legislativo). En segundo lugar a través de la notificación a los sujetos que tienen la legitimación para ser partes en el proceso constitucional, con el fin de permitir que ejerzan esta facultad. Finalmente con la publicación en el Boletín Oficial del Estado (la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica*), es decir en el mismo medio en el que se publica la ley. El propósito en este último caso es avisar, por un lado, a todos los ciudadanos de que la ley se encuentra *sub iudice* y que podría ser declarada inconstitucional (hasta aquel momento eventual, como es notorio, la ley es válida y eficaz y tiene por estas razones que respetarse), y por otro lado, a todos los jueces que podrían tener que aplicar la misma ley para que reflexionen sobre la posibilidad de elevar, ellos también, una cuestión de inconstitucionalidad.

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

¹⁶ Es a día de hoy incuestionable que en razón de ninguna circunstancia sobrevenida el auto de planteamiento pueda ser revocado por el juez ordinario, que tiene entonces que esperar la decisión del Juez constitucional para seguir con el proceso principal (véase sobre este tema ROMBOLI, R., *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, en *Foro it.*, 1990, III, p. 145).

La presencia de las partes privadas ante la Corte constitucional obliga a ésta a resolver el proceso en audiencia pública, a menos que no considere la cuestión manifiestamente infundada o manifiestamente inadmisibile.

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

La regulación presenta claramente elementos que parecen perseguir principalmente la finalidad subjetiva de tutela de los derechos fundamentales: puede pensarse por ejemplo en la naturaleza obligatoriamente prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad, en el principio de congruencia (“*ne eat iudex ultra petita partium*”; conocido en Italia como el “*principio del chiesto-pronunciato*”), por el que la Corte está obligada a decidir sobre la cuestión según el contenido fijado en el auto del juez remitente.

A todo ello se suman sin embargo otros elementos que podrían considerarse de naturaleza principalmente objetiva, como por ejemplo la eficacia *erga omnes* de las decisiones de inconstitucionalidad o el art. 18 N.I. por el que “*la suspensión, la interrupción y la extinción del proceso principal no producen efectos en el juicio ante la Corte constitucional*”¹⁷, o la inaplicabilidad a los juicios constitucionales de las reglas sobre la abstención y la recusación de los jueces.

Por todo esto la forma en la que el juicio incidental se haya realizado concretamente en relación a la tutela de los derechos fundamentales tiene que llevarse a cabo a través de un estudio “de campo”, es decir analizando en la práctica algunos momentos que hemos estimado que puedan considerarse interesantes para esta investigación.

Con esta finalidad, el estudio de todos estos aspectos (tanto por lo que concierne el ordenamiento italiano, como para el español y el francés después de la parte introductoria) se llevará a cabo siguiendo una distribución y clasificación que toma como referencia los tres sujetos principales que operan en el juicio incidental de constitucionalidad de las leyes: el juez ordinario, las partes y la Corte constitucional.

¹⁷ Art. 18 N.I.: “*la sospensione, l’interruzione e l’estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale*”.

II. Los albores de la cuestión de inconstitucionalidad española

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

Las Leyes Fundamentales del Franquismo preveían que con la muerte del General Franco se restaurase la monarquía borbónica. Lo que probablemente no habría podido esperarse Franco fue que el Rey Juan Carlos decidiese iniciar un proceso de democratización del País apoyado también por las fuerzas de la oposición. El Congreso de los Diputados que se constituyó después de las primeras elecciones parlamentarias formó en 1977 una Comisión para los asuntos Constitucionales y para las libertades públicas, en cuyo seno se creó una subcomisión que tenía como propósito redactar el Anteproyecto de la futura Constitución Española¹⁸.

Uno de los temas principales a debatir fue sin dudas, como en la experiencia italiana pos-fascista, la predisposición de un sistema de garantías de la constitucionalidad del nuevo sistema institucional y, en el específico por lo que interesa a este estudio, del control de la constitucionalidad de las leyes. En efecto, también la experiencia franquista había demostrado como las fuerzas políticas no habían sido capaces de contrastar (si no que habían apoyado) la evolución en sentido dictatorial del País y las continuas vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Se hizo así manifiesta la necesidad de proporcionar un aparato de garantías idóneo para las exigencias del nuevo Estado constitucional y democrático de derecho.

Esta apreciación llevó a la conclusión de la necesidad de introducir un sistema de justicia constitucional. Las influencias que provenían sobre todo de las experiencias italiana y alemana (además de la austriaca y de las doctrinas de Hans Kelsen), junto con el precedente histórico patrio durante la República de 1931 representado por el Tribunal de Garantías Constitucionales y con la desconfianza (de la misma forma que mencionamos por lo que concierne la Italia pos-fascista) hacia un poder judicial en gran medida fiel todavía a los principios franquistas, condujo sin ninguna incertidumbre a la

¹⁸ Véase sobre el tema para un estudio más detallado BLANCO VALDES, ROBERTO, *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003.

predisposición de un órgano *ad hoc*, el Tribunal Constitucional, expresión de un sistema concentrado de justicia constitucional.

En España, diversamente que en Italia, las aprobaciones tanto de la parte de la Constitución que tenía que regular la jurisdicción constitucional¹⁹ (el Título Noveno) como de la Ley Orgánica²⁰, indispensable desarrollo e implementación de las normas constitucionales en esta materia, no fueron acompañadas por grandes debates y abiertas oposiciones²¹.

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

Junto con los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad (art. 161 letra *a* CE y art. 163 CE)²², el art. 161 CE reconoce la posibilidad de plantear, de un lado, recursos de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 CE, y, de otro, conflictos de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y entre estas mismas; además, una cláusula de cierre deja abierta la posibilidad que la Constitución y las leyes orgánicas posteriores puedan ampliar las mencionadas competencias.

Como intentaremos demostrar más adelante, la existencia en el ordenamiento jurídico español de múltiples accesos al TC influenciarán el desarrollo concreto y la utilización del control de la ley en vía incidental, sobre todo en relación al rol de este proceso en la tutela de los derechos.

Ciñéndonos al tema que nos interesa en este trabajo, en sede constituyente la elaboración del artículo que habría tenido que disciplinar la cuestión de

¹⁹ Título Noveno de la Constitución, arts. 159-165 CE.

²⁰ Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante), texto que ha sido reformado en los años sucesivos en varias ocasiones.

²¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1 y ss. Como nos recuerda RUBIO LLORENTE, solo el partido comunista se mostró “reticente” a la aprobación del Título IX de la CE.

²² Para un estudio detallado de los procesos de declaración de inconstitucionalidad véanse JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALON, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMP, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 13-74; y más recientemente PÉREZ TREMP, PABLO, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 55-96.

inconstitucionalidad suscitó algunos debates. Consideramos que, para empezar, sea digno de mención que algunas de estas cuestiones polémicas, como por ejemplo la denegación al reconocimiento de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, fuesen resueltas por la Comisión Mixta sin la aprobación de las dos Cámaras, produciéndose una cierta falta de legitimación en estas decisiones²³.

Uno de los debates más importantes se refiere sin dudas al reconocimiento de la legitimación a plantear una duda de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, es decir a la posibilidad de que todos los órganos pertenecientes al Poder Judicial pudiesen elevar una cuestión de inconstitucionalidad o la misma se limitara a las jurisdicciones de apelación y supremas²⁴.

Finalmente se optó por la expresión “*Cuando un órgano judicial considere [...]*”, permitiendo que todos los jueces y tribunales de cualquier grado pudiesen plantear una CI. Sobre los límites e interpretaciones de esta parte del art. 163 CE y sobre su desarrollo por la LOTC volveremos más adelante. Es suficiente en este momento dejar constancia de la importancia que tiene, a nuestro parecer, permitir a todos los pertenecientes al Poder Judicial cuestionar directamente al TC sus dudas de constitucionalidad para la defensa de los derechos fundamentales y de los intereses individuales con respecto a dejar la misma en las manos de las jurisdicciones supremas.

Otros temas en debate en el momento constituyente, además del ya mencionado problema de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la jurisprudencia, se refirieron a la elección de los requisitos de admisión de las cuestiones (aplicabilidad, relevancia y notoria falta de fundamento)²⁵. Siempre en referencia a la fase del juicio ante la jurisdicción ordinaria de la CI, un elemento importante que fue discutido por los Constituyentes fue la posibilidad de que solo el órgano judicial *a quo* pudiese valorar “de oficio” la posible inconstitucionalidad de la norma aplicable al juicio, excluyendo la

²³ Sobre la génesis del art. 163 CE puede verse LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 27 y ss, que explica minuciosamente también el *iter* constituyente en tema del control de la constitucionalidad de la jurisprudencia (pp. 42 y ss).

²⁴ Ciertamente el debate fue influenciado por la experiencia previa del Tribunal de Garantías Constitucionales. En la Constitución de 1931, en efecto, era evidente el rol del Tribunal Supremo en la admisión de las cuestiones. Véanse a este respecto el estudio minucioso llevado a cabo en CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 115 y ss, y en URÍAS, JOAQUÍN, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 74 y ss.

²⁵ Todos estos requisitos se analizarán con más detenimiento en las próximas páginas.

posibilidad de una instancia de parte²⁶. Aunque, como veremos a continuación, los textos definitivos que disciplinan este proceso constitucional y sobre todo la doctrina del TC al respecto afirman que es el juez *a quo* quien tiene el monopolio en la elección sobre el planteamiento de una CI²⁷, se consideró oportuno especificar en la LOTC que la consideración de la posible inconstitucionalidad de la norma aplicable al caso y relevante para la resolución del mismo pudiese provenir tanto de oficio como a instancia de parte²⁸. También esta elección resulta interesante en relación con el estudio desarrollado en este trabajo, ya que es evidente como la posibilidad que las partes se pronuncien sobre la eventualidad de elevar una duda de inconstitucionalidad al TC logre (por lo menos “en potencia”) una mayor tutela de los derechos de las partes involucradas en el proceso.

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

El debate doctrinal en España en relación con la naturaleza...

También en España la doctrina se ha interrogado sobre la naturaleza del instrumento. La presencia en este caso de otras modalidades de acceso al TC (y en especial modo la previsión de un lado del recurso de inconstitucionalidad y de otro del recurso de amparo constitucional) ha llevado a preguntarse si la CI sea simplemente un instrumento de depuración del ordenamiento jurídico o sin embargo sea destinado también a la tutela de los derechos y de los intereses de los individuos²⁹.

²⁶ BAGNI, SILVIA, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Clueb, Bologna, 2007, p. 90.

²⁷ Sin adentrarnos ahora en el estudio de la jurisprudencia del TC al respecto, es suficiente mencionar el apartado segundo del art. 35 de la LOTC que otorga claramente solo al juez ordinario la facultad de plantear una CI: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme*”.

²⁸ Art. 35.1 LOTC: “*Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley*”.

²⁹ Las reflexiones que siguen derivan en gran medida del análisis de la jurisprudencia constitucional y de los escritos, entre otros, de BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, CÁMARA VILLAR, GREGORIO, MEDINA REY, LUIS FELIPE, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid,

En una de sus sentencias más antiguas el TC tuvo ocasión de afirmar que la cuestión de inconstitucionalidad es el instrumento que cumple con la finalidad de conciliar la doble obligación del juez ordinario de estar sometido de un lado a la ley y, desde la entrada en vigor de la CE en 1978, también al contenido de esta misma como norma suprema del nuevo ordenamiento jurídico³⁰. No se trataría entonces de un instrumento de impugnación directa y abstracta de la ley, ni se permitiría la instauración de un control difuso de la constitucionalidad de las normas según el modelo norteamericano.

En efecto en el ordenamiento jurídico español, que optó por un sistema concentrado de justicia constitucional, los jueces ordinarios no tienen la posibilidad de declarar la disconformidad a la CE de una ley legítimamente emanada por los órganos de representación popular, ni tampoco la facultad de inaplicarla directamente. El único sujeto institucional capaz de declarar la inconstitucionalidad de una norma con el efecto de expulsar la misma del ordenamiento es el Tribunal Constitucional, llamado a

2008; CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación de un sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998; JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMP, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000; MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; PÉREZ TREMP, PABLO, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016; PÉREZ TREMP, PABLO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 127-148; PÉREZ TREMP, PABLO, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; URÍAS, JOAQUÍN, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

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

³⁰ STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1: “La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución”.

Sucesivamente los mismos conceptos fueron expresados en numerosas sentencias; entre las más recientes se pueden citar las SSTC 37/2012, de 19 de marzo, y 94/2012, de 7 de mayo, FJ 3.

pronunciarse (entre otras modalidades que sin embargo no son objeto de estudio en este trabajo) a través de la cuestión de inconstitucionalidad.

De hecho, según cuanto afirmado por el TC ya en su STC 127/1987³¹, el Constituyente concibió la CI como instrumento de depuración del ordenamiento jurídico, es decir para poder expulsar del mismo aquellas normas de ley contrarias al contenido de la CE.

Aunque en la misma sentencia el Alto Tribunal afirme que el respeto de los requisitos procesales propios de este mecanismo asegura que el mismo no se convierta en un proceso destinado al control abstracto de la constitucionalidad de las leyes (control este que tiene que llevarse a cabo a través del recurso de inconstitucionalidad), la doctrina ha puesto en relieve la estrecha relación que vincula estos dos tipos de procesos constitucionales. La gran mayoría de los Autores considera en efecto la CI un instrumento concreto de control de constitucionalidad de las normas, pero solo por lo que concierne el momento en el que surge la duda de constitucionalidad, en la fase *a quo* de la instauración del proceso. Se trataría entonces de un control concreto porque trae su origen de un proceso ordinario en el que hay que resolver una controversia específica, pero que en el momento de su desarrollo procesal ante el TC se convertiría en un control abstracto de la norma enjuiciada por el juez *a quo* con las mismas características y con los mismos resultados del control abstracto a través del recurso de inconstitucionalidad. Es por estas razones que CRUZ VILLALÓN definió el juicio incidental de constitucionalidad de las leyes un control concreto “*impropio*”³².

Se ha hablado al respecto de “*identidad teleológica*” (entre otros LOPEZ ULLA y MEDINA GUERRERO)³³ entre recurso y cuestión de inconstitucionalidad, ya que

³¹ STC 127/1987 FJ1: “*La Constitución en el art. 163 y la LOTC en el art. 35.2 configuran las cuestiones de inconstitucionalidad como un mecanismo de depuración del ordenamiento jurídico, a fin de evitar que la aplicación judicial de una norma con rango de Ley produzca resoluciones judiciales contrarias a la Constitución por serlo la norma aplicada.*

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

Pretenden, con ello, los textos legales insertos en los arts. 163 de la Constitución Española y 35.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, evitar que las cuestiones de inconstitucionalidad se conviertan en un mecanismo abstracto de control de la constitucionalidad de las normas, que queda reservado al recurso de inconstitucionalidad”.

³² CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación de un sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 43.

³³ Estos Autores citan así las palabras del Tribunal Constitucional que en la STC 17/1981 afirmó: “*La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser*

una vez admitida la cuestión el TC lleva a cabo un control ajeno a cualquier consideración subjetiva o inherente al caso concreto, haciendo abstracción del mismo y encaminando su actividad solo a la tutela de los intereses generales y objetivos y no a la preservación de bienes e intereses subjetivos.

A pesar de que PÉREZ TREMPs³⁴ hubiese deducido ya en uno de sus primeros trabajos (probablemente influenciado por sus estudios profundizados sobre el *giudizio incidentale* en Italia) el carácter “híbrido” de la CI al afirmar que “*la concepción de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento objetivo de defensa de la norma fundamental debe completarse con la función que cumple como garantía de intereses subjetivos, que son la ratio ultima de su planteamiento en muchos casos y que sirven de motor de esta defensa objetiva*”, la jurisprudencia constitucional siguió afirmando que las circunstancias del caso concreto objeto del juicio *a quo* no tienen que influenciar el control de constitucionalidad de la norma llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, que solo tiene que verificar la conformidad de la disposición enjuiciada con el contenido de la Norma Suprema³⁵.

Parecería entonces que la circunstancia de que los órganos del Poder Judicial, al plantear la mayoría de las CCI, invoquen principalmente la posible vulneración de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos no negaría la naturaleza abstracta de este proceso constitucional, que no tendría otro propósito que la protección de la Norma Fundamental.

Intentaremos sin embargo demostrar en este trabajo el acierto de PÉREZ TREMPs en su temprana intuición (antes mencionada), cuando todavía el TC no había resuelto muchas cuestiones de inconstitucionalidad: tiene que reconocerse a esta tipología de proceso constitucional un rol importante también en la defensa de los derechos e intereses de los individuos, en paralelo a su importante función en la

perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada” (FJ1).

³⁴ PÉREZ TREMPs, PABLO, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 128 y ss.

³⁵ STC 238/1992 FJ1 b): “*Conviene aquí recordar que en este proceso constitucional se enjuicia, estrictamente, la conformidad a la Constitución de uno o varios enunciados legales, sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del supuesto planteado en el proceso del que aquélla deriva, sobre las que nada podemos decir y que en nada, tampoco, han de condicionar nuestro enjuiciamiento*”.

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

depuración del ordenamiento de las normas contrarias a la CE. Y que como decía GARCÍA PELAYO: “*defender los derechos o pretensiones subjetivas garantizadas por la Constitución significa concretar la defensa del orden constitucional objetivo, y defender a éste significa defender los derechos y pretensiones que ampara: lo abstracto vive en lo concreto, y lo concreto es específica articulación en un caso de notas abstractas*”³⁶.

El relieve de la cuestión de inconstitucionalidad en la tutela de los derechos no es solo una hipótesis o una afirmación teórica. Los datos elaborados por el Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional y presentados en su tiempo en los estudios de JIMÉNEZ CAMPO, luego de LOPEZ ULLA³⁷ y ahora en este mismo trabajo, demuestran como la CI se haya utilizado principalmente invocando la vulneración de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos fundamentales³⁸.

Así que nos parece evidente como, al lado de la preservación de intereses institucionales y objetivos, no pueda negarse que, por la circunstancia de que este tipo de proceso se origine en vía incidental en el seno de un proceso que necesita la aplicación de una norma al caso concreto, la resolución de la duda de constitucionalidad afecte a las problemáticas inherente a los derechos e intereses que el juicio *a quo* se dirige a resolver. También en España entonces, como ya hemos mencionado poco antes, puede hablarse del carácter “híbrido” del control incidental de constitucionalidad de las leyes, que representa la subsistencia en el mismo proceso constitucional de lo que hemos definido una “dimensión objetiva” y una “dimensión subjetiva”.

³⁶ GARCÍA PELAYO, MANUEL, *El status del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, número 1, 1981, p. 33.

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

³⁷ JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMP, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 y LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

³⁸ Volveremos también más adelante a analizar estos datos estadísticos, que pueden encontrarse en las Memorias del Tribunal Constitucional, publicadas cada año por la Imprenta Nacional del BOE. La Memoria de 2016 no ha sido publicada aún en el momento de cerrar este trabajo de investigación. Los datos a los que nos referimos ahora pueden encontrarse, en la Memoria de 2015, en las pp. 47-100.

Retomando las reflexiones de URIAS, nos parece además interesante evidenciar como este proceso sea apto, “en potencia”, para la tutela de todos los derechos fundamentales garantizados en la CE, sin las limitaciones propias por ejemplo del recurso de amparo constitucional³⁹.

Y que la faceta subjetiva de la CI, que hemos visto coexistir con su función objetiva (característica en común con el recurso de inconstitucionalidad), deriva del deber del juez de buscar la interpretación de las leyes más conformes con el contenido de la CE (art. 5.1 LOPJ); de este modo los jueces “*se convierten en los encargados de proyectar los valores constitucionales sobre la totalidad del ordenamiento. Se les encarga de defender en lo posible los derechos fundamentales – y el resto de la Constitución- dentro de la ley*”.

Interpretada así la dimensión o “el alma” subjetiva de la CI, este instrumento tendría, además de la indudable finalidad de depuración del ordenamiento y de control del Poder Legislativo, también como efecto la “*maximización de la tutela de los intereses constitucionalmente legítimos de los particulares ante las leyes*”⁴⁰.

La capacidad de reconocer la estrecha conexión entre las dos “dimensiones” de la CI permite obtener un instrumento de depuración abstracta del ordenamiento que esté al mismo tiempo orientado a la tutela de los derechos e intereses de los individuos, reconociendo a la jurisprudencia constitucional pronunciada en ocasión de este proceso constitucional su rol central y trascendente en la construcción (en el momento inicial) y en el fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de Derecho.

No se equivocó, en nuestra opinión, la doctrina constitucional en valorizar el rol de la CI con respecto al recurso abstracto de inconstitucionalidad de las leyes al afirmar la primera que “*solo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe*

³⁹ Nos referimos, por ejemplo, a que a través del recurso de amparo puedan recurrirse solo las supuestas vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en determinados artículos de la CE (art. 53.2 CE: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”).

⁴⁰ URÍAS, JOAQUÍN, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 142.

tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”⁴¹.

3. Una distinta visión del respeto de las reglas del proceso constitucional. La disciplina de la cuestión de inconstitucionalidad en la Constitución Española y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

También la doctrina española ha dedicado una atención específica al estudio del derecho procesal constitucional, cuyas características y reglas de funcionamiento difieren en cierta medida de aquellas típicas del derecho procesal común en razón de las múltiples peculiaridades propias del Derecho y de la jurisdicción constitucionales⁴².

Sin embargo, diferentemente de lo que hemos visto afirmar por los estudiosos italianos, la jurisprudencia constitucional y los Autores españoles concuerdan en la necesidad de no actuar con extremos rigorismos formales a la hora de resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. La naturaleza preeminentemente abstracta de este proceso constitucional llevaría entonces a una inevitable interpretación flexible de los requisitos procesales impuestos por la CE y por la LOTC para el desarrollo de este mismo proceso⁴³.

⁴¹ STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.

También prestigiosos Autores se interrogaron sobre la posibilidad de suprimir el recurso de inconstitucionalidad, confiando de esta forma solo a la CI la tarea de depurar el ordenamiento de las disposiciones de ley inconstitucionales. RUBIO LLORENTE afirmó en efecto, refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad: “*Me parece que la introducción de éste recurso es quizás, si se me permite y con todos los respetos, una expresión de la desmesura teutónica y que los Tribunales Constitucionales tienen poco que perder y tendrían muchísimo que ganar si el recurso directo estrictamente objetivo, sea de minorías, sea de Órganos Territoriales, se suprimiese*”, CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMP, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 40. PÉREZ ROYO concuerda con esta postura, añadiendo en la misma ocasión que “*el recurso de inconstitucionalidad es, en términos generales, algo negativo para la justicia constitucional*”, *ibídem*, p. 45. No podemos que estar entonces de acuerdo con la reflexión de LÓPEZ ULLA, que afirmó que “*el RI es un instrumento que se está utilizando más en función de los intereses de las fuerzas políticas legitimadas para interponerlo, que en defensa de la Constitución; y que son los jueces, a través de la vía de control que abre el art. 163 de la Constitución, los verdaderos protagonistas, junto al TC, de la defensa de la Constitución*”, LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 320.

⁴² LOPEZ ULLA, por ejemplo, dedica toda la sección primera del Capítulo II de su libro dedicado a la CI al estudio de las peculiaridades del proceso constitucional en vía incidental: *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 57-65.

⁴³ En el FJ2 de la STC 94/1986 et TC afirma por ejemplo la necesidad para admitir una CI de la indispensable verificación del cumplimiento de los requisitos procesales, pero “*exenta de formalismos*”; y

Los ejemplos del “espíritu antiformalista”, utilizando la expresión de LOPEZ ULLA⁴⁴, del TC en tema de control del respeto de las normas procedimentales son múltiples. Dedicaremos a su estudio algunas partes de este trabajo, en específico cuando analizaremos aquellos requisitos procesales que nos han parecido importantes en la investigación sobre el rol de la CI en la tutela de los derechos e intereses particulares.

Por lo que concierne la disciplina del juicio incidental en España, la Constitución de 1978 dedica el art. 163 a la regulación de la cuestión de inconstitucionalidad⁴⁵. Los mismos requisitos exigidos por la Norma Fundamental se desarrollan posteriormente en el Capítulo III (*De la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales*) de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁴⁶,

en el FJ3 de la STC 155/1987 que “*el interés objetivo al servicio del que existe la cuestión de inconstitucionalidad – la preservación de la sujeción de las disposiciones de Ley a la Constitución– impone no detener su curso en atención a rigorismos formales [...]*”.

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

⁴⁴ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 288.

⁴⁵ Art. 163 CE: *Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.*

Uno de los problemas doctrinales más discutidos (y al que dedicaremos unas reflexiones más adelante) fue en relación a la interpretación del último inciso que afirma que los efectos del planteamiento de una CI no serán en ningún caso suspensivos. La mayoría de los Autores ha terminado por concluir, para garantizar el respeto de la naturaleza incidental y concreta de este tipo de proceso, que los efectos suspensivos no se referían al juicio *a quo*, sino a la eficacia de la norma objeto de enjuiciamiento, que sigue así vigente y aplicable en el ordenamiento jurídico aunque esté pendiente del control por parte del TC. Véanse las aportaciones de CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 205 y ss; JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL, AROZAMENA SIERRA, ANGEL, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUEZZA, LUIS, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 96 y ss.; RODRIGUEZ OLIVER, JOSÉ MARIA, *Sobre los efectos no suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad y la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre*, en Rev. Esp. Der. Adm., 2/1980. ← *aggiungi autori pq questi sono SB (aggiunto già CORZO).*

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

⁴⁶ Además de unas normas de aplicación común a los procesos constitucionales destinados al control de

reformada en los años siguientes en numerosas ocasiones⁴⁷.

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

constitucionalidad de las leyes (como por ejemplo los arts. 38-40 LOTC que regulan los efectos de las sentencias en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad), la LOTC dedica tres artículos a la CI.

Artículo 35 LOTC: *1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley. 2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediere, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme. 3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.*

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

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

⁴⁷ La versión original de la LOTC ha sido reformada por las LLO de modificación (o de reforma) de la LOTC números 81/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; 6/2007, de 24 de mayo; 1/2010, de 19 de febrero; 8/2010, de 4 de noviembre; 12/2015, de 22 de septiembre y 15/2015, de 16 de octubre. Veremos que la reforma más significativa por lo que concierne el tema de esta tesis doctoral es la reforma llevada a cabo por la LO 6/2007 que introdujo la posibilidad para las partes del proceso *a quo* de personarse ante el Tribunal Constitucional durante la fase *ad quem*, circunstancia que supuso un importante avance en la tutela de los derechos de los individuos a través del control de las leyes en vía incidental.

interpretación conforme a la Constitución, mecanismo que evitaría así que se crearan lagunas legislativas en el ordenamiento jurídico y que permite una participación activa y capital del juez ordinario en el control de constitucionalidad de las leyes⁴⁸.

Llevando a cabo, en esta parte todavía introductoria de la CI en España, un análisis esquemático, hay que destacar en la regulación contenida en la LOTC algunas características importantes, sobre las cuales nos detendremos más adelante.

Como ya afirmado por el juicio incidental en Italia, también la cuestión de inconstitucionalidad español se compone por dos partes: una fase ante el juez ordinario (juicio *a quo*) y otra ante el Tribunal Constitucional, denominada fase *ad quem*.

Empezando con el *excursus* de las características principales, en primer lugar el art. 35 LOTC establece que la CI pueda suscitarse de oficio o a instancia de parte, aunque el monopolio de la decisión sobre el planteamiento de la misma quede en la disposición del juez ordinario. No existiría en efecto un derecho a que la parte obtenga que su duda de constitucionalidad llegue ante el TC.

El mismo artículo introduce algunos de las más trascendentes reglas procesales en tema de CI, como por ejemplo la necesidad de la presencia de los requisitos de aplicabilidad y relevancia en el proceso *a quo* de la norma que se quiere enjuiciar; el momento procesal en el que puede plantearse una CI y la descripción del contenido del acto con el que se eleva la misma. Además, esta norma pone entre los requisitos procesales una fase fundamental en el juicio incidental español que lo diferencia del homónimo proceso italiano: el trámite de audiencia previa a las partes. El TC ha subrayado en reiterada doctrina el relieve de este momento de la fase *a quo* de la CI, que ha sin duda jugado un papel esencial en la tutela de los derechos e intereses de las partes involucradas en el proceso ordinario, sobre todo antes de la reforma de la LO n. 6/2007 (pero también hoy en día).

⁴⁸ Artículo 5 LOPJ: *1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.*

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

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

El art. 36 LOTC solo añade otra regla procesal a cumplir por el órgano de la jurisdicción ordinaria que decida plantear una CI: elevar la misma al Tribunal Constitucional junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones, si las hubiese, previstas en el artículo 35 de la LOTC.

El último artículo del Capítulo III de la LOTC regula la fase ante el TC. El Alto Tribunal tiene la posibilidad de rechazar la CI sin entrar en el fondo de la misma a través de un Auto motivado en el caso en el que detectara la falta de los requisitos procesales o si la cuestión fuera notoriamente infundada. Esta última condición tiene prácticamente idénticas connotaciones y finalidades que la “*manifesta infondatezza*” en el sistema de justicia constitucional italiano.

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

También en el caso de admisión de la cuestión, es necesario publicar un Auto que contenga la decisión en el Boletín Oficial del Estado. En este caso sin embargo la fase *ad quem* sigue: en primer lugar proporcionando un plazo de 15 días para que las partes del proceso a quo puedan personarse ante el TC y hagan sus alegaciones⁴⁹. En segundo lugar dando publicidad a la admisión de la cuestión por las mismas razones ya argumentadas al analizar el caso italiano: se da traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia; en caso de que la duda de constitucionalidad tenga por objeto una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, se dará traslado a los órganos legislativo y ejecutivo de esta misma; todos los sujetos ahora mencionados podrán

⁴⁹ Esta posibilidad fue introducida con la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC.

personarse en el plazo común improrrogable de quince días para que ellos también puedan presentar sus alegaciones sobre la cuestión planteada.

En definitiva entonces el TC puede decidir a través de un Auto motivado que tendrá que publicarse en el BOE inadmitir a trámite la cuestión por las razones que hemos visto poco antes. Además ha afirmado en jurisprudencia consolidada que está en sus facultades desestimar por las mismas razones (falta de los requisitos procesales o cuestión notoriamente infundada) a través de sentencia⁵⁰.

En el caso en el que el TC decida entrar en el fondo del asunto, las decisiones que concluyen el proceso constitucional podrán ser desestimatorias si los Jueces Constitucionales consideraran la norma impugnada conforme a la CE, o estimatoria en caso contrario. En este supuesto la norma de ley declarada inconstitucional será nula y expulsada del ordenamiento⁵¹.

Aunque se trate de una primera y sumaria análisis de los requisitos de la CI, resulta ya evidente la connivencia entre requisitos propios de las dos concepciones de la cuestión como instrumento de naturaleza concreta y orientado a la protección de intereses subjetivos (la que hemos denominado el “alma subjetiva”) y como instrumento objetivo de depuración del ordenamiento y de protección de la Constitución y de intereses generales. Entre los primeros sin dudas de un lado la estrecha vinculación entre el juicio *a quo* y el *ad quem*, testimonio de la prevalencia de la faceta concreta de la CI, de su alma (por lo menos parcialmente) subjetiva; y de otro la introducción en 2007 de la posibilidad para las partes del proceso *a quo* en la fase ante el TC, con la clarísima finalidad de permitir una mayor y directa tutela de sus derechos e intereses.

Entre los segundo destaca la ya mencionada circunstancia de que, aunque la LOTC regule de forma muy detallada los requisitos procesales, la practica ha demostrado una notable flexibilidad por parte del TC a la hora de verificar el respecto

⁵⁰ Véase por ejemplo el FJ2 de la STC 1/2016 en el que se afirma que “*En el examen de esta cuestión de inconstitucionalidad es necesario valorar con carácter previo la concurrencia de los requisitos exigidos para su válido planteamiento, pues, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, “no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica del art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad”*. Mismas consideraciones pueden leerse, siempre citando sentencias muy recientes, en las SSTC 146/2012, FJ 2; 79/2015, FJ 2.

⁵¹ Analizaremos más adelante algunos aspectos interesantes sobre el tema de los efectos de las SSTC en relación a la tutela de los derechos e intereses de las partes.

de los mismos, síntoma de una importancia superior otorgada al alma objetiva del juicio incidental.

CAPÍTULO II. El juez y la fase inicial del juicio incidental.

CAPÍTULO II. *El juez y la fase inicial del juicio incidental.*

La tutela de los derechos fundamentales a través del instrumento del control de constitucionalidad de las leyes activado en vía incidental tiene su momento inicial en la fase que se desarrolla ante el juez ordinario, sujeto que asume en este momento del procedimiento un rol protagonista, podemos decir de *dominus* casi absoluto. En el examen de esta fase intentaremos evidenciar algunos momentos que, en nuestra opinión, alcanzan una cierta importancia a la hora de reforzar o reducir el grado de tutela logrado con el juicio incidental, a través del análisis de estos mismos en los sesenta años de jurisprudencia de la Corte constitucional italiana.

Empezaremos examinando cuáles han sido las nociones de “juez” y de “juicio” admitidas por las Cortes, resultando evidente su incidencia en la apreciación del acceso incidental a la justicia constitucional como forma de realización del derecho de defensa del ciudadano garantizado a nivel constitucional. Estudiaremos luego las condiciones establecidas por la ley para que el juez pueda elevar la cuestión de inconstitucionalidad y en concreto las condiciones de “prejudicialidad”, “incidentalidad” y “relevancia”, cuyas lecturas en sentido amplio no puede más que favorecer el acceso al Juez constitucional y dotar por tanto de una mayor tutela a los derechos. Posteriormente se abordaran algunos aspectos específicos de cada País en relación al objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, y nos referimos a la circunstancia de que la particularidad de determinados actos normativos puede provocar una limitación en la tutela de los derechos. Siempre en relación con el objeto de estudio se llevará a cabo una reflexión, con la misma finalidad, sobre la situación que se crea en caso de omisión del legislador y la posibilidad, en estos casos, de una tutela de los derechos no a través de la vía incidental, sino mediante la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. En relación además al instrumento del auto de planteamiento, veremos como en Italia la incidencia en la protección de los derechos se verá limitada a la posibilidad de la parte de poder influir en el contenido de esta misma y a la hipótesis en la que la Secretaría del juez *a quo* retrase por su propia culpa, a veces durante muchos años, el traslado de la cuestión a la Corte constitucional. En el caso de España tendremos que prestar especial atención a la fase denominada “tramite de audiencia previa a las partes”, que hasta la reforma de la LOTC de 2007 (a la que haremos referencia), era el único momento de “contacto” entre las partes del proceso *a quo* y el Juez constitucional.

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

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

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

Sin embargo la preeminencia, como ya se ha mencionado, en la primera fase de la justicia constitucional italiana, del elemento objetivo, es decir, de la finalidad de eliminar muchas de las leyes aprobadas en el periodo fascista todavía vigentes y en clarísimo contraste con la Constitución, relegó a un segundo plano el aspecto relativo a la protección de los derechos presentes en el proceso ordinario. Con respecto específicamente al tema que estamos examinando, la consecuencia fue la de asumir una noción amplia de “juez” y de “juicio”, con la finalidad de que llegase el mayor número posible de cuestiones a la Corte constitucional⁵².

⁵² La doctrina ha puesto de relieve como la conducta de la Corte constitucional ante los supuestos vicios procesales presentes en el juicio *a quo* viene a confirmar lo afirmado (y también lo que afirmaremos) con respecto a la prevalencia en la primera fase de la dimensión “objetiva”, así como dicho anteriormente sobre la importancia de la observancia de las reglas procesales y a la relación de autonomía-dependencia entre las dos fases del control incidental.

En la primera fase, en efecto, la Corte se ha desinteresado prácticamente de los vicios del juicio ordinario en cuyo ámbito se había elevado la cuestión y, en conformidad con la reconstrucción favorable a la total autonomía del juicio constitucional en relación con el principal, ha excluido de forma radical la relevancia de eventuales vicios referidos al proceso *a quo*. En el periodo sucesivo, sin embargo, la Corte ha modificado su parecer: la falta de jurisdicción o de competencia del juez ordinario puede suponer una violación de la Constitución y tiene que exteriorizarse ante el Juez constitucional. Pero solo con tal que presente el carácter de la “evidencia”, es decir que este mismo sea inmediatamente y evidentemente apreciable. Para algunos ejemplos, véanse entre otros; Corte cost. n. 163 de 1993; Corte cost. n. 423 de 1994; Corte cost. n. 348 de 1995; Corte cost. n. 82 y n. 345 de 2005; Corte cost. n. 27 de 2006.

El Constitucional ha vuelto a ocuparse de este tema, añadiendo nuevas precisiones. La averiguación del vicio procesal tiene que estar subordinada a dos elementos: su evidencia, de un lado, y que se refiera a la falta de una motivación suficiente del juez en la afirmación de su competencia, de otro. Pueden verse a este respecto Corte const. n. 241 de 2008; n. 2 y n. 94 de 2009, n. 34 y n. 81 de 2010, n. 144 y n. 291 del 2011, n. 106 del 2013.

En este sentido, la doctrina ha hecho una distinción entre dos periodos: la etapa que se refiere a los primeros quince años de actividad de la Corte (1956-1971), en la que la preponderancia del momento objetivo determina de hecho una noción amplia de “juez”; y un segundo periodo, sucesivo, caracterizado en cambio por una noción más estricta de estos términos, en razón también (y principalmente) de la eliminación de las leyes fascistas, del conocimiento y difusión entre los jueces ordinarios del juicio incidental y del crecimiento del carácter concreto del juicio constitucional⁵³.

Durante el primer periodo, si la autoridad judicial requerida para aplicar una ley en el caso concreto dudaba de su legitimidad, tenía que enviar la cuestión a la Corte independientemente de la naturaleza jurisdiccional del procedimiento en curso. Lo único que tenía importancia era que el juez considerase la duda de constitucionalidad como “no manifiestamente infundada”, siendo suficiente dicha incertidumbre para suspender el proceso ordinario⁵⁴. Se vea a este propósito una sentencia muy antigua, la n. 88 de 1966, en la que la Corte sostuvo que con “autoridad judicial” debían entenderse todos los órganos a los que, aunque ajenos a la organización de la jurisdicción y destinados desde el punto de vista institucional a otras tareas, se les asignan (aunque de manera excepcional) funciones como autoridad “juzgadora” *super partes*; y por “juicio”, todos aquellos procedimientos que, sea cual fuere su naturaleza y modalidades de su desarrollo, se llevan a cabo en presencia y bajo la dirección del titular de un órgano jurisdiccional. La Corte sostuvo incluso el principio del carácter alternativo de estos dos requisitos, considerando que ambos no tenían necesariamente que concurrir para cumplir con la exigencia procesal, siendo suficiente la presencia alternativa de uno de los dos⁵⁵.

Desde el año 1971 la Corte constitucional modifica su jurisprudencia y lo hace virando hacia una interpretación evidentemente más estricta. También en este caso

⁵³ ROMBOLI, R., *Poteri decisori o istruttori, funzioni amministrative o giurisdizionali, legittimazione del giudice "a quo"*, en *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 756 y ss.

⁵⁴ Entre otras, Corte cost. n. 129 de 1957; n. 24 de 1958; n. 121 de 1966; n. 72 de 1968.

La Consulta aceptó la legitimación a elevar cuestiones de constitucionalidad de los jueces en el ejercicio de funciones propias de la jurisdicción voluntaria (Corte cost. n. 24 del 1958), del juez penal durante un procedimiento por decreto, incluso en la fase preliminar o instructora (Corte cost. n. 12 del 1966 e n. 85 del 1969), del juez como juez de ejecución tributaria (Corte cost. n. 83 del 1966), del Tribunal de Cuentas en seno del juicio de parificación de las cuentas generales del Estado (Corte cost. n. 121 del 1966 e n. 142 del 1968), en el ámbito de controversias en relación al tratamiento de los presos (Corte cost. n. 72 del 1968), del Tribunal en el procedimiento de hospitalización de un alienado (Corte cost. n. 74 del 1968), del Juez en el ámbito de un juicio sobre la admisibilidad de un gravamen propuesto por la parte perjudicada por una decisión pronunciada por el mismo (Corte cost. n. 1 del 1970), del Tribunal concursal en el ámbito de una decisión sobre una instancia de quiebra (Corte cost. n. 142 del 1971).

⁵⁵ Sentencia de la Corte n. 88 de 1966.

podemos analizar dicho cambio a través de una de las primeras decisiones en la que el mismo se pone de manifiesto. Nos referimos a la sentencia n. 74 de 1971, en la que la Corte negó la legitimación al Tribunal que tenía que decidir sobre una autorización de depósito de indemnización por expropiación ofrecida por la “caja depósitos y prestamos”. Observó el Constitucional que no podía afirmarse que el contenido de la actividad que el juez ordinario tenía que desarrollar presentara las características de la función jurisdiccional y que la intervención del mismo en el procedimiento de expropiación no se manifestaba con decisiones de carácter jurisdiccional, estando la actividad del juez ordinario limitada a una constatación sin la posibilidad de llevar a cabo ningún control o fiscalización en orden a la validez de la estimación y a los criterios para la determinación de la indemnidad.

Por primera vez, entonces, la Corte constitucional introduce un límite nuevo a la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad: el carácter jurisdiccional y no administrativo de las funciones de la autoridad judicial remitente. En conclusión el Constitucional empieza a pretender que la duda sea planteada por un órgano del poder judicial pero, además, que este actúe durante un procedimiento que tenga carácter jurisdiccional y que la decisión de la cuestión incidental sea prejudicial con respecto a la resolución del juez ordinario. Esta segunda línea jurisprudencial es la que posteriormente ha sido adoptada por el Constitucional y empleada hasta el día de hoy⁵⁶.

Por lo que concierne al ordenamiento jurídico español, la Constitución de 1978 y su normativa de desarrollo se han ocupado de la individualización de los sujetos legitimados para plantear una CI y la circunstancia en la que dicho planteamiento puede llevarse a cabo⁵⁷.

A la expresión empleada en el art. 163 CE (“*Cuando un órgano judicial considere en algún proceso [...]*”), el art. 35.1 LOTC sustituye la dicción “*Juez o Tribunal*”. Aunque el tema de la legitimación al planteamiento de este tipo de proceso

⁵⁶ Puede verse la sentencia de la Corte cost. n. 6 de 2008, en relación con una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el juez del registro de las empresas del Tribunal ordinario. La misma doctrina ha sido afirmada por la Corte constitucional en las sentencias n. 47 de 2011 y n. 6 de 2012.

⁵⁷ En realidad según LOPEZ ULLA y los demás Autores que el mismo cita, no sería correcto utilizar el término “legitimación”. En efecto los órganos judiciales no ejercerían una verdadera “acción” ante el TC al plantear una CI; por esta razón parecería más apropiado hablar de “facultad”, “competencia” o “prerrogativa”. V. LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 230.

hubiese sido objeto de algunos debates en sede constituyente⁵⁸, dichos enunciados no han creado problemas interpretativos significativos⁵⁹.

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

La fase ante el juez *a quo* de la CI se caracteriza entonces por la necesidad de la presencia de éste requisito procesal subjetivo, que se compone a su vez de dos vertientes: de un lado el requisito subjetivo en sentido propio (órgano perteneciente al Poder judicial, sea unipersonal o colegiado) y de otro la faceta “objetiva” o “funcional” de dicho requisito (durante un proceso en ejercicio de la función jurisdiccional)⁶⁰.

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

Sobre estas consideraciones han surgido problemas interpretativos en relación a la lectura del art. 117.4 CE; en efecto, este artículo, además de atribuir a los órganos del Poder Judicial la potestad jurisdiccional (reconocida en exclusiva a estos), permite que la ley les atribuya otras funciones en garantía de cualquier derecho⁶¹.

⁵⁸ Entre las propuestas, como ya se ha mencionado y como previsto en la Constitución de 1931, en debate en sede constituyente se recomendó que pudiesen elevar cuestiones de inconstitucionalidad solo los Tribunales de apelación o casación, con el propósito de evitar el riesgo de saturación para el TC y de dilaciones en la administración de la justicia debidas a la enorme cantidad de CCI que (según los partidarios de esta proposición) habría terminado por llegar al Alto Tribunal. V. CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 157 y ss.; LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.

⁵⁹ PÉREZ TREMPES, PABLO, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 73. CORZO SOSA sin embargo afirma que habría sido preferible que las fuentes normativas hubiesen utilizado el término “órganos jurisdiccionales”, proporcionando él mismo una detallada explicación de los tres requisitos necesarios para reconocer la naturaleza jurisdiccional de un órgano, CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 175 y ss.

⁶⁰ Hablamos de “faceta objetiva” y no de requisito ya que el requisito procesal objetivo “en sentido propio” de la CI tiene que considerarse el objeto de la cuestión; a sus interpretaciones y características está dedicada una parte de este trabajo.

⁶¹ Art. 117.3 y .4 CE: “3. *El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.* 4. *Los Juzgados*

Esta disposición suscita el interrogante de si puede promoverse una CI, además que en el seno de un proceso en sentido estricto, también cuando un Juez o Tribunal (según la expresión empleada por el art. 35.1 LOTC, que analizaremos en las páginas siguientes) actúa en un procedimiento no jurisdiccional, es decir en el curso de una actuación judicial que sin embargo no puede calificarse en sentido propio como proceso.

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

A una primera etapa durante la primera década de funcionamiento del órgano en la que el TC se ha demostrado relativamente rígido en la lectura y apreciación de este requisito procesal, ha seguido una segunda etapa de más flexibilización que ha empezado con la STC 36/1991. En este supuesto la duda tenía como objeto la posibilidad que los Tribunales Tutelares de Menores pudiesen plantear cuestiones de inconstitucionalidad. El Abogado del Estado afirmaba al respecto que los procedimientos desarrollados antes estos tribunales no podían calificarse de “verdaderos procesos”, al tratarse de “procedimientos de carácter educativo y cautelar”. Sin embargo el TC desestimó este óbice procesal, razonando que, al margen de su calificación o no como proceso en sentido estricto, lo relevante en este caso para considerar facultados a los órganos judiciales que promovieron las cuestiones de inconstitucionalidad es que éstas mismas habían sido suscitadas en procedimientos seguidos ante “órganos que ejercen la potestad jurisdiccional”.

El TC volvió a pronunciarse sobre el tema el año siguiente en otro caso que puede considerarse emblemático para esta segunda fase de interpretación del requisito procesal en examen en estas páginas.

La STC 76/1992 resolvió de forma acumulada tres distintas cuestiones de inconstitucionalidad. Los tres órganos judiciales proponentes habían planteado cada uno una CI en procedimientos en los que se pedían unas autorizaciones judiciales para acceder a propiedades privadas en ejecución de resoluciones que provenían de administraciones públicas.

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

y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

El Alto Tribunal tampoco en esta ocasión aceptó el óbice procesal, afirmando que *“la doble obligación en que se encuentran los Jueces y Tribunales de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución, de un lado, y el principio de seguridad jurídica (que las dudas de constitucionalidad ponen en evidencia), de otro, impiden que de la calificación dogmática de una actuación judicial como proceso pueda extraerse una consecuencia tan grave como la referencia a la legitimación de aquéllos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad”*. Por el contrario es la propia *ratio* de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, su condición de instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación a la que acabamos de referirnos, la que le llevó a concluir que en ese caso *“no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al Tribunal Constitucional, único órgano competente para resolverlas, a un Juez o Tribunal que ha de aplicar la Ley en unas actuaciones que, sea cual sea su naturaleza y forma de desarrollo, ejerce poderes decisorios. No reconocerlo así llevaría a la grave conclusión de que en supuestos en los que el órgano judicial ejerza este tipo de potestad de carácter decisorio se vería obligado a aplicar una ley que considera inconstitucional o de cuya constitucionalidad duda, posibilidad ésta que el constituyente ha preferido sustraer al juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar”*⁶².

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

Estas consideraciones son fundamentales para la valoración efectuada en esta investigación sobre el alcance del control de constitucionalidad de las leyes en vía incidental como instrumento de tutela de los derechos e intereses de los particulares: el TC llega a afirmar que cuando está en juego la protección de los derechos de las partes es preferible entonces una apreciación “transigente” de este requisito procesal que permita así la admisión de unas CCI también cuando el órgano del Poder Judicial que quiere elevar la duda de constitucionalidad ejerza simplemente poderes decisorios, y no se halle estrictamente en el ejercicio de la función jurisdiccional.

⁶² STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ2.

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

En este caso, en efecto, se inadmitió a trámite la cuestión por entender el TC que no concurrían ni el presupuesto de haberse suscitado en el curso de un proceso, ni tampoco que la decisión a dictar por el órgano judicial tuviera naturaleza de “fallo”⁶³.

El Tribunal concluyó afirmando que la interpretación flexible de ambos requisitos procesales “no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución como nuestra ley Orgánica, a las actuaciones judiciales gubernativas”⁶⁴.

El TC, después de casi 10 años, proporcionó la que parece una explicación a este cambio de jurisprudencia, intentando en su ATC 505/2005, de 13 de diciembre, redimensionar la envergadura de la STC 76/1992, de 14 de mayo, y demostrar como las circunstancias que permitieron abrir la fisura que caracterizó la segunda fase de interpretación del requisito procesal subjetivo no volvieron a presentarse en los casos sucesivos: “*esa interpretación laxa de dicho requisito procesal no puede desvincularse, a los efectos que ahora interesan, de un lado, de la circunstancia de que el Juez de Instrucción, en el ejercicio de la función de protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio frente a la Administración que expresamente le atribuye la Ley (arts. 130 de la Ley general tributaria y 87.2 LOPJ), actúa investido de las garantías propias y de la posición institucional que, como al resto de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, le corresponde ex art. 117.1 CE, esto es, en lo que aquí importa, investido de la garantía de la independencia y sometido únicamente al imperio de la ley; y, de otro lado, que, aun cuando su actuación se presenta en este caso como un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones que se integran en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, el Juez de Instrucción, como autoridad judicial que ha de aplicar la ley en garantía de un derecho fundamental de los ciudadanos frente a la Administración, ejerce un poder de enjuiciamiento y de decisión frente a la actuación administrativa en ningún caso revisable por la Administración y que no puede sino calificarse, como ha hecho este*

⁶³ STC 140/1997, FJ: “Ni el procedimiento previo a su imposición puede ser asimilado al de ‘proceso’ a los efectos de estimar cumplido el art. 163 CE, ni esta resolución participa de la naturaleza de los ‘fallos’ a los que se refiere el citado precepto”.

⁶⁴ STC 140/1997, de 8 de mayo, FJ Único, reiterado luego en los AATC 505 y 508/2005, ambos de 13 de diciembre, y 59/2006, de 15 de febrero.

Tribunal, de 'actuación jurisdiccional' (STC 137/1985, de 17 de octubre, FJ 5), entendida esta expresión en sentido amplio al no desarrollarse a través de un proceso en sentido estricto". Sin embargo, como ya hemos referido, la interpretación flexible de ambos requisitos procesales "no puede alcanzar, por vedarlo tanto la Constitución como nuestra ley Orgánica, a las actuaciones judiciales gubernativas", concluyendo así el TC por la inadmisión de la cuestión⁶⁵.

2. La intensificación del nivel de tutela de los derechos fundamentales con una interpretación de la noción de "juez" propia del control incidental: una aproximación casuística

a) Reflexiones paralelas en los dos Países: el Tribunal de Cuentas, el mismo Constitucional, los árbitros

En Italia la exigencia "objetiva" de la eliminación de las leyes contrarias a los principios constitucionales de un lado, así como de otro la de evitar los "vacíos", las "lagunas" o las "zonas francas" en la tutela de los derechos fundamentales a través del control en vía incidental, han llevado a la Corte a utilizar en determinados casos una noción peculiar de "juez" y de "juicio". En algunos casos, en efecto, la Corte ha aceptado una definición de los mismos conceptos "*con la única finalidad del juicio [de constitucionalidad] de las leyes*"⁶⁶, que solo puede aplicarse en el juicio constitucional, es decir ha reconocido la legitimación a ciertos sujetos prescindiendo de los principios generalmente afirmados o evitando valorar en aquel caso concreto el carácter jurisdiccional del sujeto. Sin embargo, la Corte ha seguido esta concepción con mucha parsimonia, ya que resultan ser muy pocos después de sesenta años de actividad los casos de jueces "*ai limitati fini del giudizio in via incidentale*".

En España también las mismas exigencias han llevado el TC y la doctrina a concretar con un cierto grado de rigor los órganos o los sujetos legitimados para elevar una CI y aquellos que sin embargo quedarían excluidos de dicha facultad⁶⁷.

⁶⁵ ATC 505/2005, de 13 de diciembre, FJ3 letra c).

⁶⁶ "*Ai limitati fini del giudizio sulle leggi*", para citar la expresión en italiano, probablemente más "efectiva", utilizada por la Corte constitucional.

⁶⁷ Hay que precisar, pasando ahora al análisis del requisito subjetivo "en sentido propio", que, aunque sea condición necesaria de admisibilidad de una CI (por lo menos en teoría, ya que analizaremos algunas

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

En Italia la Corte constitucional ha admitido la posibilidad de que la *Corte dei Conti* plantee cuestiones de inconstitucionalidad con la finalidad de poder juzgar las leyes de gasto público, es decir cuando actúa en sede de control. La legitimación ha sido reconocida *“limitadamente para asuntos que conciernan la cobertura financiera de leyes de gasto, dado que el reconocimiento de la relativa legitimación, vinculada a la especificidad de sus tareas en el marco de la Hacienda pública, se justifica también con la exigencia de admitir el control constitucional de leyes que, como en el caso a examen, tendrían más dificultad de ser sometidas al examen de la Corte a través de otras vías”*⁶⁸.

Tampoco en España ha levantado muchas dudas la inclusión del Tribunal de Cuentas entre los órganos con capacidad para plantear una duda de constitucionalidad al TC a través de la vía incidental. En efecto la CE, aunque no incluya éste órgano entre el Poder Judicial, reconoce al mismo en su art. 136.2 una jurisdicción propia y por esto naturaleza jurisdiccional en ciertos casos, de forma paralela con su naturaleza fiscalizadora⁶⁹. Claramente el TC admitirá las CCI planteadas por el Tribunal de Cuentas solo en el caso en que las dudas de constitucionalidad hayan surgido cuando este tribunal ejerza funciones jurisdiccionales, respetándose así el requisito objetivo al

excepciones) que el órgano proponente forme parte del Poder Judicial (*“órgano judicial”* ex art. 163 CE y *“Juez o Tribunal”* ex art. 35.1 LOTC), no se trataría también de un requisito suficiente. El Alto Tribunal ha afirmado en su doctrina reiterada la necesidad además que el juez que plantee una duda de constitucionalidad sea el juez competente y predeterminado por la ley para conocer del proceso principal en el que surja la misma Véanse por ejemplo: SSTC 96/2001 y 196/1987; AATC 59/2006, 54/2006, 508/2005, 505/2005, 130/2002, 221/2001, 217/2001, 470/1988. En la doctrina, veáanse: LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, PABLO (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 183-184; LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 155 y p. 239; SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011 p. 161.

⁶⁸ *“Limitatamente a profili attinenti alla copertura finanziaria delle leggi di spesa, perché il riconoscimento della relativa legittimazione, legata alla specificità dei suoi compiti nel quadro della finanza pubblica, si giustifica anche con l’esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte”*, Corte cost. n. 226 de 1976.

⁶⁹ Sobre la naturaleza jurisdiccional del Tribunal de Cuentas véanse entre otros las contribuciones de AGUNDEZ FERNÁNDEZ, GARCÍA MONTORO, MENDIZÁBAL ALLENDE, REYES MONTERREAL en VV.AA., *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982. Entre la jurisprudencia constitucional que corrobora dicha naturaleza: STC 215/2000, de 18 de septiembre.

que hemos hecho referencia anteriormente. Hasta la fecha esta posibilidad ha quedado solo hipotética y teórica, ya que el Tribunal de Cuenta no ha planteado todavía ninguna duda de constitucionalidad de las leyes en vía incidental.

Otra excepción y por ende otro caso de juez “*ai limitati fini*” concierne a la misma Corte constitucional italiana como juez *a quo*. En los sesenta años de actividad ya son muchas las cuestiones elevadas por el Constitucional ante sí mismo en el ámbito del juicio en vía incidental (por lo menos unas treinta), pese a que en otras ocasiones y con otros fines la misma hubiese negado que pudiese calificarse como autoridad judicial⁷⁰.

En España algunos Autores se han planteado la posibilidad de que el mismo TC esté facultado para plantear ante sí mismo una duda de constitucionalidad sobre una norma que tiene que aplicar durante los procesos ante sí, o en el caso en que detecte de oficio la inconstitucionalidad de una norma. En el primer supuesto, CORZO SOSA, entre otras consideraciones, denuncia la incongruencia de un sistema en el que se permite que el órgano encargado de controlar y declarar la inconstitucionalidad de las leyes pueda (o tenga la obligación, por falta de legitimación a plantearse una CI) él mismo aplicar una ley cuya constitucionalidad dude⁷¹. El segundo es el caso de la denominada cuestión interna de inconstitucionalidad (o autocuestión) y se resuelve (por lo menos parcialmente) a través de la disciplina *ex art. 55.2 LOTC*⁷².

Reflexiones más amplias merece otro supuesto de legitimación que sin embargo muestra una divergencia entre la interpretación dada por el ordenamiento italiano y por el español: la legitimación de los árbitros para plantear cuestiones de inconstitucionalidad.

En Italia este tipo de procedimiento, denominado arbitraje ritual, está regulado en el Código de Procedimiento Civil, en particular en el Código de Rito.

⁷⁰ Por muchos años la misma Corte había rechazado la posibilidad de poder calificarse como “autoridad judicial” con respecto, por ejemplo, a la oportunidad de poder remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta impostación ha sido modificada solo recientemente.

⁷¹ CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 184 y ss.

⁷² BAGNI, SILVIA, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Clueb, Bologna, 2007, pp. 96-97. Para un estudio detallado de la ACI, que no será objeto de este trabajo por tratarse de una temática distinta (aunque coincidente en muchos puntos), puede verse: URÍAS, JOAQUÍN, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

La doctrina italiana había ya tenido ocasión de opinar en numerosas ocasiones, subrayando cómo también el arbitro se encuentra en posición de aplicar el derecho de forma imparcial, y que por esto con respecto a él (y a las partes) se presentan todos los mismos problemas que motivan la instauración de la cuestión de inconstitucionalidad en vía incidental.

Sobre este tema la Corte constitucional no se ha pronunciado durante largos años, finalmente haciéndolo de forma inesperada en 2001, reconociendo la legitimación a los árbitros a elevar cuestiones de inconstitucionalidad⁷³. En opinión del Constitucional, el arbitraje ritual constituye un procedimiento previsto y disciplinado por el Código de Procedimiento Civil para la aplicación objetiva del derecho en un caso concreto, con la finalidad de la resolución de una controversia y con las garantías del contradictorio y de imparcialidad típicas de la jurisdicción civil. Por estas razones, el juicio arbitral así como los que se desarrollan ante el juez ordinario, tiene que resolverse utilizando una norma sobre la que el órgano encargado de dictar la resolución no puede albergar dudas de legitimidad constitucional. Aplicando una disposición del ordenamiento jurídico, también la actividad del arbitro está sometido al principio de legalidad y, por ende, de constitucionalidad. El Juez constitucional llega así a la conclusión de que *“en un sistema constitucional en el que se niega la posibilidad a los órganos que tienen poder de juzgar de dejar de aplicar las leyes y de decidir el juicio aplicando leyes de dudosa constitucionalidad, también los árbitros, cuyo juicio es potencialmente sustituible al de los órganos jurisdiccionales, tienen que poder utilizar el sistema de control incidental de las leyes”*⁷⁴. La Corte considera necesario precisar una vez más que ha realizado sus observaciones y afirmaciones *“para los fines*

⁷³ Corte cost. n. 376 de 2001.

Sobre este tema v., entre otros, CHIARA, G., *L'arbitro come giudice "a quo": profili ricostruttivi*, en *Giur. cost.*, 1997, pp. 1215 y ss.; MONTESANO, L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processo*, en *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 1 y ss.; BRIGUGLIO, A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, en *Riv. arbitrato*, 2000, pp. 639 y ss.; STASIO, D., *La Consulta apre ai collegi arbitrali*, en *Il Sole 24 Ore* 24 novembre 2001; ESPOSITO, M., *Si aprono le "porte del cielo": dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica*, en *Giur. cost.*, 2001, p. 3757; PINARDI, R., *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte); notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, *ivi*, 2001, pp. 3747 y ss.; GIACOBBE, E., *La questione di costituzionalità nel processo arbitrale*, en *Riv. trim. appalti*, 2002, pp. 756 y ss.; CANALE, G., *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, en *Giur. it.*, 2002, p. 689; LUISO, F.P., *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, en *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 59 y ss.; FURNO, E., *Corte costituzionale e arbitri: un nuovo "giudice a quo"?*, en *Giur. it.*, 2004, p. 437.

⁷⁴ *“In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri, il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione, debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi”*, Corte cost. n. 376 de 2001.

*exclusivos que conciernen a este caso y sin profundizar en la problemática compleja relativa a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje ritual*⁷⁵.

Esta conclusión ha despertado el temor de una considerable ampliación del acceso a la Corte constitucional, resultando así mucho más fácil la utilización de las *lites fictae*, instauradas con el fin de plantear al Constitucional una duda de legitimidad constitucional y pudiendo convertirse, evidentemente con algunas limitaciones, en una suerte de recurso directo a la justicia constitucional.

La experiencia de los años sucesivos ha demostrado la falta de fundamento de dicho temor, dado que son verdaderamente pocas (una docena en total) las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas hasta el día de hoy por los colegios de árbitros⁷⁶.

En España ha sido muy controvertida la exclusión, contrariamente a lo acabamos de ver respecto del ordenamiento italiano, de los árbitros de entre los sujetos legitimados a elevar una duda de constitucionalidad.

Como es notorio, el ordenamiento jurídico español reconoce la posibilidad que las personas naturales o jurídicas puedan establecer, a través de un convenio, que sea uno o varios árbitros quienes resuelvan determinadas cuestiones litigiosas que los conciernan (ya surgidas o incluso que pueden surgir en el futuro). Aunque se trate de una libre disposición de las partes, los árbitros siempre estarán sujetos al Derecho en el desarrollo de su actividad de ponderación entre los intereses de las partes y deberán de dar una solución al caso concreto respetando el sistema legislativo español y aplicando una de las normas incluida en dicho ordenamiento⁷⁷.

El problema a este punto es determinar si, en el caso en el que un árbitro tenga una duda de constitucionalidad en relación a la norma de aplicación al caso concreto, tiene facultad para elevar una CI.

⁷⁵ “*Ai limitati fini che qui interessano e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giurisdizionale dell’arbitrato rituale*”. Esto con la finalidad de no ponerse en contradicción directa con la jurisprudencia de la Corte de Casación, que había negado el carácter jurisdiccional de la actividad llevada a cabo por los árbitros rituales, sosteniendo que estos no desarrollan una función sustitutiva de la de los jueces ordinarios, sino que desarrollan una actividad privada en el ámbito de un procedimiento alternativo desde el punto de vista ontológico a la jurisdicción estatal (Cass. 1º de febrero de 2001, n. 1403 y 3 de agosto de 2000, n. 527/SU, *Foro it.*, 2001, I, 838).

⁷⁶ El Constitucional ha interpretado de forma distinta la legitimación para proponer cuestiones de inconstitucionalidad del árbitro bancario financiero, instituido en el art. 128-bis d. lgs. 1º de septiembre de 1993, n. 385, considerando que debe negarse esta misma, con fundamento en consideraciones respecto de las cuales puede verse la sentencia de la Corte cost. n. 218 de 2011.

⁷⁷ Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, art. 1 y art. 5.1.

Si la norma sobre la que recae la duda es anterior a la entrada en vigor de la CE, el arbitro puede sin dudas no aplicarla, considerándola derogada.

Si embargo, si la norma de dudosa constitucionalidad es sucesiva a la CE la solución no es tan simple. Ya hemos visto como de un lado la CE reserve la posibilidad de levantar una CI solo a los Jueces y a los Tribunales (art. 163 CE), y como de otro lado establezca el principio de sujeción de todas las personas y de todos los Poderes Públicos a la CE (art. 9.1 CE), cosa esta que incluye claramente también a los árbitros.

En doctrina algunos Autores defienden la posibilidad de que los árbitros puedan utilizar el instrumento de la CI (aduciendo justificaciones que giran todas alrededor de la similitud entre la figura y la función del juez y aquellas del árbitro, y en muchos casos remitiendo a la doctrina italiana). Sin embargo la doctrina mayoritaria considera que los árbitros no pertenezcan a los órganos que componen el Poder Judicial, aunque realicen funciones de naturaleza para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, y que por esta razón no puedan plantear CCI⁷⁸. La jurisprudencia constitucional convalida esta segunda postura en el muy conocido ATC 259/1993, de 20 de julio (FJ 3) y más recientemente en el ATC 505/2005, de 13 de diciembre (FJ 3, letra c).

El sistema jurídico español intentó encontrar una solución en la previsión del art. 23.3 de la Ley de Arbitraje, en la que se establece que si el árbitro tuviese una duda de constitucionalidad sobre la norma que considera de aplicación al caso, puede suspender el arbitraje e instar a las partes a que planteen una demanda jurisdiccional (en la que, en su caso, el juez o el tribunal ordinario podrían elevar la CI si consideraran justificada la duda de constitucionalidad).

En realidad esta norma no elimina el problema, dado que las partes pueden siempre negarse a plantear la demanda judicial y en tal caso el árbitro debería de resolver de todas formas el caso, aplicando probablemente una norma de incierta (por lo menos a su parecer) constitucionalidad.

b) Algunas peculiaridades de los dos ordenamientos jurídicos

⁷⁸ Entre otros: MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 56.

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

Agotadas las problemáticas que, aunque a veces hayan tenido respuestas diferentes, acomunan Italia y España, hay que dejar constancia también de algunos supuestos peculiares de cada país.

En Italia, por ejemplo, parte de la doctrina se preguntó si la peculiar competencia del Consejo de Estado para conocer del recurso extraordinario al Jefe de Estado podía considerarse actividad jurisdiccional y, por ende, permitir a este órgano plantear una duda de constitucionalidad ante la Consulta en tales ocasiones. La Corte ha negado la legitimación de este órgano para pedir el control incidental de constitucionalidad, dada la naturaleza administrativa del recurso en cuestión. El Alto Tribunal ha mencionado a este respecto el art. 14.1 del Decreto del Presidente de la República 1199/1971, en el que se declara que, en el caso de que el Ministro competente quiera proponer al Jefe de Estado una decisión disconforme con el dictamen del Consejo de Estado, tiene que someter el caso a la deliberación del Consejo de Ministros, cuya decisión (subraya la Corte) no puede evidentemente considerarse de carácter jurisdiccional⁷⁹.

El legislador se ha activado para modificar la disciplina del recurso extraordinario al Jefe de Estado, incrementando los elementos de “jurisdicción” con respecto a los de “administración”. La innovación, sin embargo, decisiva ha sido establecer explícitamente en una ley la legitimación del Consejo de Estado para elevar cuestiones de inconstitucionalidad, resolviendo así el problema a la raíz⁸⁰. A este punto, por lo tanto, el problema para la Consulta era decidir si de verdad el “nuevo” procedimiento podía considerarse de carácter jurisdiccional, o si la legitimación del Consejo de Estado había sido afirmada “solo a efectos del juicio constitucional”, en este caso por parte del legislador y no de la Corte constitucional como en los ejemplos ya analizados. El Alto Tribunal afirmó en una de sus decisiones que las modificaciones a la

⁷⁹ Corte cost. n. 254 de 2004.

⁸⁰ La ley 69/2009 (art. 69) ha transformado el dictamen obligatorio del Consejo de Estado en dictamen también vinculante para el Ministro competente, que ya no podrá pedir la intervención del Consejo de Ministros para apartarse del mismo. Por esto, el legislador establece que el Consejo de Estado “si considera que el recurso no puede decidirse sin la resolución de una cuestión de legitimidad constitucional que resulte manifiestamente infundada, suspende la emisión del dictamen e, indicando los términos y los motivos de la cuestión, ordena a la Secretaría el inmediato traslado de las actas a la Corte constitucional, según y con los efectos previstos en los arts. 23 y ss de la l. 11 de marzo de 1953 n. 87, y la notificación del auto a los sujetos que ahí mismo se mencionen, (*“se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifiestamente infondata, sospende l’espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l’immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti l. 11 marzo 1953 n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati”*).

regulación del recurso antes aludido significaban una transformación de naturaleza, que dejaba de ser administrativa para convertirse en jurisdiccional, con la consiguiente legitimación del órgano para proponer cuestiones de inconstitucionalidad en vía incidental. El Constitucional ha aclarado además que el art. 69, 1º apartado de la l. 69/2009 (ley ordinaria), respeta los criterios impuestos por el art. 1 de la l. Const. n. 1 del 1948, según el cual la cuestión de legitimidad constitucional tiene que proponerse “durante un juicio” y un “juez” tiene que declarar la ausencia de la falta manifiesta de fundamento⁸¹.

La Corte constitucional italiana se ha pronunciado también sobre la naturaleza de la sección disciplinar del Consejo General del Poder Judicial italiano (*Consiglio Superiore della Magistratura, CSM*), afirmando que “*a los solos efectos que aquí interesan, es suficiente la constatación, no cuestionable, de que el legislador, con explícitas y unívocas afirmaciones, ha otorgado carácter jurisdiccional a la función ahora ejercitada por la Sección disciplinar del Consejo General del Poder Judicial*”⁸².

Por lo que concierne al ordenamiento jurídico español, es oportuno recordar que el principio de unidad jurisdiccional consagrado en el art. 117.5 CE eliminó del ordenamiento español la presencia de jurisdicciones especiales; solo quedó la castrense, que por expresa previsión legal (art. 5 de la Ley Orgánica 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar) está habilitada para elevar cuestiones de inconstitucionalidad⁸³.

La doctrina italiana ha señalado⁸⁴ cómo la admisión de una noción “sustancial” de “juez”, solo a efectos del proceso constitucional, y de “juicio” podría llevar a la Corte a extender la legitimación para elevar excepciones de inconstitucionalidad a otros sujetos encargados de la aplicación de la ley en posición de independencia frente a los

⁸¹ Corte cost. n. 265 de 2013 y n. 73 de 2014.

⁸² Corte const. n. 12 de 1971: “*ai limitati fini che qui interessano, è sufficiente la constatazione, non controvertibile, che il legislatore, con espresse ed univoche statuizioni, ha conferito carattere giurisdizionale alla funzione ora esercitata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*”.

⁸³ Véase por ejemplo la reciente STC 202/2011, planteada por la Sala de lo Contencioso-Disciplinario del Tribunal Militar Territorial Cuarto.

⁸⁴ Entre otros, véase ROMBOLI, R., CARROZZA, P., ROSSI, E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, p. 726.

demás poderes del Estado y de imparcialidad con respecto a las partes interesadas en la resolución del caso, como por ejemplo el Ministerio Público, la Banca de Italia, el Consejo General del Poder Judicial, así como algunas autoridades administrativas independientes. En relación a todos estos, se ha indicado cómo resultan esgrimibles razones análogas a aquellas que la Corte ha utilizado para justificar la legitimación de los árbitros y los demás casos de legitimación “solo a efectos del proceso constitucional”⁸⁵.

Algo parecido ha, en efecto, pasado en España en algunas ocasiones. El TC ha expresamente admitido el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad en expedientes de jurisdicción voluntaria (STC 129/1999 y ATC 216/1998, por ejemplo); en expedientes o procedimientos reformativos de menores (STC 60/1995); o en pieza de responsabilidad civil derivada de incoación de expedientes a menores a efectos de depurar su eventual responsabilidad penal (ATC 275/2005). “*En todos estos supuestos*”, afirma el Alto Tribunal en la última parte del Fundamento Jurídico tercero del ATC 505/2005, “*no cabe duda de que las cuestiones de inconstitucionalidad fueron suscitadas por los órganos judiciales en actuaciones de carácter jurisdiccional, aun cuando, en algunos casos, no se desarrollaran a través de un proceso en sentido propio*”.

Además, en opinión de algunos Autores, la STC 113/2004 pronunciada en ocasión de un amparo constitucional, afirmando el carácter jurisdiccional de determinados órganos consuetudinarios (en este caso el Tribunal de las aguas de Valencia), deja abierta la posibilidad de que estos mismos puedan incluirse entre los órganos facultados para plantear cuestiones de inconstitucionalidad⁸⁶.

⁸⁵ En propósito CECAMORE, F., *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 97 y ss.; VUOTO, S., *Le autorità amministrative indipendenti ed il Consiglio superiore della magistratura*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale* cit., pp. 157 y ss.

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

⁸⁶ PÉREZ TREMPES, PABLO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 133 y del mismo Autor, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 73; SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 161.

CORZO SOSA sin embargo, aunque reconociese el carácter jurisdiccional de estos órganos, afirmaba que los jueces pertenecientes a dicha jurisdicción “*no poseen los conocimientos suficientes para tener una dimensión aproximada del contenido de la Constitución y, sobre todo, para establecer una relación directa entre ésta y las normas del derecho de aguas de Valencia. Por este motivo [...] resulta poco viable, aunque no imposible, que plantee(n) cuestiones de inconstitucionalidad*”, CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 200.

II. Las condiciones y los requisitos de acceso a la vía incidental como posibles límites a la tutela de los derechos constitucionales:

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

La tutela de los derechos fundamentales a través del juicio constitucional de las leyes en vía incidental tiene un elemento de importancia decisiva en las condiciones en las que una cuestión de inconstitucionalidad puede, según la jurisprudencia constitucional, considerarse admisible. Es evidente la incidencia en nuestro tema de investigación de una interpretación de estas condiciones más o menos amplia, más o menos sensible a las exigencias de tutela de los derechos involucrados en el caso concreto.

Por esta razón queremos ahora centrar la atención en los conceptos de “prejudicialidad”, “incidentalidad” y “relevancia”, elementos necesarios y que caracterizan el juicio de inconstitucionalidad en vía incidental.

a) La prejudicialidad

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

La “prejudicialidad” concierne a la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional. La doctrina más atenta⁸⁷ ha evidenciado como esta relación ha evolucionado en el tiempo, terminando por adquirir significados distintos en las diferentes etapas de la justicia constitucional italiana a la que hemos aludido en el primer capítulo de este trabajo. En efecto, en el momento de otorgar prevalencia a la exigencia de eliminar las leyes inconstitucionales (como fue la primera fase, en la que prevaleció la que hemos denominado la “dimensión objetiva” de la justicia

⁸⁷ ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, en *consultaonline.it*, Fasc. II, 5 de mayo de 2015, (pp. 351-361) p. 354.

constitucional”) se ha podido constatar una mayor autonomía entre los dos momentos procesales del juicio constitucional. Sin embargo, al prevalecer la tendencia a proporcionar una tutela eficaz a los derechos fundamentales garantizados en la Constitución (y entonces la “dimensión subjetiva” del juicio incidental), como en la segunda fase etapa de la justicia constitucional italiana, asistimos a una significativa desminución de la dependencia entre la fase *a quo* y aquella *ad quem*.

Así que, de primar la “dimensión objetiva”, el caso concreto se considera solo instrumental a la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que, en caso de predominar la “subjetiva”, la cuestión de inconstitucionalidad termina por ser ella misma instrumental con respecto al caso concreto.

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

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

En ausencia de estas condiciones, la cuestión “*se presenta impropriamente como acción directa contra una ley, dado que el eventual pronunciamiento de admisión de esta Corte vendría a concretar por sí sola la tutela requerida al juez del juicio principal*”

y a agotarla”⁸⁸. Esta línea interpretativa, declarada por la jurisprudencia constitucional italiana, no parece encontrar fundamento en ninguna disposición normativa específica y ha sido criticada por una parte de la doctrina que, desde hace ya un tiempo, subraya que puede causar una restricción injustificada de la tutela de los derechos fundamentales⁸⁹.

De su parte, la finalidad perseguida por la Corte apuntaría en la dirección de eliminar la posibilidad de *lites fictae*, promovidas con el único propósito de elevar una cuestión al examen de la Corte constitucional. Claro que, si ese es el fundamento y la vocación de la jurisprudencia reseñada, pensamos que el freno a esa práctica incumbe más propiamente al juez *a quo* que a la Corte constitucional, pues es el primero el encargado de verificar la presencia de un interés de recurrir en la parte procesal, mientras que la Corte de ese modo, se detendría, exclusivamente, en el control relativo a los vicios procesales ligados de modo estricto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad⁹⁰.

Sobre este aspecto del problema (prejudicialidad y diferencia de *petita* entre juicio *a quo* y juicio constitucional) recientemente se ha planteado una importante cuestión de inconstitucionalidad que, aún de manera sintética, merece la pena recordar justo en referencia a las posibles consecuencias en la tutela de los derechos fundamentales a través del juicio de inconstitucionalidad en vía incidental. La cuestión tenía por objeto la ley electoral de 2005 (la denominada *Porcellum*) del Senado y de la Cámara de los Diputados en las partes en las que no preveía la posibilidad de que el elector pudiera expresar una preferencia sobre los candidatos de una lista y concedía la

⁸⁸ “*Si presenta impropriamente come azione diretta contro una legge, dal momento che l’eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte verrebbe a concretare di per sé la tutela richiesta al rimettente e ad esaurirla*”, cfr. Corte cost. n. 17 de 1999, n. 175 de 2003, n. 38 de 2009.

En doctrina CUPELLINI, S., *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, en *Giur. cost.*, 2003, p. 1373.

⁸⁹ La posibilidad de que la jurisprudencia constitucional sobre la necesaria diferencia de *petitum* lleve a la falta de tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución había sido en efecto señalada por los primeros comentaristas, entre los que se encuentra Paolo Barile, que consideró paradójica la imposibilidad de pronunciarse sobre todas las leyes *in privos latae* y la parálisis de la Corte constitucional justo cuando la ilegalidad en que incurre el legislador es mayor, precisamente porque repercute directamente en los individuos (BARILE, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1957, p. 679).

⁹⁰ (v. retro, pag. y nota...).

Sobre este tema véanse A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 5 y ss., que ha sostenido que corresponde al juez resolver el problema de la comprobación de la naturaleza artificiosa del proceso surgido en vista de la proposición de una cuestión de legitimidad constitucional; véase también ZAGREBELSKY, G., *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, en *Giur. Cost.*, 2014, p. 2972, p. 2972, según el cual la valoración del interés a actuar es una cuestión que atañe la jurisdicción ordinaria y no a la constitucional.

mayoría en favor de la lista o de la coalición que había conseguido el número mayor de votos, sin fijar un umbral mínimo para la consecución de un premio a la mayoría.

Los recurrentes del juicio *a quo* ejercitaron una acción legal con la que pidieron al juez ordinario de valorar la posible vulneración de su derecho fundamental al voto por parte de la mencionada ley electoral, haciendo referencia a las elecciones políticas ya terminadas, en cuya ocasión los mismos sujetos habían ejercitado su derecho al voto siguiendo unas modalidades contrarias a los principios constitucionales⁹¹.

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

Sobre la posibilidad de admitir esta cuestión se habían expresado muchas dudas por el hecho de que la eventual admisión de la misma habría resuelto directamente también el objeto del juicio *a quo*; ello porque la declaración de inconstitucionalidad de la ley impugnada podía considerarse satisfactoria con respecto a la denunciada vulneración del derecho al voto.

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

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

La admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad se deduce en efecto “*de la peculiaridad y de la importancia constitucional del derecho objeto de consideración*”

⁹¹ Los recurrentes se referían a las elecciones políticas de 2006, en las que el premio de mayoría había sido asignado a una coalición que había alcanzado el 49,81% de los votos y de 2008, cuando se había reconocido a una coalición que había llegado al 46,81% de los votos. En realidad, la verdadera aplicación práctica a la que los recurrentes querían referirse era aquella de las elecciones políticas de 2013, en cuya ocasión el premio de mayoría había sido asignado a una coalición que había alcanzado el 29,55% de los votos.

(...) que impone de asegurar la tutela del derecho inviolable de voto, perjudicado (...) por una normativa electoral no conforme a los principios constitucionales, de forma independiente de los actos aplicativos de la misma, por el hecho de que ya la incertidumbre sobre la relevancia del derecho constituye ya por si misma una lesión jurídicamente relevante. La exigencia de garantizar el principio de constitucionalidad hace así imprescindible reconocer el enjuiciamiento de esta Corte”⁹².

Esta parte de los fundamentos ahora mencionada tiene, como apuntado, carácter innovador con respecto a la jurisprudencia anterior, así que algunos Autores se interrogaron en relación con las consecuencias que la misma habría podido provocar. Se habló, por ejemplo, de la apertura de “un portón” a la proposición de cuestiones de inconstitucionalidad o de un nuevo modelo basado en la elevada importancia del derecho que se quiere tutelar. En efecto, se podría llegar a la conclusión que cualquier individuo que considere que una ley haya provocado una limitación ilegítima de uno de sus derechos fundamentales pueda ejercer una acción declarativa de dicha limitación y pedir la intervención de la Corte constitucional con el fin de declarar la inconstitucionalidad de una ley.

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

De cualquier modo, resultó evidente que esta decisión habría constituido un precedente del que la Corte en el futuro no habría podido con facilidad apartarse con respecto a la verificación de la constitucionalidad de la ley electoral por supuesta violación del derecho inviolable al voto, y que esta circunstancia habría podido generar una situación de incertidumbre en relación a la validez de la misma ley⁹³.

⁹² “*Dalla peculiarità e dal rilievo costituzionale del diritto oggetto di accertamento (...) che impone di assicurare la tutela del diritto inviolabile di voto, pregiudicato (...) da una normativa elettorale non conforme ai principi costituzionali, indipendentemente da atti applicativi della stessa, in quanto già l’incertezza sulla portata del diritto costituisce una lesione giuridicamente rilevante. L’esigenza di garantire il principio di costituzionalità rende quindi imprescindibile affermare il sindacato di questa corte*”. Corte cost. 1/2014. Aunque no importe en este contexto, la sentencia declaró la inconstitucionalidad de determinadas previsiones del *Porcellum*.

⁹³ Justo con base en estos razonamientos y de la mencionada decisión de la Corte constitucional, la propuesta de revisión constitucional aprobada por el Parlamento italiano (la denominada “*reforma Renzi-Boschi*”) pero rechazada con referéndum constitucional por el cuerpo electoral el 4 diciembre de 2016, introducía la posibilidad de un recurso motivado a la Corte constitucional de la ley electoral para la Cámara y para el Senado por parte de un cuarto de los componentes de la Cámara de los Diputados y de un tercio de los Senadores en el plazo de diez días desde la publicación de la ley. El recurso habría tenido carácter preventivo y habría impedido (en caso de que fuera declarada inconstitucional la ley o parte de

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

En este caso se trataba de una ley que todavía no se había aplicado. Sin embargo se impugnó justo con fundamento en la mencionada afirmación de la Corte en ocasión de la sentencia 1 de 2014, en razón de la cual una ley electoral podía ser objeto de recurso independientemente de los actos de aplicación de la misma, “*por el hecho de que ya la incertidumbre sobre la relevancia del derecho constituye ya por si misma una lesión jurídicamente relevante*”.

La Corte constitucional, sobre la admisibilidad de la cuestión y la presencia de un petitum distinto respecto del juicio a quo, reiteró y confirmó la doctrina sentada en su sentencia 1 de 2014⁹⁴.

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

En el ordenamiento jurídico español las reflexiones de la doctrina mayoritaria sobre el carácter prejudicial de la CI tienden a considerar que esta condición descienda directamente de la elección del Constituyente en favor de un sistema concentrado de justicia constitucional. Encomendar el control de constitucionalidad de las leyes en monopolio al TC tiene como consecuencia, en el caso en el que a un juez ordinario surja una duda de legitimidad constitucional sobre la norma con rango de ley aplicable al caso que tiene la obligación de resolver, la suspensión del proceso que tiene por objeto dicho caso concreto hasta la decisión del Alto Tribunal⁹⁵.

ésta) la promulgación y la entrada en vigor de la ley. El Alto Tribunal habría tenido 30 días para decidir sobre la inconstitucionalidad de la ley electoral. Sobre el tema puede verse, entre muchísimos otros, ROMBOLI, SILVIA, *Regeneración y reforma constitucional: la fallida experiencia Renzi*, en BARRERO ORTEGA, ABRAHAM (Coord.), *Regeneración y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, (en prensa).

⁹⁴ Corte cost. 9 febbraio 2017, n. 35, Foro it., 2017, I, p. 745. También en esta ocasión se declaró la inconstitucionalidad de algunas previsiones de la ley electoral.

⁹⁵ Algunos Autores dedican una parte consistente de sus trabajos al tema del carácter prejudicial de la CI. Para ampliar esta temática pueden verse, entre otros: CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 216 y ss; GARCÍA ROCA, JAVIER, *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, Revista de las Cortes Generales, núm. 27, 1992, pp. 102 y ss; LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 115 y ss.

La CI se configuraría entonces, según la interpretación también del TC proporcionada ya en una de sus decisiones más antiguas, como “*la vía prejudicial constitucional*”⁹⁶.

Sin embargo VILLAVERDE MENÉNDEZ duda de la naturaleza prejudicial de este proceso constitucional basándose en dos consideraciones⁹⁷.

En primer lugar en su opinión, que no compartimos plenamente, el ordinario y el constitucional no deben considerarse dos ordenes jurisdiccionales distintos; esto en razón de la circunstancia por la que también los jueces ordinarios serían jueces de la constitucionalidad cada vez que deciden de resolver sus dudas de constitucionalidad sin plantear una CI ante el TC⁹⁸.

En segundo lugar este Autor interpreta de una forma diferente con respecto a la doctrina mayoritaria el rol del juez ordinario en el planteamiento de la CI y en el ordenamiento jurídico español en general, valorizando su papel. En efecto la decisión del juez de elevar una CI no se fundaría en la presencia de una duda sobre la inconstitucionalidad de la ley que necesita la suspensión del proceso en curso y que es obligatorio que se remita a un órgano diferente para resolverse (circunstancia que deriva como hemos dicho del monopolio del TC en la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley y que probaría el carácter prejudicial de la CI). Entiende VILLAVERDE que se trataría de una decisión del órgano perteneciente a la jurisdicción ordinaria que para su ejecución necesita simplemente de ser confirmada por el TC, dado que el Constituyente español confió solo a este órgano la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley⁹⁹.

⁹⁶ ATC 69/1983, de 17 de febrero, FJ1.

⁹⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003, pp. 247 y ss.

⁹⁸ Estamos de acuerdo con el Autor que el juez ordinario tiene que considerarse juez de la constitucionalidad todas las veces que supera las dudas de constitucionalidad recurriendo a la interpretación conforme a la Constitución de las leyes. Analizaremos esta temática más adelante. Sin embargo en nuestra opinión estas consideraciones no son suficientes para fundamentar la “unidad” de jurisdicciones entre la ordinaria y la constitucional.

⁹⁹ VILLAVERDE encontraba una confirmación a su teoría interpretando la prohibición del inciso *ex art.* 163 CE “*que en ningún caso serán suspensivos*” en el sentido de que el planteamiento de una CI no puede suspender el proceso *a quo*, que tiene que seguir su *iter* llegando a la aplicación de la norma de dudosa constitucionalidad y objeto de la CI al caso concreto (VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad* cit.). Después de la ya mencionada reforma de la LOTC de 2007 no quedan dudas interpretativas: el apartado tercero del art. 35 de la LOTC afirma ahora que “*El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión*”.

La jurisprudencia del TC convalida sin embargo la teoría mayoritaria sobre la prejudicialidad de la CI, además que en la sentencia de 1983 antes mencionada, también en sentencias recientes, desmintiendo así la interpretación proporcionada por VILLAVERDE. En la STC 269/2015, de 17 de diciembre, por ejemplo, el TC sostiene con firmeza que *“la cuestión de inconstitucionalidad presenta en nuestro ordenamiento carácter prejudicial”*; en este caso concreto el Alto Tribunal reitera su doctrina afirmando que la naturaleza prejudicial de este proceso tiene como corolario y consecuencia la inadmisión de cualquier CI que tenga como objeto una norma que ya haya sido aplicada en el propio proceso por el órgano proponente¹⁰⁰.

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

En Italia se da especial importancia a otro requisito del proceso constitucional objeto de análisis en este trabajo, tanto que el nombre más común del mismo incorpora esta característica: la “incidentalidad”.

Con esta expresión se alude a que la vía de acceso a la Corte constitucional tiene que llevarse a cabo por parte de un “juez” que quiera plantearle una duda de constitucionalidad de una norma (aplicable al caso), siempre que lo haga en el ámbito de un “juicio” como incidente del mismo y siempre que aquél no pueda encontrar una solución sin el amparo que con su respuesta ofrezca el Tribunal a la duda de constitucionalidad (es esta última la denominada “relevancia”, que analizaremos a continuación)¹⁰¹.

La noción de incidentalidad nos reconduce a las consideraciones ya analizadas con respecto al significado y alcance del requisito subjetivo, es decir, la necesidad que sea un juez en el ámbito de un juicio quien plantee una cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁰⁰ AATC 361/2004, FJ 4; 134/2006, FJ 2; 184/2009, FJ 2; 127/2012, FJ 3; 220/2012, FJ 3; y 35/2013, FJ 3. “*En efecto*”, sigue el TC en el FJ 2 de la STC 269/2015, “*en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad tiene como finalidad la de suspender el procedimiento y esperar a la respuesta de este Tribunal para la aplicación de la norma, en el presente caso el órgano judicial ya la habría aplicado, con lo que carecería de sentido la duda que posteriormente le surge (AATC 184/2009, FJ 2, y 220/2012, FJ 3)*”.

¹⁰¹ Veremos que la “relevancia” se configura como una de las características fundamentales y uno de los requisitos procesales necesarios del juicio incidental. ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c.*, en *ConsultaOnline.it*, Fasc. II, 5 de mayo de 2015, (pp. 351-361) p. 354.

Según la jurisprudencia constitucional consolidada, no se cumpliría entonces con el carácter de la “incidentalidad” en todos los supuestos en los que de un lado no se respeta el requisito subjetivo en sentido estricto (intervención de un juez) y, de otro, si la duda de inconstitucionalidad no surge en el seno de un procedimiento que puede definirse “jurisdiccional”. Quedan excluidos así por no constituir un “juicio” la intervención de un juez en el desempeño de una función de carácter exclusivamente formal, o con finalidades garantistas, o para la verificación de la regularidad de la documentación necesaria para obtener una determinada inscripción o para ordenarla de oficio. Para que la cuestión pueda considerarse propuesta durante un “juicio” y pueda considerarse un “incidente” dentro del mismo, la aplicación de la ley por parte del juez tiene que caracterizarse por la presencia de los requisitos propios de la naturaleza jurisdiccional de la actividad.

Recientemente el Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre una cuestión muy interesante en relación con el tema de la “incidentalidad” que estamos analizando¹⁰². El caso concernía una cuestión de inconstitucionalidad sobre la que se habían manifestado una serie de dudas en relación con la posibilidad de que el mismo pudiese calificarse como “juicio”. La duda planteada a la Consulta por la Corte de Casación surgió, en efecto, en el ámbito de un juicio previsto simplemente para la enunciación de un principio de derecho en el interés objetivo de la ley.

Parecía tratarse, entonces, de un proceso dirigido exclusivamente al interés público a la obtención (*pro futuro*) de la correcta y uniforme interpretación de la ley, sin tener ninguna relevancia ni la resolución de la controversia concreta, ni, por ende, los intereses subjetivos¹⁰³.

La Corte constitucional, sin embargo, afirmó que era “indudable” la inherencia de la enunciación del principio de derecho a la función jurisdiccional, para luego concluir confirmando la presencia del requisito de la incidentalidad en este caso. Sin proporcionar en realidad una argumentación suficiente para fundamentar su decisión, se

¹⁰² Corte cost. n. 119 de 2015.

¹⁰³ Para el debate en el seno de la doctrina italiana sobre este asunto, vid. DE SANTIS, D., *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare “ex officio” il principio di diritto nell’interesse della legge*, en *Foro it.*, 2014, I, p. 346; DAL CANTO, F., *La Corte di Cassazione, il principio di diritto nell’interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, en *Foro it.*, 2014, I, P. 3450; ROMBOLI, R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 362, 3° comma, c.p.c.*, en *ConsultaOnline*, 5 maggio 2015, II, pp. 352 y ss.; RUOTOLO, M., *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, en *Riv. AIC* 6 de marzo de 2015, n. 1, pp. 7-8.

limitó a declarar que el respeto en este caso concreto del requisito antes mencionado derivaría “de la tarea de la Corte de Casación de enunciar el principio de derecho con fundamento en la norma que podrá derivar de la decisión de ilegitimidad constitucional y que será, en cada caso, ‘otra cosa’ con respecto a la misma”¹⁰⁴.

b) La relevancia: la “bifurcación” del concepto y la relación de instrumentalidad entre las dos fases del juicio incidental de constitucionalidad

Por lo que concierne ahora al requisito de la relevancia, en Italia este concepto se halla en el art. 23.2 de la ley 87/1953, según el cual el juez dicta el auto de planteamiento “en el caso en el que el juicio no pueda encontrar su solución prescindiendo de la resolución de la cuestión de legitimidad constitucional”¹⁰⁵. La relevancia¹⁰⁶ determina así la necesidad del carácter “concreto” del proceso constitucional y de la existencia de un fuerte vínculo entre las dos fases del mismo. Este requisito puede entoces, según como venga interpretado por la Corte, convertirse en una forma de limitar la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad (si interpretado restrictivamente). Justo por esta razón la doctrina más destacada¹⁰⁷ afirmó la naturaleza solo “normal” y no necesaria de la relevancia, interpretación que sin embargo no fue aceptada y aplicada por la jurisprudencia constitucional.

¹⁰⁴ “*Dal compito della Corte di Cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale e che sarà, in ogni caso “altro” rispetto ad essa*”, Corte cost. n. 119 de 2015.

¹⁰⁵ “*Qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale*”.

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

¹⁰⁶ Sobre el concepto de relevancia, vid., entre otros, DAL CANTO, F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en MALFATTI, E., ROMBOLI, R., ROSSI, E., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 145 y ss.; AZZENA, L., *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli, 2012.

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, G., *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1969, p. 1001.

La Corte constitucional, con jurisprudencia en este momento del todo consolidada, ha hecho expresa referencia a la necesaria influencia que el juicio constitucional tiene que ejercer en el proceso principal o a la circunstancia de que la correcta instauración del juicio *ad quem* requiera la existencia de una “*efectiva y concreta relación de instrumentalidad*” entre la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad y la definición del juicio. El concepto, pues, actualmente reconocido por la jurisprudencia constitucional es el de la influencia-inaplicación, es decir, en el sentido de que la eventual declaración de inconstitucionalidad tiene que poder llevar a la inaplicación en el juicio *a quo* de la norma declarada inconstitucional desde el día siguiente a la publicación de la sentencia estimatoria¹⁰⁸. En las próximas páginas volveremos sobre el tema de la relación entre las dos fases de la cuestión de inconstitucionalidad.

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

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

¹⁰⁸ “*Effettivo e concreto rapporto di strumentalità*”. Para más recientes precisiones de la Corte constitucional sobre este tema pueden verse las sentencias n. 241 de 2008 y la n. 306 de 2013.

la validez de las normas con rango de ley, posibilidad que el ordenamiento jurídico español reserva a un proceso constitucional distinto, el recurso de inconstitucionalidad.

Entonces, en el caso de comprobar la inconstitucionalidad de una disposición de ley que no resulta determinante para la resolución del procedimiento *a quo*, atendido su objeto propio, el TC ha llegado a excluir por irrelevante, en muchas ocasiones, el enjuiciamiento constitucional planteado en vía incidental.

El razonamiento del TC ahora mencionado se funda en la previsión constitucional del art. 163 (“*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*”) y en el art. 35 de la Ley Orgánica del TC, que reproduce cuanto establecido en la CE, añadiendo que el órgano judicial que plantee la cuestión de inconstitucionalidad deberá, entre otras cosas, “*especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”.

La necesidad que la disposición que se vaya a impugnar en la CI tenga que utilizarse en el proceso en curso ante el juez ordinario que la plantee, es probablemente la única condición que, en lo que concierne al objeto del control de legitimidad constitucional, diferencia a un recurso de inconstitucionalidad de una CI: las normas que pueden impugnarse en el juicio incidental tienen que ser aplicables y relevantes para resolver el proceso en el que ha surgido la duda de constitucionalidad¹⁰⁹.

Esta condición nos reconduce también a la naturaleza concreta del proceso constitucional objeto de este trabajo, que encuentra necesariamente su principio en un caso particular que tiene que resolverse por la jurisdicción ordinaria en el respeto de la doble sujeción del juez a la Constitución y a la Ley.

Aunque pueda parecer (incluso de la lectura de la jurisprudencia constitucional¹¹⁰) que se trate de dos requisitos distintos, una parte de la doctrina considera la aplicabilidad un presupuesto de la relevancia, además de “*criterio principal para sostener la prejudicialidad de la cuestión de inconstitucionalidad*” e indudable

¹⁰⁹ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 77.

¹¹⁰ “*Ciertamente la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es en modo alguno suficiente. Así sucede, por ejemplo, cuando aún declarada la invalidez de la norma, de ello no se siga que el petitum de la demanda haya de satisfacerse por el mandato de otra que el actor supone aplicable en su defecto, o cuando la eventual declaración de invalidez solo surtiría efectos en un momento muy posterior a aquel que se creó la situación jurídica controvertida*”, STC 17/1981, FJ 4.

prueba del carácter concreto de este proceso constitucional¹¹¹. En efecto, aunque en la jurisprudencia constitucional se analice muchas veces de forma separada el juicio de aplicabilidad y el de relevancia, claramente no puede haberse relevancia si no hay aplicabilidad.

Algunas resoluciones del TC han permitido reconocer en la noción de relevancia un contenido añadido, que ha llevado a LOPEZ ULLA a hablar de “una bifurcación” de este concepto¹¹². En el ATC 260/1998, de 24 de noviembre, por ejemplo, el TC inadmitió la cuestión planteada porque el precepto legal enjuiciado, aunque se hubiese estimado inconstitucional, no podía considerarse determinante para resolver el proceso *a quo*. En efecto, la norma impugnada tenía acomodo en otra disposición legal distinta, que no formaba parte del objeto del juicio de constitucionalidad y que por lo tanto no se habría visto afectada por la eventual declaración de inconstitucionalidad; esta circunstancia habría llevado entonces a la aplicación de la norma declarada inconstitucional por estar incluida también en otra ley. De este modo lo que el TC releva no es la falta de relevancia de la norma enjuiciada en sí misma, sino la irrelevancia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada.

2. Tres puntos a destacar relacionados con los requisitos:

d) El control de los requisitos de la CI: el papel del juez ordinario y de las cortes constitucionales

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

¹¹¹ CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 330. SOSPEDERA NAVAS también observa como el requisito de la aplicabilidad constituiría “*uno de los presupuestos necesarios para apreciar la relevancia en la resolución del proceso*”, configurando una de los cuatros juicios valorativos que tienen que sucederse cronológicamente para que se cumpla correctamente el juicio de relevancia, SOSPEDERA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 163 y 165.

¹¹² LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 79.

El primero concierne al sujeto que tiene que valorar la presencia en el caso concreto de la relevancia. Si resulta evidente que dicho sujeto tiene que ser el juez *a quo*, un problema específico es el que se ha manifestado en relación a la posibilidad (y a los límites) de los Tribunales constitucionales de controlar la valoración llevada a cabo en tal sentido por el juez ordinario.

En Italia por ejemplo, aunque, especialmente en los primeros años de funcionamiento de la Corte, la doctrina prevalente se hubiese declarado contraria a un control semejante porque consideraba el juicio sobre la relevancia una competencia exclusiva del juez *a quo*, el Alto Tribunal ha llevado a cabo sin embargo un cierto control¹¹³, llegando en ocasiones a negar que en determinados casos la cuestión pudiese considerarse relevante (porque la norma no era aplicable y relevante para el caso, y no por equivocarse el juez ordinario en la exteriorización del juicio de relevancia)¹¹⁴. Dicho en otras palabras, la Corte constitucional ha advertido al juez que, en contraposición con lo que él mismo hubiera sostenido, la norma cuya constitucionalidad dudaba, no era relevante para el caso. Todo esto puede tener el riesgo de producir una situación de evidente incordio para el juez *a quo* que considere, por contra, que debe aplicar una determinada disposición para resolver su caso; el órgano judicial se encontraría en la circunstancia de tener que elegir entre aplicar una norma sobre la que tiene dudas en relación a su conformidad con la Constitución o tener que dejar de aplicarla directamente (conducta en contraste con los principios de un sistema concentrado de justicia constitucional)¹¹⁵.

La doctrina italiana más autorizada aplica estas mismas consideraciones por lo que concierne al requisito de la incidentalidad. En efecto, en opinión de BARILE “*la competencia sobre la incidentalidad corresponde al juez a quo: la clave de la Corte constitucional está en sus manos; una vez abierta la puerta de la Corte, no puede la*

¹¹³ La Corte constitucional suele en todo caso precisar que el juicio sobre la relevancia compete al juez ordinario y que el control ejercitado por ella es solo un control “externo” (Corte cost. n. 27 de 2006 y n. 50 de 2007).

¹¹⁴ Es este el caso de muchísimas decisiones de inadmisibilidad (simple o manifiesta) en razón de la falta del requisito de la relevancia emitidas por la Corte constitucional en sus más de sesenta años de actividad. Aún más numerosas son las decisiones con las que la Corte declara la manifiesta inadmisibilidad de cuestiones de inconstitucionalidad declarando que el juez no había motivado de forma adecuada la relevancia de la cuestión.

¹¹⁵ A este respecto puede verse la decisión n. 418 de 2005.

Corte misma volver a cerrarla, así como no podría abrirla contra la voluntad del juez a quo”¹¹⁶.

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

En conexión con este primer aspecto relacionado con los requisitos exigidos para plantear una CI, queremos poner de relieve la importancia de la identificación del momento concreto en el que el juez tiene que valorar la presencia de estos mismos, en particular de la relevancia de la cuestión.

¹¹⁶ “*La competenza sull’incidentalità spetta al giudice a quo: la chiave della Corte costituzionale è nelle sue mani; aperta la porta della Corte, non può la Corte stessa richiuderla, così come non potrebbe aprirla contro la volontà del giudice a quo*”, BARILE, P., *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi provvedimento*, en *Giur. Cost.*, 1957, p. 677.

La Corte constitucional italiana, quitando algunas incertidumbres manifestadas en el pasado, ha consolidado su parecer afirmando que el momento tiene que ser aquel en el que el juez emita el auto de planteamiento¹¹⁷.

En España el art. 35.2 LOTC afirma que: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese*”¹¹⁸, declarando entonces que momento en el que llevar a cabo el Auto de planteamiento tiene que ser en el momento de dictar sentencia. En un ejemplo muy reciente puede verse como el TC inadmite (en este caso con sentencia) una cuestión pues la misma se planteó en un momento procesal inadecuado¹¹⁹.

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

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

Los requisitos a los que hemos dedicado estas páginas evidencian sin dudas, como hemos podido ya aludir en algunas ocasiones, la existencia de una peculiar relación de instrumentalidad entre estos dos momentos del control de legitimidad constitucional de las leyes.

El aspecto interesante es determinar qué tipo de vínculo existe, pero aún más cuales son las implicaciones que derivan de esta relación. Responder a estas cuestiones puede terminar por acercarnos a una concepción u otra (incluso opuesta) sobre la naturaleza del juicio incidental, y sobre su rol en la protección de los derechos.

En Italia, por ejemplo, la opinión prevaleciente apunta a considerar independientes y autónomas las dos fases del proceso. La doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que, por ejemplo, tienen que considerarse sin ninguna influencia los cambios en la normativa en cuestión o los hechos sobrevenidos que puedan tener consecuencias en la prosecución del proceso *a quo*.

¹¹⁷ Más adelante analizaremos las consecuencias que tienen en el juicio *ad quem* los “acontecimientos” que atañen el proceso principal, a saber, los cambios en la normativa objeto de la cuestión, los hechos sobrevenidos, etc.

¹¹⁸ El texto original del art. 35 LOTC fue modificado para añadir la expresión “o la resolución jurisdiccional que procediese”.

¹¹⁹ STC 23/2017, de 16 de febrero.

La extinción del mismo, en efecto, no provoca la extinción del juicio *ad quem*. Esta circunstancias puede provocar situaciones de evidente indefensión para las partes del proceso ante la jurisdicción ordinaria, por el hecho que, por ejemplo, los plazos habituales de resolución de la Corte son tan largos que con muchas probabilidades (o casi con certeza) la decisión sobre la cuestión no podrá tener consecuencias en el caso concreto objeto del juicio principal.

Según la doctrina italiana, si el nexo entre la fase *a quo* y la *ad quem* se interpretara en otro sentido, serían muchas las cuestiones de inconstitucionalidad en las que podríamos casi pensar en una suerte de irrelevancia automática, conexas con el tipo de normativa. Así, por ejemplo, en todos los casos en los que el objeto de la duda de constitucionalidad sea una disposición relativa al reconocimiento o a la limitación de un derecho que tiene por obligación que ejercitarse dentro de un determinado arco temporal (puede pensarse por ejemplo a la interrupción voluntaria del embarazo que es posible, en determinados casos, solo en los primeros tres meses de gestación; o muchos otros), el juez no debería poder elevar una cuestión de inconstitucionalidad.

Además, en una sentencia todavía reciente¹²⁰, la Corte constitucional afirmó que, en razón de la autonomía del juicio constitucional con respecto del proceso *a quo*, no es necesario que esté presente un interés sustancial de una de las partes en relación con la admisión de la cuestión, siendo sin embargo suficiente que la norma de dudosa constitucionalidad sea necesaria para la resolución del juicio y siendo irrelevante la cuestión de hecho con respecto a si las partes del juicio *a quo* puedan o no beneficiarse de los efectos de la decisión con la que se cierra el juicio mismo.

En España (sorprendentemente, como comentaré al final de este apartado), parece que la doctrina y la jurisprudencia apunten, sin embargo, a una situación de mucho más estrecha interdependencia entre las dos fases del juicio. Ya hemos visto en el ATC 260/1998, de 24 de noviembre, como sea necesario que el requisito de la relevancia se extienda también a la decisión del TC, siendo imprescindible que la declaración de inconstitucionalidad tenga efectos en el juicio *a quo*.

Estas consideraciones nos permiten reconocer un punto a favor de la que hemos denominado “el alma subjetiva” de la CI y de la necesaria conexión entre el juicio *a quo* y el juicio ante al Juez constitucional. El control de constitucionalidad de las normas en

¹²⁰ Corte const. n. 241 de 2008.

vía incidental no representa únicamente una modalidad de depuración del ordenamiento jurídico de las leyes inconstitucionales, sino que mantiene durante todo su desarrollo una estrecha vinculación con el caso concreto y con las consecuencias que la estimación de la cuestión pueda provocar sobre el mismo. El carácter concreto, entonces, no tendría una existencia limitada al momento en el que surge la cuestión de legitimidad constitucional, sino que perduraría durante la fase *ad quem*.

Podemos además mencionar otras circunstancias que marcan otro punto a favor del “alma subjetiva” y testimonian la vinculación de la cuestión de inconstitucionalidad con el supuesto concreto y con los derechos e intereses que en él se intenta tutelar.

Veremos que existen circunstancias que determinan la conclusión de una CI sin llegar a una decisión sobre el fondo sino a una de inadmisión, algunas que atañen estrictamente los sucesos del proceso principal, y otras que la jurisprudencia reconduce generalmente a la “perdida de objeto de la cuestión”.

Entre las primeras, y contrariamente a lo que sucede en Italia (como acabamos de ver) no hay dudas en la doctrina ni en la jurisprudencia constitucionales españolas de que, en el caso en el que el proceso ante la jurisdicción ordinaria se cierre por acontecimientos que conciernen, por ejemplo, a las partes (puede pensarse al caso de desistimiento), se interrumpe automáticamente también la fase *ad quem*. Se considera, en efecto, que en estos casos la cuestión pierde su carácter concreto y que la decisión del TC ya no tiene ninguna relevancia para resolver el supuesto concreto (de hecho, ya concluido). Ejemplos de este tipo corroboran una vez más la existencia de un estrecho vínculo entre el juicio de legitimidad constitucional sobre una norma de ley y la circunstancia determinada y real de la que este trae su origen, además de la necesidad de que el carácter concreto y el requisito de la relevancia perduren hasta el momento de la decisión del Alto Tribunal.

A las consecuencias de la pérdida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad dedicaremos suficiente atención en el apartado dedicado, precisamente, al objeto de este proceso constitucional.

Sin embargo, merece la pena mencionar aquí un caso muy peculiar resuelto recientemente por el TC, que ha sentado una doctrina ya aplicada en muchas otras decisiones.

En 2015 el Tribunal Constitucional resolvió con la STC 83/2015, de 30 de abril, un caso en el que declaró la extinción de la cuestión por pérdida sobrevenida del objeto

de la misma. Sin embargo, a nuestro parecer, es oportuno analizar el supuesto en este momento porque se trataría en efecto de un caso emblemático que concierne al respeto de los requisitos analizados en estas páginas y que nos permite entender el rol de la CI en la protección de los derechos e intereses de los individuos.

Esto porque no se llega a la inadmisión de la CI por razones estrictamente relacionadas con la norma objeto de la CI (en razón por ejemplo, de una modificación o derogación de la norma enjuiciada en el proceso constitucional, o porque hubiera una decisión anterior del TC que declarase la inconstitucionalidad de la misma), sino porque la decisión del TC había perdido relevancia, pues hubo satisfacción extraprocésal de los intereses de las partes del proceso *a quo*.

Resumiendo el caso, se cuestionaba la legitimidad constitucional de un precepto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que suprimió la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para todo el personal del sector público. Se planteó entonces la cuestión ya que la supresión de la gratificación extraordinaria podía vulnerar el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales, en el caso de que los trabajadores no recibieran la parte proporcional (14 días) de la paga extraordinaria de diciembre de 2012. Sin embargo, con posterioridad al planteamiento de la presente cuestión, se aprobó la Ley 36/2014, de presupuestos generales del Estado para el 2015 que tuvo como efecto permitir a los trabajadores afectados de recuperar la parte proporcional de la gratificación extraordinaria reclamada y de obtener así la satisfacción extraprocésal de la pretensión aducida en el pleito ordinario que originó el proceso constitucional. El TC, después de reiterar su doctrina (que analizaremos más adelante) sobre la extinción de la CI en casos de *ius superveniens*, aplica su anterior jurisprudencia sentada¹²¹ que se refiere a los casos de alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada.

Afirma, en efecto, el Alto Tribunal, recordando el contenido de los arts. 163 CE y 35.1 LOTC sobre el imprescindible juicio de aplicabilidad y relevancia, que “*resulta notorio que las alteraciones sobrevenidas en la relevancia de la norma cuestionada para la resolución del proceso a quo han de incidir necesariamente en el proceso constitucional*”. En opinión del TC, el requisito de la relevancia no tiene que estar presente solo en el momento en el que el juez plantee la CI, sino también “*las*

¹²¹ Para todas, STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2.

modificaciones sobrevenidas en la relevancia han de influir necesariamente en la suerte del proceso constitucional abierto”.

Recuerda el Constitucional que, aunque exista en casos como éste “*un notorio interés público y general en la depuración del ordenamiento jurídico y en la conformidad con la Constitución de las normas que lo integran, el constituyente ha configurado la cuestión de inconstitucionalidad en estrecha relación con el proceso judicial en el que la aplicación de la norma cuestionada sea necesaria, hasta el punto de que de su validez dependa el fallo que ha de recaer*”¹²².

La Sentencia declara, por tanto, la pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2015, que permitió la recuperación de la parte proporcional de la gratificación extraordinaria reclamada por los recurrentes y supuso la satisfacción extraprocésal de la pretensión deducida en el proceso laboral sobre la que se articula la cuestión ahora analizada (siendo la satisfacción extraprocésal uno de los posibles supuestos de extinción de la cuestión de inconstitucionalidad¹²³).

Concluye el Alto Tribunal afirmando que “el enjuiciamiento constitucional de la norma cuestionada sigue siendo posible y esta plantea un problema constitucional de interés”, pero que “*ya no se trataría de un juicio de constitucionalidad en concreto, al que se refiere el art. 163 CE, sino en abstracto, sin efectos para el caso, lo que resulta improcedente en toda cuestión de inconstitucionalidad*”¹²⁴.

Es evidente, entonces, como el TC muestre la necesidad de la diferenciar entre los dos instrumentos de depuración del ordenamiento jurídico de las normas con rango de ley inconstitucionales que él mismo menciona, el concreto y el abstracto. Es más: el carácter concreto de la cuestión de inconstitucionalidad se demuestra una característica imprescindible y que tiene necesariamente que perdurar durante toda la duración del proceso constitucional, y no solo presente en el momento de la proposición del juicio incidental como afirmaba la mayoría de la doctrina.

¹²² La Sentencia cita jurisprudencia anterior sobre esta temática: AATC 945/1985, de 19 de diciembre, FJ único; 57/1999, de 9 de marzo, FJ 2; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único.

¹²³ STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3. Véanse también las siguientes resoluciones: STC STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 2; AATC 945/1985, de 19 de diciembre; 723/1986, de 18 de septiembre; y 485/2005, de 13 de diciembre.

¹²⁴ STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3. Véanse también las siguientes resoluciones: STC STC 6/2010, de 14 de abril, FJ 3; AATC 340/2003, de 21 de octubre, FJ único; y 75/2004, de 9 de marzo, FJ único.

Una distinta reflexión que surge a raíz de este caso, y que es aún más interesante en relación con el propósito de este trabajo de investigación (averiguar y demostrar el rol de la CI en la protección de los intereses de los individuos), se desarrolla en relación con la *ratio decidendi* del caso. En efecto, si el TC llega a declarar que la satisfacción extraprocesal de los intereses de las partes lleva a la extinción de la CI (que se queda sin objeto), es evidente como la CI no puede considerarse exclusivamente un medio de depuración del ordenamiento. El propósito del proceso constitucional no puede ser otro que la protección de los derechos e intereses de las partes, mientras que el interés general a la eliminación de las leyes inconstitucionales pasaría en un segundo plano.

Estas reflexiones parecen casi paradójicas, sobre todo tratándose aquí de un estudio comparado. Y esto porque tradicionalmente en España la doctrina y la jurisprudencia constitucional han reconocido la CI como instrumento de depuración del ordenamiento, mientras que en Italia se ha siempre defendido su rol en la tutela de los derechos. Sin embargo, el análisis que acabamos de presentar parece probar el exacto contrario.

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

El tercer y último aspecto que queremos destacar se refiere a los casos en los que la Corte constitucional italiana haya considerado conveniente alejarse de la interpretación general (y muy estricta, como hemos apuntado, contrariamente a cuanto recomendado por ZAGREBELSKY) de la relevancia, por la circunstancia de que la misma habría producido una posible reducción (o incluso la total exclusión) de la tutela de los derechos fundamentales. Este supuesto se ha presentado por ejemplo en relación con el control de las normas penales más favorables, que deberían de considerarse institucionalmente irrelevantes. Después de declarar durante muchos años irrelevantes las cuestiones que tenían como objeto dichas disposiciones, la Corte, desde el año 1983, ha declarado tener la posibilidad de entrar en el fondo de estas cuestiones, observando cómo la eventual decisión de inconstitucionalidad habría influido de todas formas en la decisión de sobreseimiento¹²⁵.

¹²⁵ Corte cost. 6 de julio de 1983, n. 210.

Todavía más evidente en relación con la efectiva tutela de los derechos garantizados por la Constitución, es el caso referente a la posibilidad de que el juez plantee una cuestión de inconstitucionalidad en el ámbito de un juicio dirigido a obtener una medida cautelar. Se trataba en concreto de encontrar una conciliación entre las exigencias propias de esta tipología de juicio y la jurisprudencia constitucional que negaba la relevancia en los casos en los que el juez ordinario hubiese ya aplicado la disposición de dudosa constitucionalidad. La alternativa que parecía presentársele al juez ordinario era bien elevar la cuestión de inconstitucionalidad (con el riesgo, y en algunos casos la certeza, de que la respuesta del Alto Tribunal habría llegado demasiado tarde), o bien conceder la medida cautelar aunque dudara de la constitucionalidad de la disposición. Modificando su jurisprudencia, la Corte ha consentido en estos casos que el juez, en el mismo momento de la emisión de la orden de reenvío, pudiese con un acto jurídico separado suspender los actos impugnados en vía provisoria y temporal hasta la conclusión del incidente de constitucionalidad¹²⁶. La Corte ha respaldado, en efecto, una definición más amplia de relevancia y ha afirmado que el juez puede elevar cuestiones de legitimidad constitucional en ámbito cautelar, tanto cuando no conceda la medida cautelar, como cuando sí otorgue la misma, siempre y cuando dicha concesión no provoque el definitivo agotamiento del poder cautelar del que el juez dispone en aquel juicio¹²⁷.

¹²⁶ Para una opinión doctrinal v.: VUOLO, A., *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, en ANZON, A., CARETTI, P., GRASSI, S. (Coords.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Anzon, Torino, 2000, pp. 693 y ss.

¹²⁷ En opinión del Alto Tribunal, la consecuencia es que la cuestión de legitimidad constitucional es inadmisibile – además de que, obviamente, si la medida es expresamente negada- cuando la misma se conceda con fundamento en razones, con respecto al *fumus boni juris*, que prescindan de la falta de fundamento no manifiesta (“*non manifesta infondatezza*”) de la cuestión misma y que la *potestas iudicandi* no pueda considerarse agotada cuando la concesión de la medida cautelar es fundada, siempre con respecto al *fumus boni juris*, en la falta de fundamento no manifiesta de la cuestión de legitimidad constitucional. En este caso, la suspensión de la eficacia del acto impugnado tiene que considerarse de carácter provisoria y temporal hasta la resolución del juicio incidental de constitucionalidad y que la suspensión *ex art. 23 l. 8/1953* concierne también, de forma consiguiente, la fase cautelar del juicio administrativo. Del éxito del juicio de legitimidad constitucional van así a depender las consecuencias sobre el orden cautelares ya emitido.

Sobre este tema, entre la abundante jurisprudencia, pueden verse: Corte cost. n. 25 de 2006, n. 393 de 2008, n. 151 de 2009, n. 128 e n. 236 de 2010, n. 211 de 2011, n. 102 del 2012, n. 83 e n. 325 de 2013.

De todas formas el juez parece probablemente haber superado las fronteras del sistema incidental italiano de control de las leyes por considerarse en cierto modo habilitado para realizar una ponderación entre el carácter concentrado del control de constitucionalidad de las leyes y el principio de efectividad de la tutela judicial, afirmando que lícito (cuando los intereses involucrados lo necesiten) ejercitar una forma limitada de control difuso que permita la concesión de la suspensión del acto impugnado y reenviando el control de la Corte con efectos *erga omnes* a la fase sobre el fondo de la cuestión (Cons. Stato, ad. Plen., ord. 20 dicembre 1999, n. 2, *Foro it.*, 2000, III, 9).

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

En referencia al posible objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, las normativas nacionales de los dos Países aquí analizados concuerdan en reconocer la posibilidad de impugnar a través del juicio en vía incidental “*leyes o actos con fuerza o rango de ley*”¹²⁸.

Se hace, entonces, evidente la limitación en la tutela de los derechos en el caso de que la supuesta lesión de estos mismos no derive de una específica ley o acto con fuerza de ley.

La jurisprudencia constitucional italiana, por ejemplo, mantiene una doctrina constante a este respecto, entendiendo que el objeto de un juicio en vía incidental puede ser solo una ley ordinaria (u otra norma con este rango, como veremos en las próximas páginas), aunque haya admitido la posibilidad que pueda serlo en casos específicos una ley constitucional; pero nunca un acto normativo de naturaleza secundaria¹²⁹.

También en España, según la LOTC, que especifica un poco más el dictado constitucional, la cuestión de inconstitucionalidad tiene que tener como objeto una ley o una norma con rango de ley¹³⁰.

En la experiencia constitucional, se ha consolidado la interpretación según la cual no hay que considerar que constituya el objeto de una CI sólo la lectura literal del

¹²⁸ En España el art. 163 de la CE afirma: “*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos*”; el art. 134.1 de la Constitución italiana declara: “*La Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni*”.

¹²⁹ Véanse, solo como ejemplo de una jurisprudencia absolutamente consolidada, las sentencias de la Corte constitucional nn. 10, 34, 137 de 2011 y las nn. 80 y 156 de 2013.

¹³⁰ El apartado primero del art. 35 LOTC afirma que pueden ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad las normas con rango de ley, reproduciendo el contenido del art.163 CE. El apartado segundo del mismo artículo de la LO precisa que el órgano judicial que quiera plantear una CI tiene que concretar en el Auto de planteamiento “*la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona*”.

Un tema recurrente sobre todo en los primeros años de funcionamiento del TC y que ahora resulta casi obsoleto en España (pero que merece la pena de ser mencionado en un trabajo en el que se comparen diferentes ordenamientos jurídicos) es la posibilidad para los jueces ordinarios de enjuiciar a través del control incidental las disposiciones con rango de ley aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de la CE.

precepto, cuanto (y sobre todo) la *norma* que derive de la labor de interpretación y de la hermenéutica llevadas a cabo por el órgano que quiera plantear la cuestión.

Si es cierto entonces que el objeto de una CI será habitualmente una disposición de ley (o con fuerza de ley) así como interpretada por el juez ordinario en relación con un caso concreto, al mismo tiempo es importante tener presente que este tipo de proceso constitucional no puede activarse con la finalidad de que un órgano jurisdiccional dirija a los tribunales constitucionales una duda interpretativa que concierna la norma relevante para el caso específico.

El TC español, por ejemplo, recuerda en muchas sentencias que *“Al respecto, cabe señalar, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que la finalidad de la cuestión de inconstitucionalidad no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad, surgidas entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal para lo cual el ordenamiento jurídico dispone de otros cauces. Su función se reduce al enjuiciamiento de la conformidad a la Constitución de una norma con rango de ley que sea aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo”*¹³¹.

El Auto de planteamiento tiene que precisar, entre otras cosas, la disposición objeto de la cuestión. Se atribuye por lo tanto al juez ordinario la tarea de especificar el precepto de dudosa constitucionalidad aplicable y relevante en el caso concreto. Sin embargo en muchas ocasiones el TC ha llegado a modificar o precisar el objeto de su inminente examen de constitucionalidad¹³². Permitir una cierta flexibilidad en la fase de admisión de la CI (y en este caso con respecto a la delimitación del objeto del proceso de enjuiciamiento constitucional) garantiza sin dudas una mayor atención a la tutela de los derechos y de los intereses de los sujetos involucrados en el proceso *a quo*, al mismo tiempo que una más efectiva protección del ordenamiento en su conjunto (y por esto también de los derechos fundamentales en general), que se ve depurado solo de aquellas disposiciones que efectivamente resulten inconstitucionales (en algunos casos incluso que no habían sido objeto de una CI desde el momento de su planteamiento).

¹³¹ Entre las más recientes: STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2 c). Se citan también: SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2; y 114/1994, de 14 de abril, FJ 2; ATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2.

¹³² Se podrían citar muchísimas resoluciones sobre este tema. Solo a título de ejemplo, véanse: STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 2 a), b), c); STC 87/2014, de 12 de junio, FJ 3; ATC 84/2016, de 26 de abril, FJ 2 y ATC 71/2016, de 12 de abril, FJ 3. En doctrina, entre otros: LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMP, PABLO (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 70 y ss.

En el anterior párrafo, hemos mencionado la posibilidad de que se produzca la pérdida del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad. En particular, hemos hecho referencia a aquellos casos en los que se detecte la irrelevancia sobrevenida de una cuestión en razón por ejemplo de la satisfacción extraprocesal de las pretensiones de las partes del proceso *a quo*, o en supuestos de extinción del proceso ordinario (en caso de desistimiento de una de las partes, por ejemplo).

Existen otros supuestos, más estrictamente relacionados con el objeto de la CI, aunque sigan conduciendo nuestra atención al nexo que une las dos fases del juicio incidental de legitimidad constitucional, y que merece la pena de examinar en este momento del análisis.

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional española se ha pronunciado en relación a los efectos que pueden derivar para el juicio *ad quem* del *ius superveniens*. El TC reconoce como regla general, sentada en su jurisprudencia consolidada, que “*ni la derogación ni la modificación de la norma cuestionada provocan la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión, ya que la aplicabilidad de la norma en el proceso a quo, con el enunciado vigente en el momento de plantearse la cuestión, puede seguir requiriendo el juicio de constitucionalidad*”¹³³. Si los preceptos cuestionados siguen siendo aplicables al proceso *a quo*, el requisito de la relevancia sigue perviviendo y el proceso *ad quem* tiene que concluirse con una decisión del TC sobre la validez o invalidez de la norma enjuiciada.

De esto descende automáticamente que, cuando la derogación o modificación normativa determinan que ya no resulte aplicable al proceso *a quo* la norma cuestionada, o que de su validez no dependa la decisión a adoptar en el mismo, se produce la extinción de la CI, por desaparición sobrevenida de su objeto¹³⁴.

En segundo lugar, en otros casos el TC ha declarado la inadmisibilidad de la CI por considerarla notoriamente infundada cuando la misma tenía como objeto una norma ya declarada inconstitucional y nula en otra sentencia de inconstitucionalidad anterior¹³⁵. En efecto, también en circunstancias semejantes se aprecia la desaparición del objeto de la CI, aunque en estos supuestos no se deba a la intervención del legislador.

¹³³ STC 227/2016, de 22 de diciembre, FJ 2; también en la ya citada STC 83/2015, de 30 de abril, FJ 3.

¹³⁴ Por todas, véanse la STC 101/2012, de 8 de mayo, FJ 2.

¹³⁵ Véase, por ejemplo, el ATC 70/2016, de 12 de abril.

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

Puede darse el caso (y efectivamente se ha dado en múltiples ocasiones) que falte en el ordenamiento jurídico el desarrollo normativo de determinados preceptos de la Constitución; que se presenten, es decir, las denominadas “lagunas legislativas”, debidas principalmente a la inactividad del legislador¹³⁶.

La doctrina se ha frecuentemente interrogado sobre la posibilidad de controlar (y sancionar) la inactividad del legislador, y sobre cual deberían de ser los remedios prácticos y más inmediatos a esta eventualidad.

Entre los Autores que avalan la necesidad de ciertas formas de control, los argumentos utilizados han sido principalmente la necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución y su carácter normativo¹³⁷. En efecto es evidente la importancia de que se establezcan mecanismos que eviten situaciones en las que la Carta fundamental no pueda desplegar su eficacia en consecuencia de la omisión (en muchos casos muy consciente y voluntaria) del legislador. La función de la Constitución y la efectividad de sus valores terminarían así por perder su trascendencia en el ordenamiento.

Sin embargo, muchos han sido también los argumentos en contra de este primer planteamiento. Es indudable que uno de los pilares de la estructura de nuestros sistemas jurídicos es el reconocimiento de la libertad de conformación del legislador (claramente en atención del contenido de la Constitución) y el respeto de sus decisiones que responden al rol político que desempeña el órgano legislativo en el sistema de separación de los poderes del Estado.

¹³⁶ Las omisiones legislativas pueden ser absolutas (o totales) y relativas (o parciales), formales y materiales, etc. Para un estudio detallado de este tema en relación con el control de constitucionalidad pueden verse: FERNANDEZ RODRIGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998 y VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

¹³⁷ Anticipando aquí algunas de las consideraciones a las que se dedican las páginas siguientes, GOMES CANOTILHO afirmó que “*la expresa previsión de la inconstitucionalidad por comportamientos omisivos del legislador es una consecuencia lógica y necesaria del carácter predominantemente prescriptivo y supremo de la Constitución*” (“*a expressa consagração da inconstitucionalidade por comportamentos omisivos do legislador é uma consequência lógica e necessária do carácter predominantemente prescriptivo e dirigente da Lei Fundamental*”), GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 354. Aunque el Autor se refiriese al ordenamiento portugués, las mismas consideraciones pueden claramente aplicarse a los contextos analizados en este trabajo.

Resultaría entonces difícil configurar una forma de control de las omisiones legislativas que no produjera una verdadera irrupción en las prerrogativas del legislador.

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

Se ha planteado también la posibilidad de permitir el control de constitucionalidad en caso de silencio del legislador; entendiendo estos mismos como omisiones posiblemente inconstitucionales, pueden en efecto enjuiciarse como objeto de un juicio de legitimidad constitucional, sea esto abstracto o concreto.

Quedándonos en el ámbito de la justicia constitucional para encontrar los remedios a esta situación de hecho que con muchas probabilidades puede perjudicar los derechos e intereses de los individuos, pueden hallarse entre los instrumentos idóneos y sin dudas muy utilizados por los Tribunales constitucionales las sentencias interpretativas aditivas, con las que el Alto Tribunal proporciona directamente aquel contenido que considera idóneo para remediar a la inercia del órgano legislativo y dirige a este unas advertencias (*monitos*, en italiano), denunciando los perjuicios que derivan de su inactividad¹³⁸.

En relación con las omisiones del legislador, el sistema de justicia constitucional italiano no prevé la posibilidad de que la Corte constitucional llegue a sancionar el legislador, tampoco en aquellas circunstancias en las que la inercia se traduzca en una limitación o vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución.

La Consulta ha intentado corregir en cierta medida esta situación a través de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición normativa no en relación al contenido de la misma, sino con base en el contenido que faltaba en la misma. Utilizando las palabras de la Corte, una determinada norma viene declarada inconstitucional “*en la parte en la que no establece que...*”¹³⁹.

¹³⁸ En la misma línea también podemos mencionar aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma pero no su nulidad o que difieren los efectos de la declaración de nulidad en el tiempo, para dejar al legislador un periodo para que actúe eliminando la laguna legislativa, incluyendo muchas veces unas directrices a seguir. En estos supuestos, sin embargo, la laguna legislativa no se debe a la inercia del legislador sino a la intervención de los Tribunales constitucionales como legislador negativo. Estos temas, relativos a las tipologías de decisiones desarrolladas por los Altos tribunales, se tratarán con más detalle en el Cap. IV.

¹³⁹ “... *nella parte in cui non prevede che...*”. Pueden verse, por ejemplo, las recientes sentencias de la Corte constitucional nn. 7, 64, 129 y 201 de 2016.

El juez ordinario ante el que el ciudadano solicita la tutela de un derecho previsto en Constitución no puede, por lo tanto, utilizar el instrumento del juicio en vía incidental en los casos en los que falte una ley o un acto con fuerza de ley que pueda alegarse como objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

De todas formas, y como ya se ha mencionado poco antes, la omisión del legislador no debería poder anular la existencia o la tutela de un derecho; esta circunstancia contrastaría directamente con el significado mismo de una constitución (sobre todo con su rigidez y su fuerza normativa directa) y del constitucionalismo, a través de los cuales el Constituyente ha querido imposibilitar, o por lo menos obstaculizar, a la mayoría parlamentaria en el caso en el de que quisiera limitar los derechos reconocidos en la Norma Fundamental. Y todo esto vale no solo con respecto a la forma activa de intervención del legislador, es decir a través de la aprobación de una ley que choque con los principios constitucionales, sino también con la simple abstención, que constituye ella misma una expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha exhortado en muchas ocasiones al juez ordinario a que busque él mismo la solución y a que garantice la tutela de los derechos fundamentales utilizando directamente los principios constitucionales. Se afirma, en efecto, en estos pronunciamientos que *“corresponde al juez, a través del pleno ejercicio de las facultades de interpretación de la ley y del derecho, resolver de forma conforme a la Constitución el problema que la laguna interpretativa averiguada determina en ciertos casos”*¹⁴⁰ o que *“en la eventual situación de insuficiencia legislativa, compete al juez buscar en el conjunto del sistema normativo la interpretación idónea para asegurar la protección de los ahora mencionados bienes constitucionales”*¹⁴¹.

¹⁴⁰ *"Spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina"*, Corte cost. n. 11 de 1998, relativa a la sanción penal dirigida a los sujetos que se negaban al servicio militar obligatorio sin haber sido admitidos en el servicio civil sustitutivo. En este caso concreto no había llegado la respuesta a la demanda de admisión al servicio civil dado que el demandante se había mientras tanto marchado por razones de salud. La falta de contestación (ahora imposible) llevaba absurdamente a la aplicación al sujeto la sanción penal ahí prevista. La Corte ha reconocido que dicha situación sería evidentemente inconstitucional, pero ha negado que esta misma pueda provocarse por la aplicación de la normativa enjuiciada. El Alto Tribunal ha solicitado por lo tanto al juez *a quo* que encuentre la solución jurídica al problema en otra disposición del ordenamiento italiano, de forma que pudiesen evitarse las consecuencias de la aplicación de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁴¹ *"Nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali"* (Corte cost. n. 347 de 1998). En este caso, un hombre casado, después de haber expresado su consentimiento a la inseminación artificial de su mujer con semen de otro sujeto (la denominada inseminación heteróloga)

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

Ámbito privilegiado ha sido obviamente el de los derechos sociales y, en su seno, de forma más significativa, el derecho a la salud. Una vez reconocida la aplicabilidad directa del art. 32 de la Constitución italiana (derecho a la salud) también en las relaciones entre individuos, se ha reconocido el denominado “daño biológico”, es decir, la responsabilidad civil y la obligación de compensar económicamente los daños patrimoniales en sentido estricto, pero también todos los daños que, por lo menos en potencia, puedan obstaculizar las actividades en las que se desarrolla la persona¹⁴².

A pesar de la falta de una previsión normativa específica sobre las facultades de actuación del Juez constitucional en los supuestos de inercia del legislador (y más allá de la solución encontrada por los jueces ordinarios, es decir la aplicación directa de la

había pedido el desconocimiento de la paternidad del hijo nacido de dicha inseminación fundando su pretensión en el art. 235 C.C. italiano. Esta disposición establece la posibilidad de desconocer el hijo legítimo si se demuestra el propio estado de impotencia en el periodo entre el 300º día y el 180º día antes del nacimiento (situación en la que el hombre se hallaba).

La cuestión de constitucionalidad elevada pedía a la Corte la declaración de inconstitucionalidad del art. 235 C.C. en la parte en la que la misma era de aplicación también en los casos de los hijos nacidos con inseminación heteróloga. El Alto Tribunal ha afirmado que el art. 235 C.C., a pesar de la clara formulación literal, tenía que considerarse previsto para los casos de los hijos nacido como consecuencia de un adulterio y por esta razón no podía aplicarse en este caso concreto.

¹⁴² Para un estudio más completo de estas hipótesis, pueden verse: ONIDA, V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, IV, pp. 573 y ss.; SENESE, S., *Relazione*, en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 28 y ss.; ZAGREBELSKY, G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 109 y ss.; MORELLI, M. R., *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, en *Giust. civ.*, 1996, II, pp. 539 y ss.; PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, pp. 134 y ss.

Constitución) en un caso reciente parece sin embargo que la Corte Constitucional haya directamente declarado la inconstitucionalidad de una omisión legislativa.

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

La Ley italiana prevé, para casos semejantes, la disolución automática del matrimonio. Se planteò entonces una cuestión de inconstitucionalidad en relación con dicha normativa, resolviendo la cual la Corte (sentencia n. 170 de 2014) declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4.1 de la ley 164/1982 de 14 de abril en la parte en la que no establecen que la sentencia de rectificación de la atribución del sexo de uno de los cónyuges, que provoca la disolución del matrimonio o el cese de los efectos civiles que derivan de la transcripción del matrimonio, permita igualmente, si ambos cónyuges lo pidan, mantener en vigor una relación de pareja regulada jurídicamente a través de una diferente forma de convivencia registrada que proteja de forma adecuada los derechos y las obligaciones de la pareja misma, con las modalidades que establezca el legislador.

La doctrina se ha interrogado sobre los posibles efectos, para nada obvios, de la declaración de inconstitucionalidad: según algunos Autores las disposiciones objeto de la cuestión deberían aplicarse hasta la intervención del legislador, mientras que otros consideran que las mismas serían ya inaplicables¹⁴³.

¹⁴³ Para conocer las distintas opiniones expresadas en doctrina sobre este tema pueden verse BIANCHI, P., *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo* y BIONDI, F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, ambos en *Quaderni cost.*, 2014; BRUNELLI, G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, www.articolo29.it, 26 de junio de 2014; DI BARI, M., *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, en *Riv. Aic, Osservatorio costituzionale*, junio de 2014; PEZZINI, B., *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, www.confronticostituzionali.it, 17 de junio de 2014 y *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, www.articolo29.it, 15 de junio de 2014; RUGGERI, A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014, en Consultaonline*, 2014; SALAZAR, C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, www.confronticostituzionali.it, 27 de junio de 2014; VERONESI, P., *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, en *Studium Iuris*, 2014; WINKLER, M., *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci ed*

La razón de estas dudas proviene del hecho que la Corte en su motivación califica incluso como constitucionalmente necesaria la disposición declarada inconstitucional dado que la introducción de un divorcio “a petición” en los casos como éste objeto de la cuestión “*permetterla la prosecuzione del vincolo matrimoniale entre individui dello stesso sesso, in contrasto con el art. 29 Cost.*”¹⁴⁴.

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

En España la jurisprudencia constitucional se ha enfrentado a supuestos en los que se manifestaba la presencia de una omisión del legislador que podía suponer la vulneración de un derecho fundamental. Vamos a dar constancia de estos casos, aunque algunos no se hayan resuelto a través de unas CCI.

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

ombre, www.articolo29.it, 13 de junio de 2014; ROMBOLI, R., *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, en *Foro it.*, 2014, I, pp. 2680 y ss.

¹⁴⁴ “*Equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti dello stesso sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.*”, Corte const. sentenza n. 170 de 2014.

conciencia *ex art. 30.2 CE* como causa de suspensión provisional de la incorporación en el cuerpo militar¹⁴⁵.

Sin embargo es en la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada con respecto a unas disposiciones de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas en relación con el régimen jurídico de la unidad familiar, y resuelta con la STC 45/1989, de 20 de febrero, que el Constitucional aborda por primera vez el complicado tema de la intervención del TC en el caso en el que éste detecte una omisión del legislador generadora de una vulneración de derechos o intereses, y cuales los límites y los efectos de esta intervención.

El TC avisó de la presencia de una inconstitucionalidad de la normativa, debida a una laguna legislativa; afirmó, sin embargo, que en este caso la declaración de inconstitucionalidad no podía determinar nulidad alguna, al faltar un contenido legislativo¹⁴⁶ y añadió una “advertencia” al órgano legislativo, al declarar que *“le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica), cuya ilegitimidad constitucional, sea cual sea la fórmula utilizada (nulidad o simple inconstitucionalidad) hace jurídicamente imposible su aplicación al ejercicio de 1988, puesto que el impuesto a él correspondiente, aunque ya devengado, no puede ser liquidado y exigido de acuerdo con preceptos contrarios a la Constitución”*¹⁴⁷.

También más recientemente el TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema de la inconstitucionalidad por omisión. En la cuestión de inconstitucionalidad resuelta con la STC 138/2005, de 26 de mayo, se enjuició el párrafo primero del art. 136

¹⁴⁵ STC 15/1982, de 23 de abril. Posteriormente se presentaron otros casos de vulneración de un derecho fundamental debido a la inercia del legislador, en el que el TC volvió a interrogarse sobre la relación entre la omisión del legislador y la aplicación directa de la Constitución; podemos citar como ejemplo la jurisprudencia sobre los supuestos inherentes a la violación de los derechos de libertad de expresión e información por ausencia de una regulación del régimen de televisión por cable (entre otras: SSTC 31/1994, de 31 de enero; 47/1994, de 16 de febrero; 98/1994, de 11 de abril).

¹⁴⁶ El TC precisó en el FJ 11 que “La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión”.

¹⁴⁷ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

del Código civil (CC), por fijar ésta como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año en el que el marido puede ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial la fecha en que se produjo la inscripción de la filiación en el Registro Civil, siempre y cuando conociese el nacimiento del hijo. Se cuestiona únicamente esta regla, referida, como hemos dicho, al inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria y en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. El órgano judicial que planteó la duda de constitucionalidad alegó que la regla del párrafo primero del art. 136 CC podría ser inconstitucional “*al impedir que el cómputo del plazo de caducidad de la acción se inicie cuando quien es padre por presunción legal tenga el conocimiento de hechos que le induzcan a dudar de la verdad biológica de su paternidad*”¹⁴⁸. Lo que se impugna es entonces la falta de una previsión legislativa que proporcione este diferente régimen de plazo.

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

El Constitucional, además, volvió a dirigirse al órgano legislativo, declarando que “*la inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el dies a*

¹⁴⁸ STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 1.

quo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”¹⁴⁹.

Del análisis de estos casos, resulta evidente la utilización por parte de los Altos Tribunales de mecanismos de intervención en los supuestos de inercia del legislador (sea aplicar directamente la Constitución o declarar una inconstitucionalidad por omisión e intentar modular la eficacia de la sentencia), que le permiten cumplir en su tarea de protección de los derechos fundamentales¹⁵⁰.

¹⁴⁹ STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6.

¹⁵⁰ Pueden citarse muchos más ejemplos concretos en los que el TC se ha enfrentado a esta problemática. Entre otros: STC 156/2005, de 9 de junio, en la que se resuelve un caso idéntico al de la STC 138/2005 y se aplica por lo tanto la misma doctrina; STC 273/2005, de 27 de octubre; ATC 432/2005, de 13 de diciembre; STC 52/2006, de 16 de febrero (caso análogo al planteado en la STC 273/2005 y consiguiente reiteración de doctrina); ATC 200/2007, de 27 de marzo.

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

1. Los decretos-leyes

Siempre en relación con el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, querríamos ahora llevar a cabo un breve análisis referente a algunas tipologías peculiares de actos con fuerza o rango de ley que, justo en razón de sus particularidades, pueden determinar ciertas consecuencias negativas con respecto a la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito del juicio en vía incidental¹⁵¹.

Para empezar con un primer ejemplo, esto puede suceder con los decretos-leyes, emanados por los gobiernos en ejercicio de la potestad legislativa que las constituciones conceder bajo ciertas circunstancias al poder ejecutivo.

En Italia la regulación de esta fuente normativa está recogida en el art. 77 de la Constitución, según el cual el Gobierno puede dictar, bajo su responsabilidad, estos actos con fuerza de ley en casos extraordinarios de necesidad y urgencia. El decreto permanece en vigor por un periodo de 60 días, durante los cuales puede ser convertido en ley por el parlamento y adquirir así estabilidad; en caso contrario, si transcurre el

¹⁵¹ En las páginas anteriores ya nos hemos referido a la dicción generalmente empleada por las Constituciones o sus normas de desarrollo para individualizar el posible objeto de una CI (“ley o norma con rango de ley”). En el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, encontramos por lo menos cinco tipos de normas con idéntico valor normativo (“fuerza o rango de ley”), que se diferencian principalmente en función de las modalidades de producción, de los sujetos encargados de su elaboración y aprobación y, en ciertos casos, de las competencias específicas propias de cada una: a) las leyes orgánicas; 2) las leyes ordinarias; 3) las leyes presupuestarias; 4) los Decreto-leyes; 5) los Decretos Legislativos. A esta clasificación elaborada por SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 86, nos permitimos añadir una sexta categoría de normas con rango de ley que será objeto de análisis en este trabajo: las leyes singulares. Nos parece también oportuno precisar que no aludiremos en estas páginas a la diferenciación entre instrumentos y productos legislativos de producción estatal y fuentes normativas de las Comunidades Autónomas. Solo recordar que, claramente, también estas últimas pueden ser sujetas al control de constitucionalidad a través de la CI. Para profundizar en el tema del sistema de fuentes pueden verse, entre otros: AGUDO ZAMORA, MIGUEL (et al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016; PÉREZ ROYO, FRANCISCO JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014; PÉREZ ROYO, FRANCISCO JAVIER, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007.

plazo sin que se lleve a cabo la conversión, el decreto se queda sin eficacia con efecto retroactivo desde la fecha de su entrada en vigor¹⁵².

Se han producido abusos por parte del Gobierno en el empleo del instrumento normativo, con violación de derechos fundamentales, tanto porque se ha recurrido a él también en situaciones de todo punto exentas de los caracteres de necesidad y urgencia, como por haberse dado una práctica de reiteración de decretos no convalidados con el mismo tenor textual que el precedente. Por medio de esta segunda praxis, el gobierno ha llegado a redundar en una misma regulación, primero al término de los 60 días, luego al transcurrir 120 días y así sucesivamente, hasta alcanzar en algunos casos la cifra record de 29 decretos-ley reiterados¹⁵³. Ese modo de actuación, como es de ver, acababa por estabilizar una normativa, desvirtuando la previsión constitucional que la concibe con un ámbito temporal de vigencia provisional. A pesar de los profusos y clamorosos lamentos y de las reprobaciones de la doctrina¹⁵⁴, el legislador sólo ha intervenido de manera muy limitada¹⁵⁵ en el propósito de remediar los efectos negativos del abuso de los decretos de urgencia.

Bajo esas circunstancias de empleo abusivo e inactividad legislativa paliativa de la práctica enunciada, eran muchas, como es lógico, las expectativas puestas en la Corte, que, no obstante, encontraba una manifiesta dificultad de incidencia frente a esos métodos del Gobierno como consecuencia del limitado plazo de vigencia del decreto-ley, sin duda inferior al necesario para que se iniciara el procedimiento incidental

¹⁵² Art. 77 Constitución italiana: “*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall’inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*”.

¹⁵³ Sobre, entre otros estudios, este caso emblemático, puede verse PISANESCHI, A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 157.

¹⁵⁴ Entre otros: CELOTTO, A., *L’«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; SIMONCINI, A. (coord.), *L’emergenza infinita: la decretazione d’urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006.

¹⁵⁵ La intervención legislativa más importante viene representada por la ley 400 de 1988, en cuyo art. 15 establece una serie de límites a la posible utilización del decreto-ley (art. 15.2 y 3, l. 400/1988: “2. *Il governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi dell’articolo 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell’articolo 72, quarto comma, della Costituzione; c) rinnovare le disposizioni di decreti legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; e) ripristinare l’efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento. 3. I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*”). El instrumento utilizado (un acto con fuerza de ley dotado por tanto de la misma fuerza jurídica que el decreto-ley) ha producido que la intervención normativa devenga poco eficaz.

descrito en estas páginas, esto es, para que un juez pudiera plantear la cuestión de inconstitucionalidad y luego la Corte decidirla antes de la expiración de los 60 días de vigencia del decreto-ley.

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

Sin embargo, en 1995, en un *obiter dictum* contenido en un pronunciamiento que decidía una duda de constitucionalidad planteada en vía principal, la Corte sentó un principio decisivo, a saber: que la preexistencia de una situación de facto caracterizada por la necesidad y urgencia constituye un requisito de validez constitucional del decreto-ley, *“de modo que la eventual y evidente falta de este presupuesto configura tanto un vicio de legitimidad constitucional del decreto-ley, en los supuestos en que sea adoptado fuera del ámbito de las posibilidades de aplicación constitucionalmente previstas, como un vicio in procedendo de la propia ley de convalidación, habiendo esta última, en el caso contemplado, valorado erróneamente la existencia de los presupuestos de validez en realidad inexistentes y, por tanto, habiendo convertido la ley en un acto que no podía ser legítimo objeto de convalidación. Por ello, no existe preclusión alguna para que la Corte pueda proceder al examen del decreto-ley y/o la ley de convalidación bajo la premisa del respeto a los requisitos de validez constitucionales relativos a la preexistencia de los presupuestos de necesidad y urgencia, desde el momento en que el examen correlativo de las cámaras en sede de convalidación comporta una valoración completamente diversa y, precisamente, de tipo esencialmente político, sea con relación al contenido de la decisión, sea con relación a los efectos de la misma”*¹⁵⁶.

¹⁵⁶ *“Di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di*

Se abría de esta forma la posibilidad de que la Corte controlara la constitucionalidad de un decreto-ley por un déficit en los presupuestos de urgencia y necesidad.

Esta repentina apertura en la doctrina de la Corte parecía inaugurar una nueva etapa de control más penetrante, dirigido a la verificación de los presupuestos constitucionales del decreto-ley, escasamente observados por parte del gobierno según opinión unánime. Sin embargo, ese nuevo y más intenso canon de revisión viene a cerrarse *de facto* en los años sucesivos, sin haber llegado a producir un resultado útil. En efecto, dicho en otras palabras, el nuevo parámetro de control tuvo acaso un recorrido más aparente que real, ya que la jurisprudencia constitucional posterior ha tendido a anular prácticamente las posibilidades de revisión y verificación de límites que a primera vista cabía extraer de las afirmaciones contenidas en la sentencia n. 29 de 1995.

Así, la falta de los requisitos de urgencia y necesidad previstos en el art. 77 de la Constitución en la adopción de un decreto-ley no es, según la jurisprudencia constitucional sucesiva, un vicio controlable por la Corte, salvo cuando resulte “evidente”. De hecho, tal jurisprudencia otorga especial valor al fragmento de la sentencia 29/1995 en el que se declara que los requisitos de urgencia y necesidad constituyen una condición de validez constitucional del decreto-ley “*de forma que la eventual y evidente falta de este presupuesto configura [...] un defecto de legitimidad constitucional*”, exigiendo para la aceptación de las quejas, no sólo la simple ausencia de los presupuestos constitucionales, sino su “*falta evidente*”¹⁵⁷.

conversione. Pertanto non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa”, Corte cost. n. 29 de 1995.

¹⁵⁷ “*Di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura (...) un vizio di legittimità costituzionale*”, *richiedendo, per l'accoglimento delle censure, non la semplice mancanza dei presupposti costituzionali, ma la loro “evidente mancanza”*. En este sentido, la Corte ha sostenido que la asunción del control relativo a la falta de los presupuestos de urgencia y necesidad pueden intervenir tan sólo en presencia de una “falta evidente” y esto no puede considerarse constatado cuando, en la premisa del decreto impugnado, la urgencia pueda inferirse de la remisión a otra normativa -en este caso, en materia de legalización de edificaciones- (sent. n. 270 de 1996), o que la falta, para ser evidente, tiene que ser tal que “*palmariaamente muestre que el acto ha sido adoptado por el Gobierno fuera del ámbito de las posibilidades de aplicación constitucionalmente previstas para el decreto-ley*” (“*da far palesemente ritenere che l'atto sia stato adottato dal governo al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste per il decreto legge*”), excluyéndolo en cuanto el decreto impugnado, aunque forme parte de una “cadena” de decretos no convalidados y reproducidos, “viene defendido en una motivación específica, explicitada en la relación gubernativa que acompaña al proyecto de ley de convalidación” (“*è sostenuto da una specifica motivazione, resa esplicita nella relazione governativa che accompagna il disegno di legge di conversione*”) (sent. n. 330 de 1996); o también que la falta de los

La mejor prueba de cómo aquella “puerta” a un control más intenso se ha vuelto a cerrar rauda y veloz se halla en que, a pesar del planteamiento de muchas cuestiones ante la Corte constitucional tras la sentencia n. 29 por supuesta falta de los requisitos de urgencia y necesidad, ninguna de ellas ha sido, durante varios años, estimada por el Juez constitucional.

La Corte constitucional, por tanto, conforme a un doble criterio o exigencia secuencial, que debe concurrir de modo agregado o conjunto, define la hipótesis de la vulneración de la Norma Fundamental por las razones que aquí nos ocupan. El primer parámetro de esa secuencia deriva directamente de la Constitución, toda vez que es en su propio texto donde se establecen los presupuestos para que el Gobierno pueda aprobar decretos-ley, imponiéndole la obligación de motivar *ad casum* su concurrencia. El segundo elemento, creado por la jurisprudencia de la Corte, reclama como condición de la infracción constitucional la “falta evidente” de dichos presupuestos.

En el primer caso, la “falta simple” de los presupuestos de urgencia y necesidad requerida por la Constitución comporta un vicio que solo puede llegar a verificarse en el seno de la relación de responsabilidad del Gobierno con respecto al Parlamento, escapando el mismo al posible control de la Corte constitucional, la cual puede tomar en consideración el vicio únicamente si resulta “evidente” y así lo acredita, asumiendo la carga de la prueba, el juez ordinario. Dice la Corte en ese sentido que “*sólo en este caso (falta evidente) se evita el riesgo de que el control de legitimidad de la Corte se superponga a la valoración de oportunidad política reservada al Parlamento*”¹⁵⁸.

presupuestos debe aparecer como clara y manifiesta, estimando que en este caso (en materia de cuotas lácteas) “los límites establecidos en sede comunitaria a las cantidades de producción láctea nacionales y la exigencia de introducir medidas para su contención hacen implausible la valoración gubernativa, establecida como base de las intervenciones, en orden a poder recurrir al decreto de urgencia” (“*i limiti posti in sede comunitaria ai quantitativi nazionali di produzione lattiera e l’esigenza di introdurre misure intese al contenimento di questa rendono non manifestamente implausibile la valutazione governativa, posta a base degli interventi, in ordine al ricorso alla decretazione d’urgenza*”, sent. n. 398 de 1998).

¹⁵⁸ “Solo in questo caso [evidente mancanza] il sindacato di legittimità della Corte non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al parlamento”, Corte const. n. 398 de 1998.

En una ocasión la Corte explicó por vez primera, de forma clara e inequívoca, las razones y el significado de la introducción de la noción de “falta evidente”. Se razona cómo el propio control se desarrolla en un plano diverso al de las “valoraciones políticas”, reservadas al Parlamento, y cómo el requisito constitucional de los casos de extraordinaria urgencia y necesidad atribuyen a la disposición “un amplio margen de elasticidad”, en cuanto que “el carácter extraordinario del caso (...) puede deberse a una pluralidad de situaciones (acontecimientos naturales, comportamientos humanos y también actos precedentes de los poderes públicos) en relación a las cuales no se pueden configurar parámetros rígidos, válidos para toda eventualidad. Esto explica por qué esta Corte ha considerado que el defecto de los presupuestos (...) debe resultar evidente” (“*la straordinarietà del caso (...) può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, vevoli per ogni ipotesi. Ciò*

La lógica descrita en la intervención de la Corte llevaba a pensar que la declaración de inconstitucionalidad por una evidente ausencia de los presupuestos del decreto-ley se reducía a supuestos de manual, es decir, a casos de defectos burdos y patentes, lo que conducía a dudar de la posibilidad efectiva de un control de semejante carácter.

Sin embargo, en el 2007 se apreció la concurrencia de tal circunstancia y por primera vez, de ahí el carácter trascendental del pronunciamiento, la Corte constitucional declaró la inconstitucionalidad de un decreto-ley por “evidente” ausencia de los requisitos de urgencia y necesidad¹⁵⁹. En el seno de un decreto-ley (en cuyo preámbulo, como justificación tanto de la necesidad y urgencia como del fundamento de su aprobación, se aludía a los problemas de funcionalidad de los entes local, haciendo particular referencia a los procedimientos de aprobación de las estimaciones presupuestarias, a la dificultad financiera de los ayuntamientos de reducidas dimensiones geográficas y al saneamiento de situaciones particulares de insolvencia) se incluyó una disposición (que sería impugnada y posteriormente declarada inconstitucional) por la que se excluía que la condena por *peculato* constituyese una causa de inhabilitación para el cargo de alcalde y, por tanto, de revocación de dicha condición. La explicación del Gobierno para el proyecto de la ley de convalidación se cuidaba de señalar las razones justificativas de la disposición impugnada, pero no incluía las relativas a su necesidad y urgencia. Ante esa circunstancia, la Corte declaró la inconstitucionalidad, señalando que no puede considerarse suficiente “*la enunciación apodíctica de la existencia de razones de urgencia y necesidad, ni la misma puede agotarse en la constatación de la razonabilidad de la regulación que ha sido introducida*”¹⁶⁰.

El año siguiente volvió a presentarse una situación semejante. En este caso se trataba de un decreto-ley que contenía disposiciones urgentes en materia financiera y tributaria y en el que se incluía una previsión que disponía la expropiación del teatro

spiega perché questa corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti (...) debba risultare evidente” (sent. n. 171 de 2007).

¹⁵⁹ Corte cost. n. 171 de 2007.

En doctrina véanse: ROMBOLI, R., *Il controllo della decretazione d’urgenza da parte della Corte costituzionale: dal biennio 1995-96 a quello 2007-08 e una postilla sull’utilizzo del decreto legge nella vicenda Englaro*, en PANIZZA, S., ROMBOLI, R. (coords.), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009, pp. 269 y ss. y los AA. ahí citados.

¹⁶⁰ “[...] *l’apodittica enunciazione dell’esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta*”, Corte constitucional n. 171 de 2007.

Petruzzelli de Bari, encargándose al Prefecto la determinación de la indemnización en favor de los propietarios. La Corte, invocando los principios de la propia sentencia 171 de 2007, descrita en el párrafo anterior, decidió de nuevo que era inconstitucional la disposición impugnada por falta “evidente” de los requisitos de necesidad y urgencia, subrayando la inexistencia de conexión entre el encabezamiento y el preámbulo del decreto -donde se indicaban las razones de urgencia- y la previsión referente a la expropiación del teatro Petruzzelli y, asimismo, que “*la conexión formal entre la expropiación y la materia de las finanzas públicas no sólo no era identificable, sino ni tan siquiera indicada de alguna u otra manera*”¹⁶¹.

No exige un esfuerzo sobresaliente concluir que la circunstancia de que la Corte constitucional controle la presencia de los requisitos de urgencia y necesidad del decreto-ley, dentro de los límites antes señalados, otorga una tutela relevante frente a las posibles violaciones de los derechos del ciudadano ocasionadas por el uso de esa normativa de urgencia.

Del examen de la jurisprudencia constitucional resulta otro elemento de crítica en cuanto a la utilización de este instrumento, al que ya hemos hecho referencia poco antes. En concreto, decíamos que la reiteración de decretos-ley no convalidados con el mismo texto -a pesar de las diferencias formales entre ellos: cada uno, obviamente, con fecha y número distintos- implicaba que una misma regulación, repetida de manera idéntica en varios textos normativos sucesivos, acabara por adquirir estabilidad.

La consecuencia práctica en lo que aquí interesa, ya antes destacada, residía en que una eventual violación de un derecho fundamental, a través de una disposición contenida en un decreto-ley reiterado con el mismo tenor que otro anterior, no resultaba sancionable por parte de la Corte constitucional, dado que, impugnada la disposición contenida en el decreto, cuando aquella era llamada a decidir resultaba estar ya en vigor la misma regulación pero en un decreto diferente, sucesivo, con la consecuencia de que la cuestión debía declararse inadmisibile.

A este problema también le ha puesto remedio la Corte constitucional con una decisión de 1996, mediante la cual ha introducido un expediente técnico denominado “efecto transferencia” (en italiano, “*l’effetto trasferimento*”). La Corte, afirmando la función instrumental de la norma, llega a la conclusión de que “*la norma contenida en un acto con fuerza de ley vigente en el momento en el que la existencia en el*

¹⁶¹ “*Il collegamento formale dell’esproprio alle tematiche della finanza pubblica non solo non è individuabile, ma neppure è, in un modo o nell’altro, indicato*”, Corte cost. n. 128 de 2008.

ordenamiento de la misma norma era relevante a efectos de una actuación útil de la Corte, pero que ya no esté en vigor en el momento en el que la misma se pronuncia, continua siendo objeto del solicitado escrutinio de la Corte, si aquella norma permanece aún en el ordenamiento, con referencia al mismo espacio temporal relevante a efectos del juicio, ya que se encuentra reproducida en su expresión textual o en su identidad normativa sustancial en otra disposición posterior, sobre la cual habrá de referirse el pronunciamiento”¹⁶².

De ese modo, interviene directamente en la praxis de la reiteración del decreto-ley que emplea el mismo tenor textual, declarando la inconstitucionalidad del mismo, toda vez que, por violarse el carácter necesariamente provisional del decreto, se aprecia que se ha soslayado el plazo perentorio e infranqueable de 60 días fijado en la Constitución, estabilizando y prolongando las razones extraordinarias establecidas como fundamento de las condiciones de urgencia y necesidad del decreto-ley originario¹⁶³. Con ello, se pone el acento en el carácter provisional del decreto-ley, declarándose la inconstitucionalidad de la reiteración que supone una prórroga ilegítima de la eficacia de un acto que no puede durar, sea como fuere, más de 60 días.

La declaración de inconstitucionalidad del fenómeno de la reiteración de los decretos-leyes no excluye en absoluto la posibilidad de que el Gobierno pueda presentar, tras la expiración de un decreto-ley por caducidad de su plazo, uno ulterior sobre la misma materia, mas esa práctica queda condicionada a que este último sea verdaderamente nuevo en contraste con el ya caducado. Y un decreto-ley, a juicio de la Corte, puede ser considerado “nuevo” respecto del precedente siempre que, alternativamente, concorra alguna de estas condiciones: que se fundamente en motivos autónomos, nuevos (siempre extraordinarios) y sobrevenidos de urgencia y necesidad, los cuales no pueden ser reconducidos al mero hecho de la falta de convalidación del decreto precedente, o, en segundo lugar, que estuviera caracterizado por contenidos normativos sustancialmente diversos.

¹⁶² *"La norma contenuta in un atto avente forza di legge vigente al momento in cui l'esistenza nell'ordinamento della norma stessa è rilevante ai fini di una utile investitura della corte, ma non più in vigore nel momento in cui essa rende la sua pronuncia, continua ad essere oggetto dello scrutinio alla corte stessa demandato quando quella medesima norma permanga tuttora nell'ordinamento, con riferimento allo stesso spazio temporale rilevante per il giudizio, perché riprodotta, nella sua espressione testuale o comunque nella sua identità precettiva essenziale, da altra disposizione successiva, alla quale dunque dovrà riferirsi la pronuncia", Corte cost. n. 84 de 1996.*

¹⁶³ Corte cost. n. 360 de 1996.

Como es notorio, el sistema de justicia constitucional previsto por la Constitución española de 1978 ha introducido entre los mecanismos de control de constitucionalidad de las normas con rango de ley un recurso directo (activado solo por determinados sujetos) para la verificación de la constitucionalidad de las normas con rango de ley. El denominado recurso de inconstitucionalidad va así a sumarse a la cuestión de inconstitucionalidad entre los instrumentos *a posteriori* de depuración del ordenamiento jurídico de las leyes contrarias a la Constitución.

Por esta razón, diferentemente que en Italia, donde la doctrina de la Corte constitucional se ha tenido que desarrollar principalmente a través del juicio en vía incidental, ha sido sin duda más frecuente efectuar el control de constitucionalidad de los Decretos-leyes utilizando el recurso de inconstitucionalidad, en razón de las peculiaridades del instrumento legislativo objeto del control a los que ya hemos hecho mención (nos referimos sobre todo al corto lapso de tiempo de vigencia del mismo).

En España no se ha presentado el problema italiano de la reiteración de los DDLL, razón por la cual el TC ha tenido que pronunciarse casi exclusivamente en relación al respeto por parte del Gobierno de la regulación de este instrumento prevista en el art. 86 CE¹⁶⁴.

En el específico, SOSPEDRA NAVAS¹⁶⁵ identifica tres bloques problemáticos sobre los que el TC ha sentado doctrina: 1) la necesaria presencia de los presupuestos habilitante enunciados en el apartado primero del art. 86 CE, es decir que el Gobierno promulgue un Decreto-ley solo en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad; 2) que el contenido del Decreto-ley respete las limitaciones materiales previstas en el

¹⁶⁴ Art. 86 CE: “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”.

Entre varios, citamos dos trabajos que han analizado en el detalle esta temática: ARAGÓN REYES, MANUEL, *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016, y MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Uso y abuso del Decreto-ley: Un análisis empírico, en Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 665-731.

¹⁶⁵ SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 91-92. En las páginas sucesivas, el Autor desarrolla más detenidamente cada uno de los bloques, citando jurisprudencia constitucional dictada principalmente para resolver recursos de inconstitucionalidad.

mismo apartado ahora mencionado y que por lo tanto no afecte “*al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general*”; 3) que no se incumpla el plazo de vigencia del DL (manifestación de su ineludible naturaleza provisional) y los procedimientos para su convalidación establecidos en los apartados dos y tres del mismo artículo¹⁶⁶.

Estos mismos nudos problemáticos han sido resueltos en algunas sentencias recientes del TC dictadas para resolver cuestiones de inconstitucionalidad. El Alto Tribunal, en efecto, en ocasión de casos concretos, ha podido exteriorizar su razonamiento en relación con cuales tienen que ser los contenidos asociados a los requisitos que la Constitución exige a los decretos-leyes.

En la STC 243/2015, de 30 de noviembre (que examinó la constitucionalidad del precepto del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, que suprimía la paga extraordinaria de diciembre de 2012 para todo el personal laboral del sector público), el Alto Tribunal afirmó, en relación al juicio sobre la “necesidad” de la intervención legislativa del Gobierno, que las explicaciones proporcionadas por el gobierno para justificar la utilización de este instrumento legislativo no habían sido imprecisas, rituales, estereotipadas, retóricas, apodícticas o generales, ni sirvieron a cualquier propósito o finalidad, sino que de forma específica para contrastar una situación de efectiva necesidad¹⁶⁷.

¹⁶⁶ En España no existe un único procedimiento de convalidación de los DDLL como en Italia. La doctrina y la jurisprudencia españolas interpretaron el dictado constitucional en el sentido de la existencia de dos posibilidades distintas de convalidación, una directa e inmediata llevada a cabo por el Congreso (que no produce ninguna modificación ni en el texto ni en la naturaleza del DL, art. 86.2 CE), y otra que pasara por un debate parlamentario, tramitando el DL en forma de proyecto de Ley, y que terminara con la aprobación de una ley que reprodujera el contenido del decreto, en este caso con la posibilidad de añadir modificaciones al mismo (art. 86.3 CE).

¹⁶⁷ “El Gobierno ha justificado de manera expresa, concreta, detallada y razonada la necesidad de emplear en este caso la potestad legislativa provisional y de urgencia que le reconoce el art. 86.1 CE ... Esas explicaciones, antes transcritas, no son imprecisas, rituales, estereotipadas, retóricas, apodícticas o generales, ni sirven a cualquier propósito o finalidad, como apreciamos en los casos de las SSTC 68/2007, de 28 de marzo (FJ 10) y 137/2011, de 14 de septiembre (FJ 7). Al contrario, parten de una situación de recesión y crisis económica y financiera que es real y conocida; notoria, incluso, según ya advertimos en la STC 182/2013, de 23 de octubre, FJ 6 d); y también de unos compromisos internacionales que son igualmente conocidos [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, sobre la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, FFJJ 2 y 3 a)]. Y con ese punto de partida justifican —desde la legítima perspectiva del Gobierno, único órgano al que la Constitución atribuye la potestad de dirigir la política económica, art. 97 CE— una serie de medidas dirigidas a reducir el déficit público, objetivo inmediato de acuerdo con las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea (arts. 93 CE y 126 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) e instrumento además para alcanzar el fin (político) de la recuperación, por la doble vía del incremento de los ingresos públicos y reducción del gasto público”, STC 243/2015, de 30 de noviembre, FJ 3.

El análisis del TC continuó entonces con las argumentaciones sobre el respeto en este caso concreto del requisito de la “urgencia” en la aprobación de estas medidas. En opinión del Constitucional, el gobierno había justificado adecuadamente la urgencia de su intervención legislativa, sin ser su explicación irracional, arbitraria, apodíctica ni estereotipada, ni tampoco el mismo había incumplido u omitido las exigencias que le impone el art. 86.1 CE para hacer uso de su potestad legislativa¹⁶⁸.

Por último el TC, siempre en el FJ 3 de esta sentencia, tuvo que entrar a valorar la presencia de “*la conexión de sentido de las medidas aprobadas con la situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que se trata de atender o corregir a través del Real Decreto-ley*” en cuestión, calificando en este caso de “evidente” dicha conexión.

Pero las reflexiones que nos parecen sin duda las más interesantes y útiles en este trabajo, son aquellas incluidas en el FJ 4 de la misma sentencia, que nos permiten entender con claridad el rol del TC en el control de constitucionalidad de los DDLL y sobre todo los límites a esta potestad. Afirma, en efecto, el Alto Tribunal que el juicio de legitimidad constitucional que éste tiene encomendado según la Constitución, alcanza el control sobre el respeto de los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad en la actividad del Gobierno ex art. 86 CE. Sin embargo, “*en esa labor de control este Tribunal no puede ‘traspasar las fronteras de su función y a la vez de su responsabilidad [e] inmiscuirse en la decisión de gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático’ (loc. cit.),*

¹⁶⁸ “*La urgencia de la reacción legislativa se justifica por el Gobierno, además de en los pasajes ya transcritos, en los apartados II y IX de la exposición de motivos del Real Decreto-ley. En el apartado II explica la necesidad de una reacción inminente en los siguientes términos: ‘[s]e trata por tanto de acometer una serie de reformas cuya necesidad es extraordinaria, dada la propia naturaleza de esta crisis y efectos sobre la economía, el mercado de trabajo y las finanzas españolas, y urgente por la celeridad con que se deben acometer las reformas estructurales en nuestro sistema de empleo público que contribuya a reforzar tanto la garantía de cumplimiento de los compromisos adquiridos por España en materia de gasto público y déficit como la mejora de la eficiencia, productividad y competitividad de nuestra economía’. Y en el apartado IX continúa incidiendo en la misma idea afirmando que ‘[e]n las medidas que se adoptan en el presente real decreto-ley concurren las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución Española como premisa para recurrir a esta figura del real decreto-ley. Como se ha expuesto, la actual coyuntura económica y la inexcusable necesidad de reducir el déficit público para alcanzar la estabilidad presupuestaria, hacen necesario que las medidas expuestas se aprueben con la máxima urgencia, con pleno respeto al marco constitucional y al establecido por la Unión Europea’. Pues bien, desde el limitado punto de vista de este Tribunal, que es jurídico y no político, no puede decirse que esa explicación sea irracional, arbitraria, apodíctica ni estereotipada, ni que el Gobierno haya incumplido u omitido las exigencias que le impone el art. 86.1 CE para hacer uso de su potestad legislativa. Además, sobre la urgencia de las reformas para reducir el déficit público excesivo apreciado por las instituciones comunitarias en el actual contexto de crisis económicas nos hemos pronunciado ya, reconociendo su existencia, en los AATC 179/2011, FJ 6, y 180/2011, FJ 6”, STC 243/2015, de 30 de noviembre, FJ 3.*

doctrina que es predicable no solo respecto al carácter extraordinario de la situación, sino también de su condición de ‘urgente’. Ya hemos tenido ocasión de recordar además (fundamento jurídico 2) que ‘el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno’ (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3)”.

Concluye entonces el TC que *“Por consiguiente, basta con que la actuación del Gobierno (su opción por el ejercicio de esta potestad que la Constitución le confiere) no sea arbitraria ni abusiva para que este Tribunal deba respetar el ejercicio de esa potestad, pues no es misión de este órgano jurisdiccional seleccionar la alternativa más correcta o idónea de entre las varias que pueden ofrecerse al Gobierno para subvenir a una concreta situación, sino que la labor de este Tribunal es más limitada y se ciñe a efectuar un ‘control negativo’ de esas alternativas (así, para los diferentes procedimientos legislativos, STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 10)”.*

Por lo que concierne a otro requisito formal, la previsión en España de un lapso de tiempo de vigencia aún más breve que el italiano (30 días desde la promulgación) habría podido claramente imposibilitar el control de constitucionalidad del contenido de estas normas con rango de ley, con consecuente menoscabo de la tutela de los derechos e intereses de los individuos. Además el TC ha tenido la tendencia, desde sus primeros pronunciamientos, a admitir una cierta flexibilidad en el control de la subsistencia de los requisitos impuestos por el art. 86 CE¹⁶⁹.

Sin embargo esta preocupación ha sido disipada gracias a la interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional españolas que, como las italianas, se afirmó la “transmisión” de los vicios de inconstitucionalidad de los decretos-leyes a los decretos convalidados o a las leyes de conversión de estos. En efecto, la conversión de un DL, tanto a través del procedimiento *ex art. 86.2 CE* como del *art. 86.3 CE*, primeramente no produce la pérdida sobrevenida del objeto de la cuestión, que sigue siendo relevante para la resolución del caso concreto que originó el proceso constitucional. Pero además, la comprobación de la inobservancia de uno de los requisitos del art. 86 CE constituiría un defecto insubsanable tanto en el caso de convalidación simple del decreto, como también si este fuera tramitado y aprobado

¹⁶⁹ Además de cuanto ya reproducido (STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5) en relación al control exclusivamente negativo (y externo) del TC, véanse sobre el tema de la flexibilidad de estos mismos controles los fundamentos jurídicos 4, 5 y 7 de la STC 6/1983, de 4 de febrero, entre otras.

como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia, comportando así la inconstitucionalidad también del texto eventualmente convalidado¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Así se afirma en el FJ 2 de la STC 155/2015, de 9 de junio, cuyas consideraciones reproducimos a continuación, conscientes de su importancia: “Con carácter previo al examen de fondo, y anticipando el juicio que ha de merecer alguna de las cuestiones que acompañan a la principal, es preciso despejar posibles dudas acerca de una eventual desaparición sobrevenida del objeto del [presente] recurso de inconstitucionalidad [...]. Tales dudas pudieran venir motivadas por la conjunción de dos circunstancias: De un lado, la conversión del Real Decreto-ley 14/1998 en la Ley 13/1999 por la vía del art. 86.3 CE; de otro, y por lo que hace particularmente a los respectivos arts. 3 del Real Decreto-ley y de la Ley de conversión, el hecho de que la ratificación de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del FMI que ahí se autoriza haya sido también autorizada por las Cortes Generales mediante el procedimiento previsto en los arts. 94.1 d) y 74.2 de la Constitución.

En realidad ninguno de estos hechos impide un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del repetido Real Decreto-ley, pues siempre hemos sostenido que “es algo fuera de duda” que “el control del Decreto-ley en cuanto tal no está impedido por el hecho de la novación operada por la Ley, siguiendo lo que dispone el art. 86.3”, pues el interés constitucional “de ajustar el uso del instrumento del Decreto-ley al marco del art. 86.1 ... no puede considerarse satisfecho por la derivación del Decreto-ley hacia el cauce del art. 86.3”, ya que si bien “pudiera [...] pensarse que una eficacia retroactiva de la Ley que diera cobijo a los efectos producidos por el Decreto-ley puede privar de sentido a la impugnación dirigida ... al Decreto-ley, ... esto no es así, pues ... velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes, dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse por la utilización del procedimiento del art. 86.3” (STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 3; en el mismo sentido, más recientemente, STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 1)”. Las razones que fundamentan dichas afirmaciones son claras, ya que según el TC: “Así, por más que la Ley 13/1999 haya derogado tácitamente al Real Decreto-ley 14/1998, el enjuiciamiento constitucional de este último es cuestión cuyo interés va más allá de la vigencia de sus preceptos, pues en otro caso sería imposible asegurar la observancia de las condiciones que el art. 86 establece específicamente para la emisión de decretos-leyes. La Constitución únicamente admite la legislación de urgencia bajo condiciones cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que los efectos derogatorios de la legislación sobrevenida o los convalidantes de la asunción del decreto-ley por el Congreso de los Diputados puedan corregir un defecto que ha de concebirse como necesariamente insubsanable, pues, en otro caso, los límites del art. 86 CE sólo serían operativos en el tiempo que media entre el decreto-ley y su convalidación o su conversión en ley, esto es, en un tiempo en el que este Tribunal nunca podrá materialmente pronunciarse”. Y termina el Alto Tribunal fundamentando la pervivencia del objeto del recurso, a las que ya hicimos referencia en el apartado 3 de este capítulo: “Las mismas razones descartan la desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación del art. 3 del Real Decreto-ley 14/1998 y del correspondiente de la Ley 13/1999. La autorización concedida por las Cortes Generales para ratificar la enmienda referida en aquel precepto no altera el hecho de que el Real Decreto-ley 14/1998 acordó una autorización idéntica, y el interés constitucional en la garantía de la sujeción del legislador de urgencia a los límites de la Constitución es asunto que en nada puede verse perjudicado por el hecho de que lo acordado acaso inconstitucionalmente en la norma impugnada se haya acordado también por cauces y procedimientos cuya constitucionalidad no se ha puesto en duda. Asimismo, en la medida en que los actores entienden que la autorización de las Cortes Generales sólo puede dispensarse por la vía de los arts. 94.1 y 74.2 CE, y nunca por medio de ley formal, es claro que el hecho de que se hayan sucedido autorizaciones de igual contenido acordadas por uno y otro procedimientos no hace sino confirmar la existencia de un problema constitucional que nos cumple resolver”.

Nos importa precisar que se trata de una doctrina más reciente, dado que en las primeras SSTC el TC se había pronunciado a favor de la subsanación de los vicios de inconstitucionalidad en el caso en el que el DL se convalidara por el procedimiento ex art. 86.3 CE: “Debemos recordar la doctrina establecida ya en nuestra Sentencia de 31 de mayo de 1982 («Boletín Oficial del Estado» núm. 53 de 28 de junio). La convalidación que el Congreso de los Diputados puede realizar de un Decreto-ley no produce una sanción del mismo, si éste fuera originariamente nulo por haberse producido con extralimitación, pues la «sanción» sólo podría producirse mediante su transformación en Ley una vez seguida la correspondiente tramitación parlamentaria. Lo que el art. 86.2 de la Constitución llama «convalidación» es más genuinamente una homologación respecto de la existencia de la situación de necesidad justificadora de la iniciativa normativa encauzada por ese camino” (STC 6/1983, de 4 de febrero, FJ 5).

En otra ocasión anterior el TC ya se había pronunciado de una forma muy parecida a la que acabamos de describir por lo que concierne la evaluación de los presupuestos habilitantes “fácticos” o formales. Pero además, al resolver esta distinta cuestión de inconstitucionalidad en la STC 83/2014, de 29 de mayo, el Tribunal se pronunció también en relación con los requisitos materiales *ex art. 86.1 CE*. En efecto en este caso el órgano judicial que propuso la CI consideraba que un artículo del Real Decreto-ley 5/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos, era contrario al dictado constitucional por el hecho que la norma cuestionada hubiese introducido una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria (y precisamente la deducción de los márgenes de las oficinas de farmacia), regulando por lo tanto una materia que la Constitución excluye del ámbito del Decreto-ley. En este supuesto la duda se refería a la posibilidad de que el DL afectara “*de manera prohibida, a alguno de «los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I» (art. 86.1 CE)*”¹⁷¹.

El TC expresó entonces sus consideraciones sobre la interpretación del límite material previsto en Constitución en el mismo FJ y afirmó que la valoración de la “afectación” de un derecho, deber o libertad *ex Título I* de la CE por un DL exige “*tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate*”. Y añadió que hay que considerar vulnerado el art. 86.1 CE cuando se lleve a cabo “*cualquier intervención o innovación normativa que, por su entidad cualitativa o cuantitativa, altere sensiblemente la posición del obligado a contribuir según su capacidad económica en el conjunto del sistema tributario*”. Y refiriéndose al supuesto concreto objeto del juicio de constitucionalidad (en el que el juez *a quo* consideró que el Gobierno había utilizado el DL para regular el derecho *ex art. 31 CE*, materia prohibida según el art. 86.1 CE), declaró que “*cuando el art. 86.1 CE excluye del ámbito del decreto-ley las materias que afecten a los deberes consagrados en el título I de la Constitución, únicamente está impidiendo aquellas intervenciones o innovaciones normativas que afecten, no de cualquier manera, sino de forma relevante o sustancial, al deber constitucional de*

CORZO SOSA, en su monografía publicada en 1998, reproducía una posición doctrinal más cercana a la jurisprudencia constitucional antigua, diferenciando entre el control de constitucionalidad de un DL convertido a través del mecanismo del apartado 2 o del apartado 3 del art. 86 CE, CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 360 y ss.

¹⁷¹ STC 83/2014, de 29 de mayo, FJ 5.

«todos» de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos». El TC terminó su examen afirmando que el contenido del DL no vulneraba los principios de capacidad económica y de no confiscatoriedad previstos en el art. 31.1 CE, pues la misma sentencia había negado en los fundamentos jurídicos anteriores la naturaleza tributaria de la prestación establecida en el decreto impugnado.

2. Las leyes singulares

Otra tipología de fuente que presenta aspectos interesantes en relación con el tema de esta tesis es aquella de las leyes singulares.

Sobre el tema del control de constitucionalidad¹⁷², la Corte constitucional italiana ha expuesto las condiciones necesarias para que una ley pueda incluirse en esta categoría: pueden definirse leyes singulares las que contengan disposiciones dirigidas a destinatarios determinados o produzcan efectos con respecto a un número determinado y limitado de sujetos, y que tienen un contenido específico y concreto, también en la medida en que están inspiradas por exigencias peculiares y que se caracterizan por disciplinar a través del instrumento legislativo la regulación de objetos y materias que normalmente son regulados por la Autoridad administrativa. El Juez constitucional ha afirmado además la compatibilidad de las leyes singulares con el ordenamiento jurídico y con el sistema de fuentes establecidos en la Constitución, dado que ninguna disposición constitucional reconoce una reserva normativa a los órganos administrativos o ejecutivos de los actos con contenido específico y concreto¹⁷³.

La Corte se ha pronunciado también con respecto a los límites de razonabilidad y no arbitrariedad, declarando que estas leyes tienen que estar sujetas a un riguroso juicio de legitimidad constitucional para evitar el peligro de disparidad de tratamiento propio de las previsiones particulares y derogatorias; a esto se añade la precisión de que dicho juicio tiene que ser aún más riguroso cuanto más crezca el grado de “singularidad” del acto legislativo objeto del control. Se precisa que la legitimidad

¹⁷² A este respecto, v. CARDONE, A., *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, en ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006, pp. 377 y ss.; MANFRELLOTTI, R., *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, en *Giur. cost.*, 2010, p. 3740; PACE, A., *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*, *ivi*, p. 3748; SERENO, G., *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, *ivi*, 2012, p. 1591.

¹⁷³ Corte cost. n. 48 y n. 270 de 2010, n. 61 de 2012; n. 275 de 2013.

constitucional de las leyes singulares tiene que valorarse con respecto a su contenido específico; deben así resultar evidentes los criterios que han inspirado la elección del legislador y las necesidades que justifican semejante actuación por su parte, además de las modalidades a través de las cuales la ley singular se ejecute¹⁷⁴.

La Corte ha expresado con posterioridad que la posibilidad de que la ley ordinaria discipline aspectos y situaciones habitualmente reguladas por la Autoridad administrativa no determina un *vulnus* del derecho de defensa del individuo con respecto a los efectos singulares del acto normativo, dado que la posición subjetiva del mismo, aunque no encuentre una tutela adecuada ante el juez administrativo, conseguirá la misma en la jurisdicción constitucional¹⁷⁵.

Aunque en España haya quien considere las leyes singulares una “desnaturalización de la ley”¹⁷⁶, el TC ha confirmado la naturaleza legislativa de estos productos normativos, que se dictan con respecto a un supuesto de hecho específico y agotan su contenido con su inmediata ejecución. Sin embargo, como veremos a continuación a través del análisis de un caso muy reciente, el juicio de constitucionalidad de estas leyes tiene unas características peculiares, justo en razón de la especificidad de su objeto.

También el Juez constitucional español ha proporcionado una definición de las leyes singulares para poder identificarlas a la hora de proceder al control de legitimidad constitucional¹⁷⁷. Se identifican así en esta categoría aquellas leyes “*dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular*”¹⁷⁸, que tienen un destinatario único y que son susceptibles de aplicarse una vez (es decir que son “autoaplicativas”); dicho con las palabras del Alto tribunal, aquellos actos normativos que agotan “*su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador*

¹⁷⁴ Corte cost. n. 429 de 2002, n. 267 de 2007, n. 288 de 2008, n. 289 de 2010, n.275 de 2013.

¹⁷⁵ Corte cost. n. 241 de 2008, n. 85 de 2013.

¹⁷⁶ SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 83 y ss.

¹⁷⁷ La doctrina también se ha ocupado de este tema, proporcionando definiciones y clasificaciones de las leyes singulares. Entre los diferentes trabajos, pueden mencionarse: ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *Leyes singulares, leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública*, n. 118, enero-abril, 1989, pp. 57-101; MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, y del mismo autor, *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 291-321.

¹⁷⁸ Entre otras pueden verse las SSTC 203/2013, de 5 de diciembre, FJ 3 y 231/2015, de 5 de noviembre, FJ 3.

*ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro*¹⁷⁹.

Como acabamos de mencionar, hemos considerado conveniente analizar las características peculiares del control de constitucionalidad de las leyes singulares a través del examen de un caso muy reciente, resuelto en la STC 122/2016, de 23 de junio. En este supuesto, se dudaba de la constitucionalidad de un precepto de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública, que dejaba sin efecto los procedimientos de concurso para la adjudicación de concesiones administrativas referidas a la ocupación y explotación de instalaciones náutico-deportivas pendientes de resolución a la fecha de entrada en vigor de la Ley¹⁸⁰.

El Tribunal Constitucional empezó afirmando que el legislador tiene la posibilidad de aprobar normas que vayan referidas a supuestos únicos o dirigidos a sujetos específicos; sin embargo, en estos casos, es preciso que la labor de control de constitucionalidad verifique que no se hayan dictado unos preceptos que establecen una desigualdad arbitraria o injustificada.

El juicio que tiene que llevar a cabo el TC se dirige entonces a determinar “*si tal norma establece una desigualdad arbitraria (entre otras, SSTC 166/1986, FJ 11, y 129/2013, FJ 4), lo que obliga a un análisis material de la misma (por todas, STC 233/2015, FJ 15). Ello supone que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido; en su virtud, la ley singular debe responder a una situación excepcional, cuyo canon de constitucionalidad es la razonabilidad y proporcionalidad de la misma al supuesto de hecho sobre el que se proyecta (SSTC 166/1986, FJ 11; 231/2015, FJ 3, y 233/2015, FJ 15)*”¹⁸¹.

Tarea del TC será entonces realizar un juicio que concierna la posible arbitrariedad de la ley, pasando por averiguar el respeto del canon de la razonabilidad o

¹⁷⁹ STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 10.

¹⁸⁰ La misma sentencia precisa que se trata de un caso peculiar incluso dentro de los casos de control de constitucionalidad de las leyes singulares. En efecto, diferentemente que en la mayoría de los supuestos en los que habitualmente la ley enjuiciada se identificaba directamente como formalmente singular y autoaplicativa, en este caso la regulación objeto de la CI está formulada en términos generales. Sin embargo el TC afirmó que la misma constituía en realidad una regulación singular y autoaplicativa, al referirse *de facto* al único procedimiento de concurso que estaba pendiente de resolución a fecha de su entrada en vigor y sólo a este podía aplicarse.

¹⁸¹ STC 122/2016, de 23 de junio, FJ 4.

la existencia de una justificación objetiva que constituya una finalidad constitucionalmente lícita para la aprobación de una ley singular.

Sin embargo el TC no tarda en precisar también la necesidad de que en esta tarea que el ordenamiento le asigna no falte una cierta “prudencia”. En efecto, su control tiene siempre que realizarse de forma que no provoque constricciones indebidas al poder legislativo y respete sus opciones políticas, siendo la ley singular expresión de la voluntad popular como las demás leyes. Por esta razón el examen del Alto Tribunal “*no puede entrañar un juicio de intenciones políticas*”, aunque “*esto no significa que deba desplegarse exclusivamente en el plano meramente formal, prescindiendo del contexto en el que se ha dictado el precepto cuestionado, que resulta esencial para valorar si dicha finalidad concurre realmente o no*”¹⁸².

La sentencia en cuestión resuelve declarando la inconstitucionalidad de la ley singular. En este caso, efectivamente, el precepto impugnado constituía una regulación singular y autoaplicativa que establecía una desigualdad arbitraria, por no cumplir con el canon constitucional de razonabilidad y proporcionalidad. El TC llega a esta conclusión por dos razones. En primer lugar afirmó que el único procedimiento de concurso pendiente de resolución a la fecha de entrada en vigor de la Ley era el referido a la adjudicación de la concesión administrativa de la explotación del puerto deportivo de Andratx. En dicho procedimiento, la sociedad demandante en el proceso *a quo* obtuvo la mejor puntuación, mientras que la empresa que había sido titular de la concesión anteriormente quedó situada en tercer lugar. Tras la aprobación del precepto impugnado, el concurso quedó sin efecto y, en virtud de la nueva Ley de puertos de las Illes Balears, la antigua concesionaria obtuvo una nueva concesión por un plazo de 30 años. De acuerdo con lo anterior, la sentencia pudo afirmar que no existieron motivos objetivos que justificasen de manera razonable la medida tomada por el legislador balear. En segundo lugar, el Constitucional constató que el precepto impugnado no superaba el juicio de necesidad propio de la proporcionalidad, ya que la supuesta finalidad perseguida por la norma —paralizar cualquier concesión que pudiera retrasar la vigencia de la nueva legislación de puertos balear— podría haberse obtenido por otros medios ordinarios a disposición de la Administración.

Aunque, como hemos podido dejar claro a través de este ejemplo, el TC pueda garantizar el control de constitucionalidad de las leyes singulares, este específico acto

¹⁸² STC 122/2016, de 23 de junio, FJ 5.

normativo puede crear (y en algunas ocasiones ha creado) situaciones capaces de vulnerar los derechos y los intereses de los individuos.

Nos referimos por ejemplo a la eventualidad que el juez ordinario no plantee una CI; tratándose de leyes autoaplicativas, los sujetos destinatarios de las medidas contenidas en este acto normativo no tienen la posibilidad de recurrir ante los tribunales ordinarios para que se valore la posible vulneración de sus derechos. Por esta razón MONTILLA MARTOS defendía la teoría de la necesidad de configurar un recurso directo ante el TC frente a las leyes singulares por parte de los directos afectados¹⁸³.

En algunos casos los problemas de indefensión de los sujetos destinatarios de las normas singulares han sido resuelto directamente por el juez ordinario (por lo menos en opinión de este mismo sujeto), sin necesidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Hacemos referencia a la posibilidad, por la jurisdicción ordinaria, de interpretar y aplicar la ley singular de acuerdo con los principios constitucionales referidos al caso concreto¹⁸⁴.

Además, aunque ya haya quedado claro que la jurisprudencia constitucional reconoce la posibilidad de un control de constitucionalidad de las leyes singulares, una parte de la doctrina se interrogó sobre el respeto de los requisitos propios de la CI en estos supuestos. En efecto, podría perderse tanto el carácter prejudicial como la presencia de dos *petita* autónomos en las dos fases de este proceso constitucional, características indiscutibles del mismo, al existir una “excesiva identificación entre el juicio *a quo* y el proceso constitucional”¹⁸⁵. Y esto porque el único objeto del proceso principal terminaría por ser el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la perspectiva de una declaración de inconstitucionalidad de la ley singular, desapareciendo así también el carácter objetivo del control. En la opinión de otros Autores, en las leyes singulares sería la *causa petendi* a ser única e idéntica en los dos procesos que componen la CI. Sin embargo no hay que confundir este elemento con el *petitum*, que sí sigue siendo diferente en las dos fases del proceso constitucional también cuando su objeto sea una ley singular. En efecto, en el proceso ordinario encontraríamos el *petitum* en la relación jurídica derivada de la ley en cuestión que

¹⁸³ MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 320-321.

¹⁸⁴ Es un ejemplo la Sentencia del TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-administrativo, de 7 de marzo de 1995.

¹⁸⁵ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 335.

regula y se aplica solo al caso concreto, mientras que en el proceso *ad quem* se identificaría en la declaración de conformidad (o no) a la Constitución¹⁸⁶.

La admisión por parte del TC de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes singulares puede entonces (a nuestro modesto parecer) considerarse otra prueba del carácter no exclusivamente objetivo de esta tipología de recurso a la jurisdicción constitucional. La necesaria atención que merece la protección, en este caso directa e inmediata, de los derechos de los individuos destinatarios de una ley singular lograda a través del instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, testimonia otro punto a favor del alma (también) subjetiva de este proceso¹⁸⁷.

3. Menciones a otros “escalones” del sistema de fuentes del Derecho: las leyes orgánicas, leyes constitucionales, reglamentos y fuentes secundarias.

Por último, la limitación del control de los Tribunales constitucionales de las “leyes y actos con fuerza de ley” implica la exclusión del posible control por medio de la vía incidental de fuentes que se sitúan en un plano superior (leyes constitucionales) o en uno inferior (reglamentos administrativos).

Aprovechando la mención a la jerarquía entre fuentes del Derecho, merece la pena aquí tratar el tema de una fuente típicamente española y que ha creado muchos debates en doctrina en razón de su posición en la pirámide normativa: las leyes orgánicas, disciplinadas en el art. 81 CE¹⁸⁸.

Aunque no haya habido dudas sobre la posibilidad de controlar la legitimidad constitucional de estas normas¹⁸⁹, sí que la doctrina, sobre todo la más antigua, se

¹⁸⁶ CAPPELLETTI, MAURO, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 20 y ss.

¹⁸⁷ Volveremos a analizar un caso trascendente que tuvo como objeto una ley singular al tratar el tema de la legitimación de las partes del proceso a quo a personarse ante la jurisdicción constitucional.

¹⁸⁸ Art. 81 CE: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

¹⁸⁹ Art. 28.2 LOTC: “Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

interrogó sobre la posición de las leyes orgánicas en el sistema de fuentes¹⁹⁰. La duda se refería principalmente a la posibilidad de considerarlas perteneciente a un escalón más alto con respecto a las leyes ordinarias, en razón de su disciplina de aprobación específica y de la trascendencia de las materias a ellas reservadas.

Disipada, como es notorio, en sentido negativo esta incertidumbre, el problema principal que se ha planteado al Tribunal Constitucional con respecto a las leyes orgánicas tiene que ver con el respeto del reparto competencial entre éstas y las leyes ordinarias. El TC ha tenido así que resolver varios casos en los que las materias reservadas por la Constitución a la Ley Orgánica se disciplinaban con normas ordinarias, apreciando la violación del art. 81 CE¹⁹¹.

Pasando ahora a una fuente normativa típica, sin embargo, del ordenamiento jurídico italiano, la Corte constitucional ha admitido su capacidad de controlar las leyes constitucionales. La inconstitucionalidad de una ley constitucional podría parecer a primera vista incluso una contradicción de términos, mientras que resulta sin dudas realizable al considerar la posibilidad de que ésta se vea afectada de vicios formales (incumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en el art. 130 Const. para la aprobación de leyes constitucionales o de revisión constitucional) o también de vicios de tipo material. Se asume pacíficamente que la posibilidad de modificar o de integrar la Constitución se topa con ciertos límites, algunos de los cuales vienen expresamente indicados en la propia Constitución (como por ejemplo los derechos inviolables del art. 2), otros resultan exigibles del complejo sistema constitucional y de los propios principios, igualmente irrenunciables, del constitucionalismo moderno.

La Corte se ha posicionado sobre el tema de manera bastante clara, sosteniendo que la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden verse subvertidos o modificados en su contenido esencial ni tan siquiera por leyes de reforma constitucional u otras leyes constitucionales. Estos son tanto los principios que la propia Constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional (como la forma republicana), como los principios que, aún no estando

¹⁹⁰ Entre otros: DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987; SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 87.

¹⁹¹ Problema distinto es el caso de una ley orgánica que disciplinara materias que no aparecen en el listado de competencias a ella atribuidas por la Constitución. La mayoría de los Autores considera que el control del TC no podría llevar a anular el contenido de dicha norma, pero sí que produciría la pérdida de la cualificación de “ley orgánica” al mismo. Entre otros: RIBAS MAURA, ANDRÉS, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas y Universitat de le Illes Balears, Madrid, 1991, p. 81.

expresamente mencionados como límites absolutos al poder de reforma constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana: “no se puede por tanto negar que esta Corte es competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales también con respecto a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si así no fuese, por otro lado, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías constitucionales de la Constitución como defectuoso o ineficaz precisamente en relación con sus normas de valor superior”¹⁹².

Por lo que concierne a las fuentes reglamentarias¹⁹³, la Corte constitucional italiana ha descartado hasta ahora la posibilidad de extender su control sobre las mismas a través de la vía incidental. Esta exclusión, de acuerdo con una jurisprudencia pacífica y consolidada, viene justificada por la consideración de que la contradicción de un reglamento gubernativo con los principios constitucionales puede verificarse o porque ello constituye una fiel aplicación de una ley que contradice la Constitución (y en este caso deberá la ley ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad que, en caso de ser atendida, hará que con la ley caiga también la eficacia del reglamento que se fundamentaba en ella) o cuando la ley a la que se refiere el reglamento resulta plenamente conforme con la Constitución y así el reglamento entrará en contradicción con la ley y en este caso el vicio deberá hacerse valer ante el juez del contencioso-administrativo que anulará el reglamento por vulneración de la ley o ante el juez ordinario, que podrá dejar de aplicarlo, pero nunca ante la Corte constitucional.

No obstante, una motivación similar puede resultar insuficiente cuando se trata de un reglamento conocido como independiente (o “*praeter legem*”), lo que significa que no halla fundamento en ley alguna, pero que entra, *omisso medio*, directamente en posición subordinada respecto a la Constitución o cuando el juez *a quo* sostiene que el reglamento, a través de su reenvío explícito a la ley, viene de alguna forma a constituir un todo unitario, inescindible de la ley, de la que se deriva la regulación de la relación

¹⁹² “Non si può pertanto negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore”, Corte cost. n. 1146 de 1988.

¹⁹³ Con el objetivo de identificar el carácter reglamentario del acto impugnado (y excluirlo por tanto del escrutinio de constitucionalidad), la Corte ha aludido, caso por caso, a: la auto-calificación del acto como reglamentario a través de su título; a su definición otorgada por otros actos con fuerza de ley; al procedimiento seguido en su adopción, así como a dictámenes.

considerada. Con respecto a los reglamentos independientes, la Corte siempre ha hecho prevalecer el momento formal sobre el material, considerando por tanto inadmisibles el control de las fuentes secundarias y sosteniendo que, en este caso, los derechos del ciudadano pueden hacerse valer frente al juez ordinario (civil o contencioso), denunciando el vicio de violación de ley (en este caso, “de la Constitución”)¹⁹⁴.

En cuanto al segundo aspecto, la Corte constitucional ha fundado frecuentemente sus propias conclusiones en la contraposición entre el reenvío formal y el material, en el sentido de que, mientras el segundo atribuye a las normas recibidas fuerza de ley formal, el primero estaría privado de eficacia normativa de las fuentes de las normas referenciadas, que mantendrían por tanto su naturaleza reglamentaria. Con base en todo ello en algunos casos la Corte ha admitido el control del conjunto normativo ley-reglamento¹⁹⁵, pero la mayoría de las veces lo ha rechazado¹⁹⁶.

En España también, la doctrina se ha interesado por este tema¹⁹⁷, preguntándose en ocasiones si no sería mejor atribuir en exclusiva al TC el control de constitucionalidad de todas las normas, cualquiera que sea su posición en el sistema de fuentes. Resultan evidentes también en el caso español las dificultades que pueden presentarse a la hora de controlar la legitimidad constitucional de aquellos reglamentos que desarrollen directamente el contenido de la Constitución, sin tener la mediación de una norma con rango de ley (los ya mencionados reglamentos *praeter legem*) o de un determinado reglamento *secundum legem* aplicable a un caso concreto.

¹⁹⁴ Sin embargo, SPADARO afirmó que, siendo reglamentos que desarrollan directamente el dictado constitucional, pueden situarse en el escalón inmediatamente inferior a la Constitución y considerarse por esta razón fuentes de rango primario. V. SPADARO, ANTONINO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1990, p. 256.

¹⁹⁵ Para algunos ejemplos, v.: Corte cost. n. 354 de 2008; n. 344 del 2010; nn. 10 y 34 del 2011; n. 261 del 2013.

¹⁹⁶ Podemos recordar, entre muchas otras, la cuestión de constitucionalidad relativa a la presencia del crucifijo en las aulas escolares, resuelta por la Corte con una decisión de carácter procesal, en la que sostuvo que la norma denunciada estaba contenida en una disposición con valor reglamentario y que sólo de manera impropia el juez *a quo* había podido intentar referirla a disposiciones legislativas “en tanto que especificadas” por aquellos reglamentos (sent. n. 389 del 2004, comentada críticamente en PUGIOTTO, A., *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, en *Diritto e giustizia*, 2004.

¹⁹⁷ Solo para citar algunos Autores: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981; del mismo Autor y más orientado a la problemática ahora desarrollada: *La eliminación general de las normas nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 66, Civitas, 1990, pp. 279-291.

En el primer caso, el ordenamiento español encuentra una solución sencilla siguiendo cuanto establecido en el art. 6 LOPJ¹⁹⁸, que faculta expresamente a los jueces a inaplicar los reglamentos contrarios a la Constitución. La jurisdicción ordinaria puede así resolver el supuesto específico aplicando directamente la norma constitucional, sin necesidad de la intervención del TC.

El mismo Alto Tribunal ha, en efecto, confirmado su incompetencia para declarar la ilegitimidad constitucional de las normas de rango secundario¹⁹⁹.

En los casos de la inconstitucionalidad de reglamentos *secundum legem*, también la doctrina española diferencia entre los reglamentos que reproducen el contenido de una ley (que en este caso sería ella misma inconstitucional), y los reglamentos que no respetan en su desarrollo las directrices y los contenidos proporcionados por aquella. En este segundo caso se trataría simplemente entonces de un problema de ilegalidad, y no de inconstitucionalidad, que puede ser resuelto por la jurisdicción ordinaria.

Más complejo resulta el control de constitucionalidad de un reglamento que reproduzca el contenido de una ley (supuestamente) inconstitucional. En estos casos la doctrina española considera posible el enjuiciamiento de la norma secundaria, siempre que el juez *a quo* justifique de forma convincente, fundada y razonable en el Auto de planteamiento que la constitucionalidad de la norma reglamentaria enjuiciada depende de la ley de la que esta se origina, además de proporcionar el correcto juicio de aplicabilidad y relevancia²⁰⁰.

Hablando de la anulación de los reglamentos inconstitucionales, nos parece interesante hacer una breve referencia a otras consideraciones expresadas en la jurisprudencia constitucional. De un lado el TC ha declarado que el Gobierno tiene vedada la posibilidad de dictar nuevos reglamentos que regulen un supuesto disciplinado en un precepto declarado inconstitucional en una de sus sentencias. De otro

¹⁹⁸ Art. 6 LOPJ: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

¹⁹⁹ Entre la jurisprudencia más reciente, véanse la STC 121/2016, de 23 de junio, FJ 6: “[E]ste proceso constitucional sólo puede ceñirse a la disposición de rango legal que se cuestiona. Como se expone en el Auto de planteamiento de la cuestión, corresponderá al Tribunal Supremo, en su caso, pronunciarse sobre la norma reglamentaria”. Y entre las más antiguas la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5: “Como es obvio, no es objeto propio de la competencia de este Tribunal el pronunciamiento sobre la validez de [las] disposiciones de rango infralegal, cuyo control de legalidad y constitucionalidad corresponde a los órganos del Poder Judicial y en especial a los del orden contencioso-administrativo en los términos que dicen el art. 106.1 de la Constitución y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dentro de esta vía, al Tribunal Constitucional le compete tan sólo el examen de la constitucionalidad de la Ley y, en la medida que ello sea necesario para precisar el sentido de su decisión, la determinación del alcance de su fallo”.

²⁰⁰ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 187.

lado (y al mismo tiempo), la declaración de ilegitimidad constitucional no conlleva automáticamente la invalidez de las disposiciones infralegales aprobadas anteriormente a la decisión del Constitucional²⁰¹.

V. El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

1. El auto de planteamiento en Italia

Hemos mencionado ya en muchas ocasiones que la vía incidental de control de la constitucionalidad de las leyes se compone de dos fases, una ante el juez ordinario y otra ante la jurisdicción constitucional. Uno de los “pasos” más importantes de “comunicación” entre estas dos fases es sin duda el momento en el que el juez ordinario eleva el auto de planteamiento al Constitucional.

En Italia, el auto de planteamiento (denominado “*ordinanza di rimessione*” o di “*rinvio*”) representa el momento de suspensión del juicio *a quo* y al mismo tiempo el acto que introduce el juicio constitucional. Con este mismo el juez expresa su parecer sobre la cuestión de inconstitucionalidad, exposición que no podrá ni modificar ni especificar con más detalles. El acto es además irrevocable e inmodificable, y al juez ordinario no se permite participar en el contradictorio ante la Corte constitucional para hacer alegaciones sucesivas.

Este acto tiene una importancia esencial en lo que atañe a la tutela de los derechos que puede esperarse de la Corte constitucional, por el hecho de que el mismo fija el *thema decidendum* sobre el que el Alto Tribunal tiene que pronunciarse. Tampoco el mismo Juez constitucional puede modificar su contenido por el hecho de tener que respetar el principio de congruencia (*ne eat iudex ultra petita partium*, conocido en Italia como “*principio del chiesto-pronunciato*”).

En efecto, el art. 27 de la ley 87/1953 al afirmar que la Consulta declara los contenidos de la cuestión “dentro de los límites de la impugnación”²⁰² recibida con el

²⁰¹ “[Este] fallo [...] si bien entraña la imposibilidad de que, al amparo de la norma que declaramos contraria a la Constitución se dicten nuevos reglamentos reguladores del establecimiento de oficinas de farmacia, ni significa la ilegitimidad constitucional del principio de limitación, ni implica la invalidez de las normas reglamentarias ya existentes”, STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 5.

auto de planteamiento, no hace otra cosa sino delimitar el *thema decidendum*, y marcar un límite a su propia intervención. De esto deriva además la imposibilidad de una ampliación o modificación sucesiva del mismo por parte del juez *a quo* o de las partes del proceso que participan en el juicio constitucional. La misma Corte ha afirmado que el objeto del juicio de constitucionalidad en vía incidental “*tiene que considerarse limitado a las normas y a los parámetros indicados en los autos de remisión, dado que [...] no pueden estimarse, mas allá de los límites fijados en estos, cuestiones ulteriores o perfiles de constitucionalidad alegados por las partes, tanto los que han sido mencionados por el juez a quo pero no incluidos en los autos, como los que estén dirigidos a ampliar o modificar posteriormente el contenido de los mismos*”²⁰³.

La jurisprudencia constitucional italiana ha sentado doctrina sobre la necesidad de que el juez lleve a cabo una motivación completa y exhaustiva de la existencia de las condiciones de relevancia y de “no falta manifiesta de fundamento” (así como de la exclusión de una posible interpretación conforme). La Corte exige, en efecto, que todos los elementos necesarios para la admisibilidad de la cuestión deban resultar exclusivamente de la decisión de planteamiento y no tengan que hallarse a través de un sucesivo examen de los actos del juicio *a quo* o de decisiones diversas al auto de planteamiento²⁰⁴.

²⁰² Art. 27: “*La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*”.

²⁰³ “*Deve ritenersi limitato alle norme ed ai parametri indicati nelle ordinanze di remissione, poiché (...) non possono essere presi in considerazione, oltre i limiti in queste fissati, ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia che siano stati eccepiti ma non fatti propri dal giudice a quo, sia che siano diretti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze*”, Corte cost. n. 273 de 2005.

²⁰⁴ Es este lo que se ha definido el principio de “autosuficiencia del auto de planteamiento”, según el cual la Corte ha llegado a pretender que los datos necesarios para permitirle la verificación de la relevancia de la cuestión propuesta en relación al caso concreto no tengan que “ser deducidos del examen de las actuaciones procesales, no admitido en esta sede de acuerdo con el principio de autosuficiencia del auto de remisión” (“*non possono essere desunti dall'esame degli atti processuali, non consentito in questa sede in ossequio al principio di autosufficienza dell'ordinanza di remissione*”, Corte cost. n. 260 del 2011) o, de forma análoga, “la omisión o descripción insuficiente del caso, no subsanable mediante la lectura directa de las actuaciones, impedida por el principio de autosuficiencia del auto de remisión, excluye la necesidad de controlar la cuestión de la relevancia” (“*l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie, non emendabile mediante la diretta lettura degli atti, impedita dal principio di autosufficienza dell'atto di remissione, preclude il necessario controllo in punto di rilevanza*”, Corte cost. n. 338 de 2011). Si así fuera, resultaría por completo incomprensible cuál ha de ser la razón de la obligación de traslado de las actuaciones procesales a la Secretaría de la Corte constitucional, de manera conjunta al auto de remisión.

Así que la constante jurisprudencia constitucional excluye que el juez tenga la posibilidad de realizar la remisión *per relationem* a actos externos a la medida de planteamiento. Así se excluyen por ejemplo la remisión a las dudas sugeridas por el abogado de la parte, a las motivaciones contenidas en una sentencia de la Corte constitucional, a la opinión del Ministerio público, al informe preliminar de la parte, también si se presentan como parte integrante del auto²⁰⁵.

Sigue. dos hipótesis que pueden generar la vulneración de los derechos

a) El periodo de espera demasiado largo entre la suspensión del juicio a quo y el envío de las actuaciones a la Corte constitucional

Se puede verificar que el propio pronunciamiento del auto de planteamiento o la falta de cumplimiento de las obligaciones conexas legalmente previstas viene a determinar un efecto negativo para el sujeto en relación con la tutela de sus derechos fundamentales.

El caso representado, por ejemplo, por el retraso con el que el juez decide enviar las actuaciones del juicio *a quo* a la Corte constitucional y el reflejo negativo sobre la tutela de los derechos involucrados en el juicio principal parece evidente. En efecto, desde el momento en el que se eleva la duda de constitucionalidad, el proceso principal permanece suspenso hasta que la Corte constitucional resuelva la misma.

En una decisión muy antigua²⁰⁶, la Corte constitucional había observado cómo no se prevén sanciones en el caso de excesivo retraso por parte del juez *a quo* en el momento de trasladar las actuaciones a la Corte, no existiendo plazo perentorio alguno. Posteriormente el entonces presidente Saja denunció tales retrasos ante el Consejo General del Poder Judicial (*Consiglio Superiore della Magistratura*), el cual decidió dictar una circular en la que “*reconocida la importancia de la denuncia efectuada por el presidente de la Corte constitucional en orden al frecuente retraso en la remisión de los autos que plantean cuestiones de legitimidad (y de las respectivas actuaciones), dispone que una copia de la mencionada denuncia sea transmitida al primer presidente y al procurador general de la Corte de casación, así como a los presidentes y procuradores*

²⁰⁵ Algunos casos no se encuentran en línea con esta postura; pueden verse, por ejemplo, las sentencias de la Corte cost. n. 321 de 2010 y n. 67 de 2012).

²⁰⁶ Corte cost. n. 42 de 1957.

*generales de las cortes de apelación, llamando su atención sobre la oportunidad de dar noticia a todos los órganos jurisdiccionales*²⁰⁷.

A este respecto, podemos señalar algunos casos que parecen emblemáticos, entre estos, la cuestión de constitucionalidad elevada en 1984 y llegada a la Corte 10 años después. La cuestión tenía por objeto una disposición que había sido modificada por el legislador, con efecto retroactivo, el año siguiente. A pesar de esto, el juicio *a quo* se mantuvo suspenso hasta finales de 1994, llegando la cuestión a la Corte tan solo en marzo de ese año y resolviéndose en noviembre de 1994 con un pronunciamiento de devolución de las actuaciones al juez *a quo* para un reexamen de la relevancia de la cuestión²⁰⁸.

Curioso, y en algunos aspectos también inquietante, es el caso relativo a una cuestión de constitucionalidad planteada por un juez de Palermo con auto remitido en fecha de 14 de julio de 1999, nunca “regularmente recibido” por la Corte constitucional a causa de un problema postal y del que se da noticia sólo por el hecho de que el tribunal de Palermo en composición unipersonal (puede que fuera el mismo juez – persona física), con lapso de casi 3 años (5 de marzo de 2002), “reenvía al auto ya dictado [...] con fecha de julio de 1999” (“*fa propria l’ordinanza già emessa [...] in data 14 luglio 1999*”), cuyo texto se adjunta al acto de planteamiento. De lo que puede leerse en la sentencia de la Corte, que declaró la cuestión carente de fundamento, parece entender que el segundo auto de remisión planteaba una duda de constitucionalidad idéntica a la anterior, aunque en el ámbito de un juicio distinto. Surge, entonces, la perplejidad (por no decir, la curiosidad) de cuál sea la situación de aquel primer juicio, suspendido tras un primer auto que la Corte afirma (*de facto*) que no ha sido “nunca

²⁰⁷ "Riconosciuta l'importanza della segnalazione effettuata dal presidente della Corte costituzionale in ordine alla frequente tardività di trasmissione delle ordinanze che sollevano questioni di legittimità (e dei relativi atti), dispone che copia dell'allegata segnalazione sia trasmessa al primo presidente ed al procuratore generale della Corte di cassazione, nonché ai presidenti e procuratori generali delle corti d'appello, richiamando l'attenzione degli stessi sull'opportunità di darne notizia a tutti gli uffici giudiziari", Corte cost. n. 42 de 1957.

En algunos casos se registra un notable retraso del momento en que la cuestión de constitucionalidad planteada por el juez llega a la Secretaría de la Corte constitucional respecto al día del pronunciamiento de la resolución de remisión.

A título de ejemplo, podemos citar los siguientes ejemplos de retraso: 20 años (Corte cost. n. 202 del 2001); 13 años (Corte cost. n. 348 del 1996); 18 años (Corte cost. n. 196 del 1997); 11 años (Corte cost. n. 302 del 1997 y Corte cost. n. 317 del 2010); 10 años (Corte cost. n. 59 del 2008 y Corte cost. n. 386 del 1994); 8 años (Corte cost. n. 90 del 2000); 7 años (Corte cost. n. 142 del 1997, Corte cost. n. 275 del 1999, Corte cost. n. 72 del 2000, Corte cost. n. 179 del 2011, Corte cost. n. 180 del 2011); 6 años (Corte cost. n. 433 del 2005, Corte cost. n. 97 del 1994); 5 años (Corte cost. n. 346 del 1996); 4 años (Corte cost. n. 232 del 1995); due años (Corte cost. n. 74 del 1997, Corte cost. n. 23 del 1999, Corte cost. n. 24 del 2005); 1 año (Corte cost. n. 43 del 1998, Corte cost. n. 197, n. 313 e n. 350 del 2005).

²⁰⁸ Corte cost. n. 386 del 1994.

formalmente recibido” y (en derecho) “nunca *regularmente* recibido”, a la espera, entonces, de un pronunciamiento de la Corte que nunca llegará²⁰⁹.

b) el uso “engañoso” de la cuestión de constitucionalidad, lejos de las finalidades propias del instrumento

Se ha dado además la posibilidad de que el planteamiento del juicio de constitucionalidad en vía incidental sea en realidad empleada de manera “impropia”, olvidando por completo cuales son las características y los fines de este proceso constitucional. Uno de los casos más recurrente es el del juez *a quo* que, por las razones más diversas, quiere prolongar los tiempos del proceso hasta la decisión.

A este respecto, quisiéramos traer a colación un caso muy notorio y ampliamente mencionado en doctrina. Es el supuesto relativo a la duda de constitucionalidad de la normativa que permite la interrupción voluntaria del embarazo a las menores, siempre que estas cuenten con el consentimiento de los padres o con una autorización del juez de menores (*giudice tutelare*). Un determinado juez *a quo*, a pesar de que una idéntica cuestión de inconstitucionalidad (planteada por él mismo en el marco de un procedimiento distinto) hubiera sido declarada infundada, volvió a presentar en varios juicios análogos la misma cuestión. Dado que la ley del aborto prevé expresamente que la interrupción debe producirse en los 3 primeros meses de gestación y que la Corte constitucional emplea habitualmente mucho más tiempo en resolver las cuestiones de inconstitucionalidad, parece de todo punto evidente cómo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por parte del juez equivale a impedir que las menores recurran al aborto, de forma que estas no puedan ejercer un derecho que la ley les reconoce. Se reconoció como, en efecto, el juez había estado empleando la cuestión de inconstitucionalidad como una especie de objeción de conciencia respecto a la ley de aborto, impidiendo en la practica las interrupciones del embarazo que llegaban a su atención²¹⁰.

²⁰⁹“Mai *ritualmente* pervenuta e mai *regolarmente* pervenuta”, Corte cost. n. 76 del 2004.

²¹⁰ Corte cost. n. 65 del 1991, donde se sostiene que “de las actuaciones de la causa resulta sobrevenida la autorización de ambos padres para la interrupción del embarazo de la menor, la cual está ya sometida al requerimiento de intervención por parte de la institución sanitaria y que de ello se dio noticia al juez de menores por parte de la ASL (“*azienda sanitaria locale*”) competente, en una nota con fecha de 18 de septiembre de 1990” (“*dagli atti di causa risulta che è sopravvenuto l’assenso di entrambi i genitori per l’interruzione della gravidanza della minore, la quale è stata già sottoposta al richiesto intervento da*

2. El auto de planteamiento en España

También en España el momento procesal de conexión entre el proceso *a quo* y el proceso ante el TC se concreta en el planteamiento de la cuestión por parte del juez ordinario a través de un auto específico. La LOTC precisa que podrá elevarse el auto de planteamiento cuando esté concluido el procedimiento ordinario y dentro del plazo para dictar la resolución jurisdiccional que procediese²¹¹, y describe además el contenido mínimo de este acto. El juez ordinario tiene así la obligación de especificar la disposición con rango de ley de dudosa constitucionalidad, el precepto de la Carta constitucional que ésta supuestamente vulnera y de exteriorizar el juicio de aplicabilidad y relevancia²¹² al que están dedicadas algunas de las reflexiones anteriores de este trabajo. El Auto de planteamiento tendrá que contener también las alegaciones y consideraciones expresadas en su caso por las partes del proceso *a quo* y por el Ministerio Fiscal durante la imprescindible fase de audiencia previa²¹³.

Elevar un auto de planteamiento tiene como consecuencia la suspensión del proceso judicial en el que ha surgido la duda de constitucionalidad. En el ordenamiento español el efecto que acabamos de mencionar no fue claro desde el principio. En efecto el art. 163 CE afirmaba que elevar una CI en ningún caso habría conllevado efectos suspensivos, sin especificar en realidad el objeto de esta prohibición de suspensión²¹⁴.

parte della struttura sanitaria e che di ciò è stata data notizia al giudice tutelare da parte della ASL competente, con nota in data 18 settembre 1990”).

Evidentemente, la menor, frente a la proposición instrumental de la cuestión de constitucionalidad, se vio obligada a hablar con sus padres sobre el embarazo, obteniendo su consentimiento para abortar.

²¹¹ Art. 35.2 LOTC: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese [...]*”. Antes de la reforma de 2007, la LOTC establecía la posibilidad de plantear una CI dentro del plazo para dictar “sentencia”. Sin embargo ya desde los años ‘80 el TC precisó en su doctrina (constantemente reiterada) que en dicha dicción tenían que incluirse también todos aquellos pronunciamientos decisivos de una resolución judicial, tanto si se trataba de una materia de fondo como si se resolvía un problema procesal (SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 6; 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 1). La reforma legislativa no tiene otra finalidad entonces que aquella de proporcionar rango legal a un contenido desarrollado por la jurisprudencia constitucional.

²¹² Art. 35.2 LOTC: “*El órgano judicial [...] deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión*”.

²¹³ Art. 35.2 LOTC: “*[...] Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días*”. Hablaremos con más detalle de la importancia de la audiencia previa a las partes en las páginas siguientes.

²¹⁴ Reproducimos una vez más el texto del art. 163 CE: “*Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser*

En doctrina algunos Autores se preguntaron si la norma se refería a la paralización del proceso principal o a la suspensión de la vigencia de la norma enjuiciada en el auto de planteamiento, siendo absolutamente en mayoría los que sostuvieron la primera de las dos tesis.

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en pronunciarse a favor de los efectos suspensivos del auto de planteamiento solo con respecto al proceso *a quo*; de ninguna forma elevar una CI puede interrumpir la vigencia de la ley objeto de la misma.

La “intensa”²¹⁵ reforma operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, intervino y tradujo en norma legal cuanto muchas veces reiterado en sentencias, al establecer en un nuevo párrafo tercero del art. 35 LOTC que “*El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.*”.

El efecto ahora descrito puede crear un obstáculo para la concreta protección y realización de los derechos en caso de dudas de constitucionalidad que surjan en la fase de instrucción del proceso penal, sobre todo en los supuestos de necesiten la adopción de medidas cautelares por parte del juez ordinario que ha planteado la cuestión. El TC ha afirmado que en estos casos los efectos suspensivos del planteamiento de una CI no paralizan también aquellas actuaciones por parte del órgano judicial que se consideren necesarias “*para asegurar el objeto del proceso [...] y para llevar a cabo otros actos de*

contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

²¹⁵ Así la define y califica ARAGÓN REYES: “*Ahora bien, aunque la reforma no sea extensa, sí es intensa, en cuanto que afecta profundamente a dos cuestiones de crucial importancia para el Tribunal: su status y el recurso de amparo*”. ARAGÓN REYES, MANUEL, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 85, enero-abril, 2009, p. 29.

Considerado el tema objeto de este trabajo de investigación, nos permitimos añadir otro aspecto que se ha visto modificado con la reforma de 2007 de la LOTC y que nos parece muy importante mencionar con respecto a la relación entre el instrumento del control de las leyes en vía incidental y la tutela de los derechos: la revisión de un nuevo párrafo segundo en el art. 37 LOTC que introduce la posibilidad para las partes del juicio *a quo* de personarse ante al TC durante la fase *ad quem* (Art. 37.2 LOTC: “*Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días*”).

instrucción y ordenación del proceso que no guarden relación con la norma cuestionada”²¹⁶.

También en España se ha hablado de la “autosuficiencia” del auto de planteamiento, especialmente en el sentido de que el mismo tiene que respetar aquellos contenidos mínimos exigido, como acabamos de ver, en la normativa constitucional y orgánica. Sin embargo, en muchas ocasiones, el TC ha delimitado él mismo el objeto del juicio de constitucionalidad o evidenciado diferentes normas constitucionales como parámetro de control, yendo así más allá del contenido del auto de planteamiento o restringiéndolo²¹⁷.

Las hipótesis en las que pueden derivarse efectos negativos para la tutela de los derechos: la elección del juez *a quo* de no plantear una CI y la falta de motivación

Uno de los temas más interesantes, a nuestro parecer, que conciernen el auto de planteamiento y con respecto al análisis de la cuestión de inconstitucionalidad como instrumento de tutela de los derechos, es el debate en torno a la obligación del juez ordinario de plantear una CI cuando una de las partes del proceso lo haya solicitado²¹⁸. Para ser más concretos, en realidad el punto crucial sobre el que la doctrina y la jurisprudencia española se interrogaron era la posibilidad de que la decisión del órgano judicial de rechazar el planteamiento de una CI pudiese llevarse a cabo sin motivación y sobre todo que esto no provocara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del sujeto que había solicitado elevar la duda de constitucionalidad al TC²¹⁹.

²¹⁶ SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 179-180.

Nos parece evidente la relevancia de estas afirmaciones que modulan los efectos del planteamiento de las CCI para lograr una mayor tutela los derechos e intereses de las personas involucradas en el proceso *a quo*.

²¹⁷ Casi siempre esta injerencia del Alto Tribunal ha sido justificada aduciendo que se trataba simplemente de aclarar afirmaciones en realidad contenidas en el auto y que el órgano judicial no había dejado adecuadamente explicadas; en otras circunstancias, el TC interviene porque el juez *a quo* se ha equivocado en llevar a cabo determinadas reflexiones (por ejemplo en el juicio de aplicabilidad o en la elección del parámetro de control), pero la CI puede seguir adelante después de unas simples puntualizaciones por parte del TC.

²¹⁸ Tanto en Italia como en España, la normativa establece que la CI pueda solicitarse a instancia de parte o de oficio. Sin embargo, veremos a continuación que el planteamiento de la cuestión depende exclusivamente de la voluntad del órgano judicial, y las problemáticas conexas a esta circunstancia.

²¹⁹ En Italia este problema no suele presentarse, ya que el juez ordinario que decida no plantear una CI solicitada a instancia de parte, tiene la obligación de emitir un auto autónomo en el que explique y motive su decisión (art. 24 ley 87/1953: “*L’ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata. L’eccezione può essere*”).

Desde el principio de su funcionamiento, el TC consideró que la decisión sobre la promoción de una CI es expresión de la que podemos definir, utilizando las palabras de JIMÉNEZ CAMPO, “*autodeterminación judicial*”²²⁰. Plantear o no una duda de constitucionalidad ante el TC compete en exclusiva al órgano judicial que conoce del caso específico, es una absoluta prerrogativa del juez ordinario²²¹. Es más: para el Alto Tribunal, incluso en el caso en el que una de las partes del proceso hubiera expresado su perplejidad sobre la legitimidad constitucional de la norma aplicable al mismo, la negativa a suscitar la CI por parte del juez competente para resolverlo no vulnera por sí sola el derecho *ex art. 24 CE*. Durante muchos años de funcionamiento la jurisprudencia consolidada llegó todavía más lejos: tan amplia era la libertad del juez ordinario en esta decisión, que tampoco habría conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva la falta de motivación y justificación del no planteamiento de la CI en la sentencia que cerraba el juicio en cuestión.

En la jurisprudencia más reciente, sin embargo, el TC ha modificado su doctrina. Aunque manteniendo idénticas sus afirmaciones sobre la exclusiva prerrogativa judicial en la decisión de plantear o no plantear una CI, el Constitucional ha declarado en muchas ocasiones que la falta de motivación o incluso una motivación que se manifieste incoherente o arbitraria a la negativa a elevar una CI ante él mismo, constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva²²².

riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del proceso”). En la praxi, sin embargo, muchas veces el órgano judicial incluye esta motivación en la misma sentencia con la que resuelve el asunto en el que se intentó elevar una CI a instancia de parte.

²²⁰ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 94.

²²¹ Entre muchas otras, puede verse la STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2.

²²² Entre las sentencias más recientes puede verse la STC 263/2015, de 14 de diciembre, en cuyo FJ 2 se afirma: “*De este modo, si un órgano judicial estima que una norma foral fiscal adolece de posibles vicios de inconstitucionalidad, viene obligado a suscitar la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional, y, si no lo estima así, supuesto en el que obviamente no está compelido a plantear la cuestión, debe limitarse a aplicarla, eso sí, razonando los motivos por los cuales considera, en contra de la opinión del recurrente, que la disposición cuestionada no adolece de los vicios que se le imputan, resultando plenamente conforme con el ordenamiento constitucional (SSTC 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, y 240/2015, de 30 de noviembre, FJ 2)*”.

En realidad esta decisión no resuelve una CI sino de una cuestión prejudicial de validez de las Normas Forales fiscales de los territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya; sin embargo la misma Disposición Adicional Quinta de la LOTC que regula este tipo de proceso afirma expresamente que al mismo se aplica la regulación prevista por la cuestión de inconstitucionalidad (Disposición Adicional Quinta LOTC: “*1. Corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dictadas en el ejercicio de sus competencias exclusivas garantizadas por la disposición adicional primera de la Constitución y reconocidas en el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (Ley Orgánica 31/1979, de 18 de diciembre). El Tribunal Constitucional resolverá también las cuestiones que se susciten con carácter prejudicial por los órganos jurisdiccionales sobre la validez de las referidas disposiciones, cuando de ella dependa el fallo del litigio principal. El parámetro de validez de las Normas Forales*”).

Claramente hay que precisar que el juez ordinario conculcaría este derecho sólo en el caso de haber tenido dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso y relevante para su resolución, y aun así la hubiera aplicado sin plantear la CI ni motivar adecuadamente su decisión de no elevar la cuestión ante el TC²²³.

Absolutamente distintiva es la doctrina que fija la STC 58/2004, de 19 de abril, que podríamos considerar uno de los pronunciamientos principales en este tema.

Será preciso, siquiera de modo panorámico, describir el supuesto de hecho. Un empresario del sector del juego presentó un escrito dirigido al Jefe de la Sección del Juego de la Delegación Territorial de Barcelona (Generalidad de Cataluña) oponiéndose a la tasa fiscal que le correspondía abonar según lo dispuesto en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, así como, en segundo lugar, contra el recargo autonómico establecido sobre la misma por una Ley del Parlamento de Cataluña, la 2/1987, de 5 de enero, y los incrementos establecidos en aquélla en sucesivas Leyes presupuestarias de diversos ejercicios. Desestimada esa oposición y efectuada la liquidación correspondiente, presentó el interesado una reclamación económico-administrativa, que fue también rechazada, y seguidamente un recurso contencioso-administrativo, que resultó en cambio estimada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

Para sostener su interpretación, citaba el órgano judicial la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 173/1996, de 31 de octubre, que quedó referida al art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que incrementaba la cuota anual de la citada tasa para un concreto ejercicio (1990). Igualmente, ahora para analizar "la

enjuiciadas se ajustará a lo dispuesto en el artículo veintiocho de esta Ley. 2. La interposición y sus efectos, la legitimación, tramitación y sentencia de los recursos y cuestiones referidos en el apartado anterior, se regirá por lo dispuesto en el Título II de esta Ley para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad respectivamente. [...]"

²²³ STC 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2: "[...] ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal no alberga dudas sobre la constitucionalidad de la norma foral fiscal aplicable al caso concreto y decide por ello, en contra de la opinión del justiciable, no plantear la cuestión al Tribunal Constitucional que se le solicita (SSTC 58/2004, de 19 de abril, FJ 10; 84/2008, de 21 de julio, FJ 5; 26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3; 222/2015, de 2 de noviembre, FJ 2; 239/2015, de 30 de noviembre, FJ 2, y 240/2015, de 30 de noviembre, FJ 2). Ahora bien, "el que esta potestad de los Jueces y Tribunales esté configurada de manera exclusiva no significa, en modo alguno, que no deba ser exteriorizado, de manera suficiente y adecuada, el razonamiento que, desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene rango constitucional (art. 120 CE)" (STC 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3)".

legalidad del recargo autonómico", establecido en la ley autonómica antes citada, examina el órgano judicial la legalidad de la tasa a la luz de la Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de lo que nos ocuparemos, analizando también y entre otras esta STC 58/2004, al examinar las cuestiones afectantes a la tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia en los ámbitos de protección multinivel.

En el recurso de amparo promovido por la Generalidad de Cataluña se ponían en cuestión los dos pronunciamientos de la Sentencia impugnada, tanto el correspondiente a la tasa estatal como el propio del recargo autonómico. La fundamentación esencial residía, desde en ambos prismas, en la existencia de una desatención del sistema de fuentes, con lesión del art. 24 CE.

Tiene relevancia el pronunciamiento al objeto que en este momento se analiza en razón de que la decisión adoptada por el órgano judicial sobre la tasa prescrita en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, que acuerda no aplicar al caso por su (pretendida) contradicción con la Norma Fundamental, se produjo sin planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC.

Dice el Tribunal en la STC 58/2004 que el apartado del fallo que se funda en una pretendida inconstitucionalidad de la tasa fiscal fijada por el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990 no es correcto, pues no fue esa declaración la que hizo la STC 173/1996, de 31 de octubre, referida exclusivamente al art. 38.2.2 de la Ley (un gravamen complementario aplicable exclusivamente durante un ejercicio, el año 1990) y no al art. 38.2.1 (cuota de la tasa), que ahora resultaba objeto de la controversia. Esto así, afirma: *“(e)llo supone que, al extender el órgano judicial los efectos de nuestra declaración de inconstitucionalidad hecha para una figura tributaria (el gravamen complementario) a otra totalmente distinta (la tasa fiscal del juego), se está arrogando una competencia que no le corresponde, incurriendo, también en este caso, en un exceso de jurisdicción”*.

A fin de fundamentar esa conclusión, recuerda la Sentencia constitucional que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley con base en un juicio de incompatibilidad con la Constitución; que la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional y, asimismo, que la disposición de ley que, según el juzgador, resulte aplicable en el proceso no puede dejar de serlo, por causa de su posible invalidez, sino a través de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad mediante resolución

motivada (art. 163 CE) y con la audiencia previa que prescribe el art. 35 LOTC. Concluyendo de todo lo dicho: *“ignorar estas reglas, constitucionales y legales, supone, en definitiva, no sólo menoscabar la posición ordinal de la ley en nuestro Derecho y soslayar su singular régimen de control, sino privar también al justiciable de las garantías procedimentales (como el de la previa audiencia, a que nos acabamos de referir), sin cuyo respeto y cumplimiento la ley aplicable al caso no puede dejar de ser, en ningún supuesto, inaplicada o preterida”,* lesionándose en otro caso, termina el pronunciamiento, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (en el supuesto concreto: *“tanto por no haber planteado el órgano judicial la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE, única vía que le asistía para dejar inaplicada la norma con rango legal aplicable al supuesto de autos, como por haber desconocido la eficacia de una norma legal plenamente vigente”*), y también el art. 24.1 CE (por soslayar el derecho de defensa del interesado, que no tuvo *“oportunidad u ocasión de prever tal preterición, dado el sometimiento judicial al imperio de la ley, ni pudo hacer uso del trámite de alegaciones previsto en el art. 35 LOTC”*9).

Ese interesante destacar que, así como el Tribunal ha insistido hasta la saciedad en que no hay vulneración del art. 24 CE por la decisión motivada de no planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del órgano judicial, cerrando de esa manera la hipótesis de que las peticiones formuladas en ese sentido a instancia de parte puedan acarrear una quiebra de derechos fundamentales cuando si son rechazadas, así también, en cambio, la lesión se da (a modo de excepción a aquella regla general) cuando el no planteamiento de la CI va acompañado de un exceso de jurisdicción. Esto es, lo determinante de uno u otro resultado es la efectiva aplicación de la ley al caso, ya que solo puede soslayarse tras una declaración de inconstitucionalidad adoptada por el Tribunal Constitucional.

Un criterio que no puede sino parecernos razonable, pues es obvio que en el diseño español la decisión de planteamiento corresponde al juez ordinario, pero que, del mismo modo, éste no puede convertir ese margen apreciativo en un resultado de desatención de la ley por inconstitucionalidad, sorteando los límites de su jurisdicción e invadiendo los que corresponden al TC. En suma, la no elevación de la cuestión es lesiva si el órgano judicial, subvirtiendo el sistema de fuentes, decide la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley sin someter ese juicio al TC en un juicio incidental, desbordando su competencia jurisdiccional.

Un matiz o excepción muy relevante, como se ve, pues rompe el marco o parámetro ordinario en la materia, incluyendo un supuesto paralelo, con distintos efectos, en el que derechos fundamentales y cuestión de inconstitucionalidad salen, en su armonización, íntimamente vinculados, al punto de poder darse la vulneración directa de aquellos en función del comportamiento judicial.

Un encuadramiento de la lesión, en segundo, también trascendente. Es el art. 24.2 CE, por perturbarse el sistema de fuentes, el que queda comprometido en esos supuestos, al asociarse la desatención de éste (inaplicar la ley sin cuestión de inconstitucionalidad) con el derecho a un proceso con todas las garantías, y no con la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (aunque ésta quede también afectada desde el prisma del derecho de defensa, según ha quedado escrito).

Y, finalmente o en tercer lugar, en estrecha relación con los contenidos de nuestro trabajo, una doctrina del Tribunal tuitiva e intensificadora de la cobertura de los derechos fundamentales, pues convierte el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en una quiebra de derechos fundamentales, dotando así de una lógica de penetración e intensidad de los derechos gracias a las cuestiones de inconstitucionalidad.

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

1. La ampliación del rol “decisional” del juez en Italia:

a) la obligación de la interpretación conforme

Como conclusión de este capítulo dedicado a los problemas relacionados con la tutela de los derechos fundamentales en el juicio incidental de leyes con referencia a la fase que se desarrolla ante el juez *a quo*, pretendemos ahora desgranar algunas consideraciones referidas al papel de éste efectivamente desarrollado, acudiendo a elementos relativos a la forma en la que el juicio incidental se ha venido practicando en los distintos países.

Por lo que concierne al ordenamiento italiano, ya hemos visto la posición especial y la indudable importancia que se le atribuye al juez, en tanto que “portero” de la Corte constitucional, por el hecho de que las vías de acceso se han reducido de hecho durante mucho tiempo a la vía incidental y, de ahí, la “apuesta”, más o menos consciente, de los legisladores constitucional y ordinario en la sensibilidad constitucional de la magistratura y sobre el hecho de que entre ésta y la Corte constitucional se viniera a generar una relación de colaboración y confianza recíprocas, indispensable para la realización de todo aquello que perseguían, ya fuera “el alma objetiva” o la “subjética” de la justicia constitucional.

Sobre todo fundándose en un análisis crítico de las normas que regulan la fase de iniciación del proceso incidental, la doctrina más avezada suele reconocer al juez dos clases de funciones que pueden ser consideradas diversas: *a)* la de “controlador” de los elementos ya planteados por las partes en el juicio *a quo*, con el fin de evitar, por un lado, que lleguen a la Corte cuestiones conjeturales o demasiado abstractas y privadas de cualquier consistencia real y, por otro lado, de reafirmar, por parte de un órgano del Estado y contra el riesgo de una “rebelión” del individuo frente a la ley, el valor o la fuerza de la propia ley; y *b)* la de “promotor”, en consideración de la potestad que se le reconoce de plantear de oficio una cuestión de legitimidad constitucional²²⁴.

²²⁴ ROMBOLI, R, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 63 y ss.

Es posible comprobar, valorando la concreta aplicación de esta regulación, si entre estas dos funciones reconocidas al juez haya prevalecido la de “controlador” (si por ejemplo se hubiera valorizado mayormente la instancia de parte y por tanto en interés del individuo frente al general, relegando el planteamiento de oficio a la simple tarea residual de suplir a la falta de ejercicio de la instancia de parte en el planteamiento de las CCI), o, por el contrario, la función de “promotor”, en nombre del interés público superior, si se calificara la instancia de parte como un simple estímulo o solicitud a la actividad del juez.

Si miramos entonces como en concreto se ha realizado el papel del juez en el juicio en vía incidental, podemos afirmar que sin duda ha prevalecido la segunda de las funciones indicada. La cuestión de inconstitucionalidad se ha convertido, en efecto, en un instrumento, sobre todo para los miembros más jóvenes de la magistratura, para liberarse de las interpretaciones conservadoras de los “jueces superiores” e inspirarse en nuevos valores constitucionales, hasta el punto de que esta parte de la magistratura fue acusada de buscar protagonismo o de seguir y apoyar a una determinada orientación política (los así llamados “jueces de asalto” o “togas rojas”) e incluso de perseguir fines políticos (el denominado “uso alternativo del derecho”)²²⁵.

La cuestión de inconstitucionalidad, de hecho, como demuestra con facilidad la lectura de los autos de planteamiento, resulta muy a menudo planteada de oficio y también cuando ello viene seguido de instancia de parte, esta última es casi siempre reelaborada, modificada o integrada por parte del juez.

Todo el esfuerzo de la autoridad judicial remitente se dedica en realidad a motivar la “no manifiesta falta de fundamento” de la cuestión de constitucionalidad, mientras que poca atención, sobre todo en los primeros años, se dedicaba a la relevancia de la excepción. Por otra parte, la lectura del auto de planteamiento muestra cómo los jueces *a quibus*, más que expresar una duda sobre la falta de conformidad de la ley denunciada con los principios constitucionales, mostraban estimar “ciertamente” inconstitucional la normativa impugnada. Los jueces hablan a menudo de una contradicción “palmaria”, “insalvable”, “clara” y “evidente” con la Constitución, apareciendo ciertamente más como “actores” en primera persona que como

²²⁵ ROMBOLI, R, *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 2004, pp. 319-364, p. 328.

“controladores” y “seleccionadores” de las instancias de parte. Todo esto es testimonio de la sensibilidad de los propios jueces hacia los nuevos valores constitucionales.

Ahora bien, si en una primera fase interesa ver qué potestades en concreto ha asumido el juez en tanto que “portero” de la Corte constitucional, en una segunda etapa de la jurisprudencia constitucional italiana se trata de analizar el cambio que se ha verificado en el rol del juez. Parece que, en efecto, este órgano haya pasado de ser quien solo “abre las puertas” del proceso constitucional, a quien, siempre dentro de ciertos límites que ahora veremos, resuelve directamente las dudas de constitucionalidad, en cierto modo sustituyéndose al Juez constitucional.

Esto es el logro, hoy ampliamente alcanzado, como se verá, de la progresiva valorización de la actividad interpretativa del juez por parte de la Corte constitucional.

En efecto, hemos ya recordado que la jurisprudencia constitucional ha añadido, junto a las condiciones tradicionales de relevancia y no falta manifiesta de fundamento, un tercer requisito para el juez, es decir demostrar haber intentado, antes de elevar la cuestión de constitucionalidad, resolver las propias dudas mediante una interpretación conforme a la Constitución.

Desde el 1996, esta obligación viene exigida por la Corte constitucional, so pena la inadmisión de la cuestión. De la sentencia más famosa sobre esta temática fue ponente el Juez Zagrebelsky, que afirmó que *“en línea de principio, las leyes no se declaran constitucionalmente ilegítimas porque sea posible otorgarles interpretaciones inconstitucionales (y algún juez estime de hacer esto), sino porque resulta imposible otorgarles interpretaciones constitucionales”*²²⁶.

Como acabamos de decir, la Corte constitucional empezará entonces a sancionar con decisiones de inadmisibilidad, simple o manifiesta, los supuestos en los que los jueces ordinarios planteen cuestiones de inconstitucionalidad sin demostrar haber previamente intentado proporcionar una interpretación conforme²²⁷.

En el seno de la doctrina, a propósito de esta línea jurisprudencial, se ha discutido sobre su coherencia y compatibilidad con las obligaciones tradicionales, normativamente previstas, que se le imponen al juez para la proposición de una cuestión de inconstitucionalidad. En efecto, la regulación italiana parece excluir el planteamiento

²²⁶ *“In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime” perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”*, Corte cost. n. 356 de 1996.

²²⁷ Véanse, por ejemplo: Corte cost. nn. 65, 69, 174, 197, 202, 314, 380, 386, 401, 445 del 1999, nn. 13, 27, 69, 177, 233, 276, 277, 289, 592 del 2000, nn. 20, 21, 227, 234, 316, 322, 376, 393, 395, 442, 592 de 2001.

de una duda de constitucionalidad sólo cuando la contradicción entre la ley y la Constitución aparezca, a primera vista, absolutamente sin fundamento, pues se considera suficiente la existencia de una simple duda para elevar una cuestión de inconstitucionalidad. En cuanto al examen del juez sobre los requisitos, además, se solía afirmar que este debe poseer solo un carácter meramente sumario.

La solicitud, so pena de inadmisibilidad manifiesta, de una motivación adecuada de los razonamientos relacionados con la tentativa de una interpretación conforme, parecía reaccionar en contra de aquellos requisitos tradicionales y, en particular, en contra de la no falta manifiesta de fundamento, con la finalidad de transformar esta condición, que al fin y al cabo consistía en una simple duda, en una “cuasi” certeza sobre la contradicción entre la ley y los principios constitucionales²²⁸.

De acuerdo con algunos Autores, la invitación (sobre todo desde que se empieza a considerar como una condición de admisibilidad) a proceder con la tentativa de llevar a cabo una interpretación conforme, aunque la misma haya sido sugerida por la Corte, conduce a una transformación del modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución, posible tan sólo a través de una reforma de ésta²²⁹. Otros, en cambio, ven en este cambio un punto en favor de la mejoría de las relaciones de colaboración necesaria entre el juez ordinario y la Corte constitucional. Por ello se ha hablado del modelo italiano en términos de “control no difuso, sino colaborativo”, siéndose conscientes, desde el realismo, de que la tutela de los derechos fundamentales en Italia no puede ser garantizada tan sólo por los 15 jueces de la Corte constitucional, sino

²²⁸ Para tales posiciones v. FALZEA, P., *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo dei giudici nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 104 y ss. y *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005; PUGIOTTO, A., *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, en *Corr. Giur.*, 2004, pp. 480 y ss.; RESCIGNO, G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, en AZZARITI, G., (coord.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21, según el cual, través de esta jurisprudencia la Corte “*distorsiona el mecanismo tal y como está configurado en la ley constitucional, que prevé que el juez tiene la obligación de elevar la cuestión no cuando está convencido de la inconstitucionalidad de la norma, sino cuando duda de sus constitucionalidad (y, a mi parecer, cuando estima razonable la duda expresada por al parte que ha elevado la cuestión)*” (“stravolge il meccanismo come configurato nella legge costituzionale, la quale prevede che il giudice abbia l’obbligo di sollevare la questione non quando è convinto della inconstituzionalità della norma, ma quando dubita della sua costituzionalità (ed anzi, a mio parere, quando ritiene ragionevole il dubbio espresso dalla parte che ha sollevato la questione)”).

²²⁹ RESCIGNO, G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 2417.

también, y, añadiríamos, principalmente, por los jueces ordinarios, sobre la base de las indicaciones y directrices desarrollados por la Corte constitucional²³⁰.

b) Sigue: la utilización de las denominadas “sentencias aditivas de principios” de la Corte constitucional.

Encontrar la solución a la duda de constitucionalidad a través del uso de los poderes interpretativos del juez y el recurso a la interpretación conforme ha llevado a la consideración de que la cuestión de inconstitucionalidad se haya transformado en una cuestión de interpretación.

Este efecto, y siempre en relación con una ampliación del poder de decisión del juez ordinario, se deduce también de la utilización, por parte de la Corte constitucional, del tipo de decisiones denominadas “aditivas de principios” (“*additive di principio*”).

Para dar una idea de las finalidades y el alcance de este tipo de resoluciones, podemos mencionar las palabras de los dos Presidentes de la Corte constitucional en el cargo en el momento en el que comenzó el uso de las aditivas de principios. El primero de ellos, el Juez Ferri, sostuvo que “*normalmente la Corte adopta decisiones aditivas de principios cuando a la ilegítima inercia del legislador²³¹ le corresponde [a la Corte] la discrecionalidad de proporcionar la prestación negada*” y que “*una discrecionalidad similar puede encontrarse también en el caso de negación de tratamientos que corresponden a las libertades fundamentales*”²³²; mientras que el segundo, el Juez Granata, precisó que con tales decisiones “*se declara la ilegitimidad inconstitucional de la falta de previsión de un mecanismo idóneo para dotar de efectividad la protección de los derechos en juego, dejando sin embargo al legislador la potestad de identificar tal mecanismo de forma abstracta y permitiendo, mientras tanto, que el juez ordinario*

²³⁰ “*Sindacato non diffuso, ma collaborativo*”, MODUGNO, F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, en *Giur. cost.*, 2009, pp. 2411-2412.

²³¹ Sobre el análisis de algunas de las problemáticas relativas a las omisiones del legislador y a la intervención de las Cortes constitucionales.

²³² “*In genere la Corte adotta decisioni additive di principio, quando all'illegitima inerzia del legislatore corrisponde una sua discrezionalità nell'erogare la prestazione negata*” y que “*simile discrezionalità può riscontrarsi anche nel caso di negazione di trattamenti che corrispondono a libertà fondamentali*”, rueda de prensa del Presidente della Corte costituzionale Ferri en 1996, cuyo texto puede consultarse en www.cortecostituzionale.it.

encuentre la regla aplicable al caso concreto en el principio expresado por la Corte”²³³.

Atrapada entre el yunque del respecto de las elecciones discrecionales del legislador y el martillo de garantizar el propio papel de enjuiciador de las leyes, la Corte escoge declarar la inconstitucionalidad de una ley sin que el pronunciamiento resulte de naturaleza auto-aplicativa (como en el caso de las decisiones de tipo aditivo o sustitutivo) y limitándose a fijar un principio que deberá ser objeto de desarrollo infraconstitucional por parte del legislador y, dentro de lo posible, por el juez encargado de resolver el caso concreto²³⁴.

Sin embargo, es necesario precisar que no todas las sentencias aditivas de principios posean las mismas características. No tendrá la misma eficacia la decisión de la Corte que proporcione un principio fácilmente determinable y de fácil interpretación, respecto a aquellos casos en los que el principio indicado aparece como genérico e indeterminado²³⁵.

Aùn así, en el caso de aportar la Consulta un principio indeterminado, podríamos encontrarnos ante lo que una parte de la doctrina ha definido “un doble efecto paralizante”²³⁶.

Las decisiones aditivas de principios resultan en realidad compuestas de dos partes: una de carácter demolitorio en la declaración de inconstitucionalidad, que tendrá claramente efecto vinculante y eficacia *erga omnes*; y otra parte que contiene en cambio

²³³ "Si dichiara l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di un meccanismo idoneo a rendere effettivi i diritti in parola, lasciando però al legislatore il potere di individuare tale meccanismo in linea astratta ed abilitando intanto il giudice comune a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla Corte", rueda de prensa del Presidente della Corte costituzionale Granata en 1999, cuyo texto puede consultarse en www.cortecostituzionale.it.

²³⁴ Corte cost. n. 74 de 1996, la cual ha observado que “la declaración de ilegitimidad constitucional de una omisión legislativa [...] mientras deja al legislador, reconociéndole su innegable competencia, introducir y regular también con carácter retroactivo tal mecanismo en vía de normación abstracta, la misma proporciona un principio al que el juez común está habilitado a hacer referencia para poner remedio entretanto a la omisión mediante la identificación de la regla del caso concreto” (“la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa [...] mentre lascia al legislatore, riconoscendone la innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”).

²³⁵ Entre otras, y con el objetivo de examinar los caracteres principales de este tipo de pronunciamientos, véanse las siguientes declaraciones de inconstitucionalidad: n. 138 de 1993; n. 171 de 1996; n. 324 de 1998; n. 26 de 1999; n. 254 de 2002; n. 466 de 2002; n. 385 de 2005; Corte cost. n. 301 de 2012.

²³⁶ Tal efecto consistiría en el hecho de que, por un lado, la regulación declarada inconstitucional ya no sería aplicable, dada la eficacia *erga omnes* de la decisión estimatoria y, por otro lado, el juez estaría en la situación de tener que llevar el juicio a su conclusión en ausencia de intervención del legislador. Sobre este tema puede verse también PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, pp. 327 y ss. DOLSO, G. P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 4146

el principio indicado por la Corte constitucional. Esta segunda parte es la que puede crear problemas por necesitar de un desarrollo sucesivo; el principio enunciado, en efecto, aun siendo autoritativo, no puede sino considerarse un consejo dirigido tanto al legislador como al juez y como tal poseedor de eficacia persuasiva, pero ciertamente no vinculante. La indicación del “principio” puede, por tanto, ser acatada por el legislador, y/o por el juez. Y aquí llegamos al verdadero aspecto problemático: mientras el legislador no está obligado a seguirlo (no siendo sancionable la omisión legislativa), para el juez la situación se configura de manera diferente. El juez se encuentra en la obligación de dar una respuesta al sujeto que le realiza una petición de impartición de justicia, hecho que llevan a concluir que el juez estará obligado, a través también de sus propias potestades interpretativas y el eventual recurso a la analogía, a seguir el “principio” señalado por la Corte²³⁷.

En sustancia y en definitiva, un determinado tipo de resoluciones (las aditivas de principios) creadas principalmente para respetar las elecciones discrecionales del legislador, han acabado por determinar una ampliación de las potestades interpretativas y decisionales de los jueces²³⁸.

2. La falta de obligación de interpretación conforme en España

En España la jurisprudencia del TC no valoriza de la misma forma que en Italia el papel del juez ordinario en su tarea de intérprete de la constitucionalidad de las leyes. En efecto, el Alto Tribunal ha interpretado la letra del art. 5.3 LOPJ, que afirma que el órgano jurisdiccional planteará la cuestión de inconstitucionalidad “*cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*”²³⁹, de una forma bastante laxa, permitiendo que el juez ordinario

²³⁷ A este respecto, v. las observaciones de: D’AMICO, M., *Le insidie delle decisioni “di principio” (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, en *Giur. cost.*, 1999, p. 252; DOLSO, G. P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, *ivi*, 1999, pp. 4158 y ss.; RUGGERI, A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi* en *Dir. e soc.*, 2007, 1, p. 516.

²³⁸ Corte cost. 270 de 1999.

²³⁹ Dada la trascendencia del art. 5 LOPJ para los temas tratados en este trabajo y especialmente en este párrafo, reproducimos el texto completo del mismo: “1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. 2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica. 3. Procederá el

conciba la búsqueda de la interpretación conforme como una simple alternativa al planteamiento de una CI.

Para ser más precisos, en opinión de MEDINA GUERRERO²⁴⁰, esta postura del TC es fruto de una evolución de su jurisprudencia que empezó con una interpretación mucho más literal del artículo de la LOPJ ahora citado. En una de sus primeras sentencias puede leerse efectivamente que el órgano judicial estaría legitimado a plantear una cuestión de legitimidad constitucional sólo cuando no hubiese sido posible por vía interpretativa su adecuación al Ordenamiento constitucional. Tratándose de la primera sentencia que resolvió una CI, parece (en opinión de quien escribe) que esta afirmación en realidad sólo pretendía reproducir sintéticamente las reglas básicas de previsión constitucional y legal que disciplinan este tipo de proceso²⁴¹.

En una sentencia muy reciente, que reproduce la doctrina sentada sobre este tema en las últimas décadas, el TC expresa con mucha claridad que en el ordenamiento español los jueces ordinarios no están obligado a llevar a cabo la interpretación conforme de la norma que consideren de dudosa constitucionalidad. Esta carga añadiría un nuevo requisito procesal de admisibilidad no previsto ni en la Constitución ni en la

planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional. 4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional²⁴⁰.

²⁴⁰ MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 59.

²⁴¹ STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 1: *“El principio en la materia que regula el art. 163 de la Constitución, y que reproduce y en parte desarrolla el art. 35 de la LOTC, es que el Juez o Tribunal que plantea la cuestión considere que una norma aplicable al caso es inconstitucional. El fundamento ha de verse en un doble orden de razones: una, en la indagación del derecho aplicable al caso, el Juez o Tribunal ha llegado a la conclusión de que la norma, salvo que se juzgue inconstitucional, es determinante del fallo; otra, carece el Juez o Tribunal de poder para invalidar o dejar de aplicar la norma posterior y contraria a la Constitución. Cuando la cuestión no está condicionada por la norma o ésta ha perdido vigencia por la promulgación de otra posterior con trascendencia al caso o por vías interpretativas cabe su adecuación al ordenamiento constitucional, el planteamiento de la cuestión no está justificado. Es indispensable, por ello, que el Juez o Tribunal de la cuestión exteriorice el juicio que le lleva a plantear la ilegitimidad constitucional y razone sobre la relevancia de la norma para decidir el litigio. En el esquema lógico de la decisión judicial, el Juez o Tribunal considera que una norma, aplicable al caso, pugna con la Constitución, como no puede invalidar la norma y tampoco dejar de aplicarla, plantea la cuestión al Tribunal Constitucional, como órgano al que la Constitución (arts. 161.1 a) y 163 y su LOTC (art. 27.1) atribuye al enjuiciamiento de las Leyes. El que se concrete la Ley cuya constitucionalidad se cuestiona y el precepto constitucional que se supone infringido; el que se especifique y justifique en qué medida la decisión del proceso depende de la norma cuestionada y el que la cuestión se plantee cuando se ha llegado al momento de la sentencia, requisitos exigidos en el art. 35.2 de la LOTC, justifican cuanto acabamos de decir”.*

LOTC, y tiene por lo tanto que interpretarse como una simple alternativa al planteamiento de una CI²⁴².

Por esta razón, afirma el TC, aunque la norma sea susceptible de interpretación conforme, no puede automáticamente considerarse mal fundada e inadmisibles²⁴³.

En la misma ocasión el Tribunal también especifica que no hay que olvidar que la cuestión de inconstitucionalidad no puede considerarse instrumento idóneo para disipar dudas sobre distintas interpretaciones constitucionalmente conformes a la Norma Suprema, sino que tiene que proponerse cuando exista una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma necesaria para resolver el caso concreto.

Aunque la que acabamos de analizar constituye la jurisprudencia reiterada en todos estos años de actividad del TC, existe un supuesto en el que algunos Autores²⁴⁴ consideran que el Tribunal Constitucional no aplicó ésta jurisprudencia y llegó a inadmitir una cuestión de inconstitucionalidad por faltar el requisito exigido en el art. 5.3 LOPJ. Se trata del supuesto resultado a través del ATC 296/1992, de 14 de octubre, en el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, planteó una cuestión de inconstitucionalidad

²⁴² STC 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 2 c): “Sin embargo, este Tribunal, sobre la base de que los arts. 163 CE y 35 LOTC se limitan a exigir, como único requisito de fondo, que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, ha rechazado reiteradamente, de la mano de la muy citada STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 c), que la exclusión de toda interpretación conforme sea una condición procesal para la viabilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad y no extrae consecuencias en orden a la inadmisión de que en el Auto de planteamiento el órgano judicial apunte alguna lectura conforme de la norma legal en juego [SSTC 222/1992, de 1 de diciembre, FJ 2 b); 126/1997, de 3 de julio, FJ 3; 138/2005, de 26 de junio, FJ 5; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 2]. Se defiende, por lo demás, que ese presupuesto guía la interpretación de la regla establecida en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de que procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento, que no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad [STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 c)]. En caso contrario, como puso de manifiesto la STC 222/1992, de 1 de diciembre, FJ 2 b), se instrumentaría el trámite de admisibilidad de la cuestión, desfigurando su sentido, como ocasión para impartir criterios a los órganos a quo sobre la interpretación *secundum Constitutionem* de las normas de cuya constitucionalidad duden”.

²⁴³ STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 1 (parcialmente ya reproducido en la nota anterior): “Hay que señalar que el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada, pues lo cierto es que el art. 163 de la Constitución y el art. 35 de la Ley Orgánica de este Tribunal se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución”.

²⁴⁴ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 59; CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 374.

acerca de determinados apartados del art. 29 de la Ley 44/1978, del I.R.P.F. (según la redacción dada a dicho artículo por la Ley 48/1985, de 27 de diciembre). En la opinión del juez *a quo* dicha normativa discriminaba, por omisión, a los contribuyentes que soportan la carga de mantener a un hermano que conviva con ellos, pero que legalmente no forme parte de la “unidad familiar” a efectos fiscales, y que sea mayor de setenta años e incapacitado.

El TC inadmitió la cuestión, afirmando que *“no resulta cumplido el requisito inherente a la cuestión de inconstitucionalidad por no albergar el órgano judicial duda que no pueda el mismo solucionar secundum constitutionem y exija el consiguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional”*.

La doctrina científica ha interpretado estas afirmaciones en el sentido de reconocer el primer (y único) caso en el que el Alto Tribunal haya convertido la interpretación conforme *ex art. 5.3 LOPJ* en requisito de admisibilidad de la CI.

Sin embargo, con todo el respeto que dirigimos a tan prestigiosos Autores, nos permitimos descostarnos de esta lectura. Se trataría en nuestra opinión de un caso en el que faltaría el requisito de la relevancia, dado que el pronunciamiento del TC (según las mismas afirmaciones del órgano proponente) no es necesario. Estando ante el enjuiciamiento de una ley pre-constitucional, el juez ordinario tiene la posibilidad directamente de derogar la norma que considere contraria a la Constitución. Es más: la misma Sala que propuso la CI ya había resuelto otros asuntos similares decidiendo por la derogación de la normativa en cuestión.

Puntualizó a este respecto el TC: *“Y no se trata tan solo de que la misma Sala haya adoptado en algún caso idéntico anterior esa solución -estimando, al parecer, el correspondiente recurso- y ahora tenga la duda de si era o no correcta”*. Sino que *“en el Auto de planteamiento de la cuestión, la Sala declara expresamente que podría pronunciarse de nuevo -como ya lo había hecho con anterioridad- sobre la «inconstitucionalidad» (por derogación) de los preceptos legales cuestionados, factor decisivo para el fallo. No obstante lo cual, se decide a plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional «dada la trascendencia y proyección que su doctrina pudiera tener sobre la cuestión analizada y sobre reformas legislativas posteriores»”*.

Dadas estas circunstancias, el TC se vio en la obligación (como ya hemos mencionado poco antes) de inadmitir la cuestión, pues este tipo de proceso constitucional puede activarse solo si se respeta el juicio de relevancia, es decir *“cuando de la validez constitucional de la norma legal cuestionada y, claro está, del*

pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la cuestión dependa el fallo en el concreto proceso de que se trate (SSTC 17/1981, 75/1983, 166/1986, entre otras)". Este requisito no se apreciaría en el supuesto concreto, ya que el mismo órgano jurisdiccional afirmó no necesitar la decisión del TC para resolver el proceso, y que solo planteó la cuestión por su conveniencia en relación a los efectos generales de los pronunciamientos del TC²⁴⁵.

En nuestra modesta opinión, cuando el Alto Tribunal afirmó que *"no resulta cumplido el requisito inherente a la cuestión de inconstitucionalidad por no albergar el órgano judicial duda que no pueda el mismo solucionar secundum constitutionem y exija el consiguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional"*, no quería referirse al requisito *ex art. 5.3 LOPJ*, sino a la falta de la relevancia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada (que constituye "una bifurcación" del concepto de relevancia, así como afirmamos en las páginas anteriores de este mismo trabajo).

Resulta evidente de cuanto analizado, que en España también el rol del juez ordinario en el planteamiento de las CCI se acerca al de un *dominus* casi absoluto con respecto a la instancia de parte.

En Italia, cuando una parte (o el Ministerio Público) solicite el planteamiento de una cuestión, el órgano jurisdicción tiene el deber de verificar la relevancia y no manifiesta falta de fundamento; el solicitante es titular entonces de un derecho a que su duda se evalúe. Además el mismo tiene derecho a recibir una explicación en caso de negativa al planteamiento, pues si juez ordinario encontrara no relevante la cuestión, tendría que pronunciar un Auto (*ordinanza*) motivado en la que explicita las razones de su decisión²⁴⁶.

Hemos visto como también en España la jurisprudencia del TC se haya acercado a esta concepción, estimando necesaria la motivación por parte del órgano jurisdiccional que no compartiese las dudas de constitucionalidad expresadas por la parte o por el MF.

²⁴⁵ATC 296/1992, de 14 de octubre, FJ Único: *"Estas circunstancias no concurren en el supuesto de autos, si se tiene en cuenta que el Tribunal a quo considera que puede pronunciarse sobre la conformidad de los preceptos cuestionados a la Constitución, y fallar, en consecuencia, tal como ha hecho en alguna ocasión anterior idéntica en presencia de las mismas circunstancias y partes. Es decir, el pronunciamiento que se solicita de este Tribunal no sería necesario, según la apreciación subjetiva del órgano juzgador, para la resolución del proceso. Sólo sería conveniente, dados los «efectos generales» de una Sentencia del Tribunal Constitucional"*.

²⁴⁶ Esta actuación muchas veces no se verifica, y la respuesta del juez ordinario se incluye en la decisión final que resuelve el caso concreto.

Sin embargo parece que la doctrina científica y del TC tiendan a valorizar el papel del juez, reiterando que el planteamiento de una CI es “*prerrogativa exclusiva e irrevisable*” del órgano judicial²⁴⁷.

Todas las reflexiones llevadas a cabo en este capítulo, y especialmente aquellas que se han referido a los poderes de actuación del juez ordinario en la fase de proposición de una cuestión de inconstitucionalidad, nos permiten afirmar que la jurisdicción ordinaria juega un papel fundamental también como juez de la constitucionalidad (y por consiguiente de coayudante en la tutela de los derechos e intereses de los particulares a través de la vía incidental). En efecto, dos de las circunstancias analizadas en estas últimas páginas nos permiten llegar a esta conclusión: de un lado la creciente atención que demuestran los jueces a la hora de buscar una interpretación conforme antes de plantear una CI; de otro, en el caso de no haber podido proporcionar esta interpretación adecuada a la CE, siguen actuando (aunque en menor medida) como jueces de la constitucionalidad participando en el control de constitucionalidad de las leyes promoviendo el proceso ante el TC con el planteamiento de una cuestión²⁴⁸.

²⁴⁷ STC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2, ejemplo mencionado también por PÉREZ TREMPES, PABLO, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 74.

²⁴⁸ CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 371-372.

CAPÍTULO TERCERO

Las partes ante el juez ordinario y ante los Tribunales constitucionales.

CAPÍTULO TERCERO.

Las partes ante el juez ordinario y ante los tribunales constitucionales.

El nivel de tutela de los derechos fundamentales por medio del juicio en vía incidental encuentra un campo de verificación evidente en la previsión de las potestades reconocidas a sus titulares, sea en aquella parte del juicio que se desarrolla ante el juez ordinario, sea, aún con más razón, en la que tiene lugar ante la Corte constitucional.

Las dimensiones “objetiva” y “subjetiva” que, como hemos mencionado en repetidas ocasiones, conviven en el juicio en vía incidental, encuentran su afirmación (y confirmación) también a través de la previsión de un contradictorio o, cuando menos, de una personación ante las Cortes constitucionales, definiéndose su alcance tanto por la identificación de los sujetos que puedan intervenir y estar presentes en el proceso constitucional, como, sobre todo, a la vista de las potestades específicamente conferidas a los mismos en dicho estadio procesal.

A este respecto, KELSEN subrayaba la importancia de que la decisión del Juez constitucional se forje en un procedimiento que pone de relieve la contradicción de intereses existente y, por tanto, la necesidad de mirar hacia la realidad sociológica de la que procede el litigio²⁴⁹.

Con cuanto hasta ahora hemos escrito sobre el enjuiciamiento de las leyes en vía incidental, resulta ya claro que carecen de homogeneidad las diferentes voces que van a confluir en el “laboratorio” del proceso constitucional, contribuyendo, con su respectiva intervención, a la conformación de una determinada decisión por parte de la Corte constitucional. Esto es así por la presencia de un juez que eleva la duda de

²⁴⁹ KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 258-261, según el cual, en la resolución del Juez constitucional “*se contraponen intereses enfrentados y toda resolución viene a decidir sobre el contraste de intereses, es decir, a favor de aquellos correspondientes a una u otra posición o de una mediación entra ambos; de tal forma, un procedimiento contencioso sirve por lo menos a traer a la luz la efectiva situación de los intereses. Empero, todo esto no puede apreciarse si la contraposición de intereses se encuentra enmascarada con la ficción de un interés común o una unidad de intereses, que es algo sustancialmente distinto y sustancialmente mayor de lo que pueda ser, en el mejor de los casos, un compromiso de intereses*” (“si contrappongono interessi contrastanti e ogni decisione decide su contrasti di interessi, cioè a favore di uno o dell’altro di essi o nel senso di una loro mediazione; sicchè un procedimento contenzioso serve quanto meno a portare alla luce l’effettiva situazione degli interessi. Tutto questo però non si può vedere se il contrasto di interessi viene mascherato con la finzione di un interesse comune o di unità di interessi, che è qualcosa sostanzialmente diverso e di sostanzialmente maggiore di ciò che vi può essere nel migliore dei casi, vale a dire un compromesso di interessi”). Sobre el mismo tema puede verse también TROCKER, N., *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, en *Foro it.*, 1989, I, p. 668 ss.

constitucionalidad por decisión directa o, en su caso, a instancia de parte; de unas partes que decidirán si personarse o no comparecer ante el Constitucional y, en caso positivo, la posición que defender; de los posibles terceros admitidos al juicio constitucional y de los sujetos institucionales a los que los ordenamientos jurídicos permiten participar en la fase *ad quem*.

Veremos a lo largo de este capítulo la trascendencia de la participación de todos ellos, sobre todo en la fase que se sustancia ante el Constitucional. La Corte constitucional italiana, para dejar ahora simplemente una primera “traza”, con respecto al significado del contradictorio en el juicio incidental sostuvo que *“en el juicio incidental de legitimidad constitucional aquello que conforma el objeto de escrutinio – y, por tanto, del contradictorio- es la conformidad a la Constitución o a una ley constitucional de una norma con fuerza de ley, en relación, además, con las posiciones subjetivas que esta norma ha involucrado en el juicio principal o que con relación al mismo puedan involucrarse”*²⁵⁰. Una prueba más de la naturaleza concreta de la cuestión de inconstitucionalidad también en su segunda fase, y de la atención que los Tribunales constitucionales (unos más que otros) dedican a las condiciones subjetivas de las parte y a sus derechos e intereses.

A los efectos de esta tesis, consideramos de interés el examen de algunos aspectos y sobre todo aquellas problemáticas relacionados con las “partes”, sea en el ámbito del juicio *a quo*, sea, especialmente, ante las Cortes constitucionales, prestando particular atención: a los aspectos relativos las nociones de “parte” y, por tanto, a los sujetos que la jurisprudencia constitucional ha considerado que no entran en la misma; a la regulación de su personación ante el Constitucional; a las potestades reconocidas a la parte. Se analizarán además unos aspectos específicos y característicos de cada uno de los países objeto de este estudio (como por ejemplo, con respecto exclusivamente al ordenamiento italiano, la necesidad de una defensa técnica, el principio de gratuidad del proceso constitucional, o la posición de los “terceros” sujetos con respecto al juicio *a quo*; o con respecto al sistema español, las peculiaridades del tramite de audiencia previa y las importantísimas modificaciones introducidas por la reforma de la Ley orgánica del TC en 2007).

²⁵⁰ *“Nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale ciò che forma oggetto di scrutinio – e dunque di contraddittorio – è la conformità alla Costituzione o ad una legge costituzionale di una norma avente forza di legge, in correlazione, peraltro, con le posizioni soggettive che quella norma ha coinvolto nel giudizio principale, o che in relazione ad esso possono venir coinvolte”*, Corte cost. n. 163 de 2005.

Las conclusiones intentarán proporcionar algunas observaciones sobre el papel asignado a las partes para la tutela de los propios derechos fundamentales en el ámbito del juicio en vía incidental.

El examen que vamos a desarrollar resulta estar fuertemente condicionado por la posición que se pretende asumir sobre la relación entre el juicio ordinario y el juicio constitucional, en el sentido ya indicado de plena autonomía o estrecha dependencia. El elemento en el que nos basaremos principalmente, sin embargo, es el relativo al modo en que en realidad el juicio incidental se ha venido practicando en Italia y España en sus años de funcionamiento, expresado en algunas de sus respectivas decisiones.

I. La fase *a quo* del juicio incidental: el espacio de actuación de las partes ante el juez ordinario en defensa de sus derechos e intereses

En Italia y en España la identificación de la noción de parte por lo que concierne el procedimiento ante el juez ordinario, no crea problemas significativos.

La fase *a quo* del juicio incidental, en efecto, sigue obviamente las reglas propias de tal procedimiento, o sea, del procedimiento civil, penal, contencioso-administrativo, tributario, etc., los cuales poseen muy pocas disposiciones expresamente dedicadas al incidente de constitucionalidad. Así que la determinación de quien sea “parte” se encuentra en las reglas del derecho procesal.

Para la jurisprudencia y la doctrina españolas el hecho que la determinación del concepto de partes al que se refiere el art. 35.1 y 2 LOTC siga las reglas del proceso específico en el que surja la duda de constitucionalidad y quede entonces confiada al órgano judicial que conozca del supuesto concreto, ha planteado algunos interrogantes. Esta circunstancia podría suponer, efectivamente, una disminución en la tutela de los derechos de los sujetos involucrados en el proceso; esto porque, siendo esta apreciación prerrogativa del juez ordinario que plantee la CI, no se considera posible “*una revisión de la legalidad del procedimiento seguido para determinar si las partes en el proceso son las que realmente debieran serlo de acuerdo con la legislación vigente*”²⁵¹.

También la doctrina italiana ha sostenido que las garantías de estas “partes” en relación con el posible y futuro juicio constitucional son en realidad bastante escasas. En primer lugar, no se prevé forma alguna de contradictorio sobre la petición de una

²⁵¹ STC 6/1984, de 24 de enero, FJ 1, citada en RIBAS MAURA, ANDRÉS, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Universitat de les Illes Balears, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 56-57.

parte al juez de elevar cuestión de inconstitucionalidad; tan es así que parece tratarse casi de un asunto exclusivo entre la parte proponente y el juez de la que quedan injustamente excluidas el resto de partes del proceso. Estas, por el contrario, deberían tener la posibilidad de expresar su posición a este respecto y no parece haber sido suficiente afirmar que la decisión de plantear la cuestión puede comportar de por sí un daño al interés de las partes, al menos en consideración del efecto suspensivo del juicio. El juez *a quo*, según la ley, no obstante (y como ya hemos dicho), debería dar siempre una respuesta a la instancia de parte, a través de un auto especial adecuadamente motivado. Se trata de una de las disposiciones menos respetadas del juicio incidental, ya que a menudo el juez no proporciona respuesta alguna o lo hace con unas pocas líneas contenidas en la resolución que decide sobre el fondo y a menudo con una motivación inexistente. Desgraciadamente, tal comportamiento no resulta accionable en sede alguna²⁵².

Aún menos garantías existen para los casos en los que la declaración de falta manifiesta de fundamento se halle contenida en el auto con el que el juez plantea una cuestión de inconstitucionalidad diferente respecto a la presentada por la parte. Esta, de hecho, no pudiendo elevar la cuestión ante la Corte, debería atender a la decisión de ésta sobre el incidente de constitucionalidad, el reinicio del proceso y su conclusión y luego, impugnando la última resolución por motivos diversos a los de constitucionalidad, volver a plantear al juez de apelación la cuestión para que, en su caso, suspenda de nuevo el juicio y traslade las actuaciones a la Corte en orden a decidir sobre la cuestión planteada por la parte.

En la jurisprudencia constitucional italiana, son pocos y raros los casos en los que la Corte constitucional se ha expresado sobre estos aspectos relativos a la fase ante el juez *a quo*. Lo hizo, por ejemplo, en 1990 a través de una decisión con la que se devolvían las actuaciones al juez *a quo* en cuanto “*el auto de planteamiento no resulta motivado sobre puntos relevantes que han constituido el objeto de específicas excepciones y alegaciones de las partes en el curso del juicio a quo y sobre las cuales las propias partes habían permanecido también en el juicio constitucional*”²⁵³.

²⁵² Con antelación ya nos hemos referido a la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia españolas sobre el régimen de motivación de la falta de planteamiento de una cuestión en el caso en el que se haya solicitado por una de las partes, y remitimos por lo tanto a dichas consideraciones. V. Supra p... ←

²⁵³ “*L’ordinanza di rimessione non risulta motivata su punti rilevanti che hanno formato oggetto di specifiche eccezioni e deduzioni delle parti nel corso del giudizio a quo e sui quali le parti stesse si erano soffermate anche nel giudizio costituzionale*”, Corte cost. n. 88 de 1990.

En otra circunstancia, una de las partes había afirmado la inadmisibilidad de los argumentos esgrimidos por la otra parte sobre la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto contenidas solo en fase de conclusiones. La Corte desestimó el planteamiento, considerando que “*la cuestión de constitucionalidad puede proponerse a instancia de parte en cualquier estado y fase del proceso, también de manera reiterada, sin excepciones*”²⁵⁴.

1. (Sigue) Peculiaridades: El tramite de audiencia previa a las partes en España como único momento de “comunicación”, hasta el 2007, entre las partes del juicio *a quo* y el Tribunal Constitucional

Si entonces, en la experiencia italiana, la fase *a quo* del juicio incidental sirve exclusivamente para identificar cuales podrán ser los sujetos legitimados para comparecer ante la Consulta, en España las partes del juicio ordinario tienen ya desde esta primera etapa de la cuestión de inconstitucionalidad que expresarse en relación con las pretensiones que, en el caso de plantearse finalmente la cuestión, llegaran a la fase ante el TC.

Como ya hemos tenido ocasión de mencionar anteriormente, el sistema de justicia constitucional español no preveía la posibilidad que las partes del proceso *a quo* participaran en la fase *ad quem* del juicio incidental de constitucionalidad de las leyes. Solo con la reforma de la LOTC operada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que analizaremos a continuación, se introdujo la facultad de constitución de las partes ante el TC.

Esta situación de indefensión (solo aparente, según la mayor parte de la doctrina) resultaba amortiguada a través de una disciplina que permitía – y sigue permitiendo - la participación de las partes y del Ministerio Fiscal en una fase anterior al planteamiento del incidente de constitucionalidad, que pone los sujetos ahora mencionados en una suerte de dialogo con la autoridad judicial²⁵⁵ y sucesivamente (aunque indirectamente)

²⁵⁴ “*La questione di costituzionalità è proponibile a istanza di parte in ogni stato e grado del processo, anche reiteratamente, senza preclusioni*”, Corte cost. n. 64 de 2006

²⁵⁵ MEDINA GUERRERO cita algunos Autos del TC en los que se confirma el papel de instrumento de colaboración del trámite de audiencia (ATC 145/1993, de , FJ 2), tanto en el sentido de que las alegaciones de las partes puedan servir al juez para razonar sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión (ATC 185/1990, de , FJ 1), como para que el órgano proponente pueda delimitar mejor el objeto del planteamiento (ATC 875/1985, de , FJ 1); MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO,

con el TC. La trascendencia de este momento procesal, denominado “trámite de audiencia previa”, era evidente sobre todo antes de la reforma de 2007 y encontraba su razón de ser en la necesidad de dar voz a las consideraciones y a los intereses y derechos de las partes. De esta forma, entre otras cosas, se garantiza también el respeto del carácter concreto de este tipo de proceso constitucional, recibiendo el Alto Tribunal unas informaciones sobre la utilidad de su decisión para el caso específico directamente de los sujetos más afectados por aquella²⁵⁶.

Dada la trascendencia de este trámite, típicamente español, hemos estimado conveniente destinar una parte de la exposición dedicada al rol de las partes al examen de este momento procesal.

El art. 35.2 LOTC establecía que el juez ordinario, antes de elevar el Auto de planteamiento, “*oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días*”.

Esta disciplina, que ha sido (como veremos) solo parcialmente modificada con la reforma de 2007²⁵⁷, ha sido en muchísimas ocasiones objeto de interpretaciones por parte del Tribunal Constitucional.

Además de exteriorizar la finalidad del trámite de audiencia previa, al que ya hemos aludido hace un momento, el Alto Tribunal ha precisado que esta fase procesal no constituiría una actuación propia del proceso *a quo*, sino una etapa previa del posterior y eventual proceso ante el TC²⁵⁸. Se trata además de una condición procesal

ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p. 54.

²⁵⁶ El TC ha reiterado en múltiples ocasiones que “*El trámite de audiencia previa que establece el citado art. 35.2 de la LOTC, tiene el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una decisión judicial de trascendencia, como es la de apertura de un proceso constitucional, y permitir, al mismo tiempo al Juez el conocimiento de la opinión de los interesados sobre esa decisión*”; véanse, por ejemplo, entre las decisiones anteriores a la reforma de 2007: STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ1; AATC 263/2006, de 4 de julio, FJ Único; 299/2005, de 5 de julio, FJ 2; 308/2004, de 20 de julio, FJ 2; 367/2003, de 13 de noviembre, FJ 2; 242/2002, de 26 de noviembre, FJ 2.

²⁵⁷ La reforma ha añadido la posibilidad que las partes aleguen también sobre el fondo de la CI. El art. 35.2 LOTC en su nueva redacción establece que el juez ordinario, antes de elevar el Auto de planteamiento, “*oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta*”.

²⁵⁸ ATC 108/1993, de 30 de marzo, FJ 2 b).

obligatoria, ya que su omisión produciría la cierta inadmisión de la CI²⁵⁹, por contradecir el art. 37.1 LOTC²⁶⁰.

Por lo que concierne su forma y su contenido, el trámite de audiencia previa tiene que iniciarse con una providencia que identifique las normas cuya constitucionalidad se duda, los preceptos constitucionales que se consideran violados y el razonamiento sobre la sospecha de ilegitimidad constitucional; la jurisprudencia constitucional ha afirmado la necesidad de que todos estos contenidos estén suficientemente identificados ante las partes y el MF, aceptando una exposición escueta de los mismos²⁶¹. El TC reconoce entonces a éste trámite también la función de delimitar el contenido del eventual y sucesivo Auto de Planteamiento, llegando a inadmitir aquellas cuestiones de inconstitucionalidad cuyas providencias de trámite de audiencia previa se hayan demostrado imprecisas hasta no permitir a las partes conocer los argumentos que fundaban el planteamiento de la CI. Aunque en algunas ocasiones el TC haya afirmado que la omisión de uno de estos datos supone una simple irregularidad y no tiene por qué llevar a una decisión de inadmisión²⁶², en muchas otras se han

²⁵⁹ ATC 295/2006, de 26 de julio, FJ 1: “Entre las condiciones procesales exigidas por nuestra Ley Orgánica para la tramitación de una cuestión de inconstitucionalidad figura el trámite audiencia a las partes del proceso del que la cuestión dimana y al Ministerio Fiscal para que puedan alegar sobre la pertinencia de su planteamiento (art. 35.2 LOTC). [...] Es, por lo tanto, un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada”. Véanse también: STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4; AATC 164/2006, de 9 de mayo, FJ único; 102/2003, de 25 de marzo, FJ 2; 199/2001, de 4 de julio, FJ 1; 265/2000, de 14 de noviembre, FJ 2; 152/2000, de 13 de junio, FJ 2; 136/1995, de 9 de mayo, FJ único.

²⁶⁰ En efecto, el art. 37.1 LOTC establece: “Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada”. El TC ha afirmado reiteradamente en la jurisprudencia citada en estas páginas que el correcto cumplimiento del trámite de audiencia previa tiene que considerarse uno de los requisitos procesales exigidos ex art. 37.1 LOTC. Entre las decisiones más reciente puede verse el ATC 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a).

²⁶¹ Entre otras, STC 50/2015, de 5 de marzo, FJ 2: “En cuanto a las denunciadas deficiencias sufridas en el trámite de audiencia, [...] procede advertir que, como recuerda la STC 166/2012, de 1 de octubre, FJ 3, «Para cumplir adecuadamente con el trámite previsto en el artículo 35.2 LOTC, el juez no está obligado a detallar cada uno de los extremos de la cuestión de inconstitucionalidad sobre cuya conveniencia pueden pronunciarse las partes. Basta ‘identificar mínimamente la duda de constitucionalidad (indeterminación relativa) ante quienes han de ser oídos, para que sobre la misma puedan versar las alegaciones, exigiendo en todo caso tal indeterminación relativa que las partes hayan podido conocer el planteamiento de la inconstitucionalidad realizado por el órgano judicial y, atendiendo a las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales y pronunciarse sobre él, de modo que se haga posible cumplir con total garantía la finalidad del trámite’ (por todas, STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 6)»”.

²⁶² Por ejemplo puede verse la STC 166/1986, de 19 de diciembre, cuyo FJ 4 afirma que es necesario “que la providencia que otorga la audiencia concrete los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración por aquéllos.

inadmitido cuestiones de inconstitucionalidad (o partes de ellas) cuando en el Auto de planteamiento el juez ordinario hubiera añadido un contenido (sea otra norma objeto del control de constitucionalidad o sea otra disposición constitucional parámetro de dicho control) novedoso con respecto al trámite de audiencia y que por esta razón no ha podido ser objeto de consideraciones y alegaciones de las partes y del MF²⁶³.

Nos reservamos la facultad de proporcionar unas reflexiones conclusivas sobre el valor del trámite de audiencia previa al final de esta parte del trabajo, una vez tratada también la temática referida a la reforma de 2007 de la LOTC y sus repercusiones en la participación de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, para terminar con el tema de la delimitación del concepto de “partes” en el proceso *a quo* y la participación de éstas en el trámite de audiencia previa, quisieramos mencionar un caso que nos pareció significativo para entender mejor la doctrina del Alto Tribunal en el tema de la admisión de los sujetos a participar en dicho trámite. El TC, en su ATC 49/2010, de 14 de abril, consideró improcedente la participación en el trámite de audiencia previa del Abogado del Estado, irregularmente permitido por el juez ordinario aunque la Administración del Estado no hubiera sido parte en el proceso contencioso-administrativo en el que se elevó la CI. El órgano judicial *a quo* justificó dicha participación por “*ser el Estado el autor de la norma cuestionada*”. El TC no aceptó esta abertura de los sujetos legitimados a intervenir en la audiencia previa (que tiene que ser limitada a aquellos expresamente previstos en el art. 35.2 LOTC), sin llegar, aun así, a considerarla una causa de inadmisión de la CI²⁶⁴.

En el supuesto de autos, la providencia no cumple dichas especificaciones, ya que se limita a hacer referencia genérica a la presumible inconstitucionalidad de la Ley 7/1983, privando así a las partes y al Ministerio Fiscal del conocimiento que necesitan para formular debidamente sus alegaciones. Es cierto que la duda judicial puede proyectarse sobre la totalidad de una Ley; pero también que, aun en este caso, la providencia debe señalar, con la concisión que se quiera, los preceptos constitucionales que puedan oponerse a la Ley, así como expresar el sentido y dirección de la duda judicial.

Procede, en su consecuencia, coincidir con el Ministerio Fiscal en que la providencia judicial ha incurrido en defectuoso entendimiento del alcance de la audiencia ordenada por el citado art. 35.2, por carecer de las precisiones que exige su finalidad, y en tal sentido debe responderse a su petición de clarificación de este tema, que dice haber sido ya formulada en otras cuestiones; dicho reconocimiento, sin embargo, no impide que el indicado defecto sea calificado de mera irregularidad desprovista de consecuencia de inadmisión, ciertamente no pretendida expresamente por el Ministerio Fiscal, pues, siendo inconveniente otorgar la audiencia en términos genéricos e imprecisos, ello carece de suficiente entidad para ser elevado a la categoría de falta de condición procesal en el sentido del art. 37.1 de la LOTC, pues, en definitiva, lo relevante es que la precisión que demanda el Ministerio Fiscal se cumpla en el Auto de planteamiento de la cuestión”.

²⁶³ Entre las más recientes, incluso después de la reforma de 2007, pueden citarse en este sentido: SSTC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2 y 50/2015 de 5 de marzo, FJ 2 b); ATC 83/2016, de 26 de abril, FJ 2.

²⁶⁴ ATC 49/2010, de 14 de abril, FFJJ 2 y 3: “*Antes de exponer las razones que determinan la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por la incorrecta formulación del llamado juicio de*

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

1. Peculiaridad destacable: las problemáticas conexas con la notificación del auto de planteamiento

Pasando ahora a la fase *ad quem*, en Italia la identificación de los sujetos legitimados para constituirse como parte o intervenir en el proceso constitucional se produce a través de la notificación del auto de planteamiento, cuyo fin - como resulta claramente de los trabajos preparatorios, en el curso de los cuales, por medio del uso de un término distinto, se quiso precisamente distinguirlo de la “comunicación” a los presidentes de las cámaras- es el de notificar la cuestión a estos sujetos particulares, que se consideran “cualificados” por el hecho de poder constituirse como parte o intervenir ante la Corte. El art. 23, inciso 4, l. 53/1987, dispone que el auto debe ser notificado, por parte de la Secretaría del juez *a quo*, a las partes del litigio y al presidente del Consejo de Ministros o de la Junta Regional.

Esta conclusión parece verse confirmada por el art. 2.1 de las Normas de Integración, con base en el cual el auto no notificado regularmente no debería ni siquiera poder ser publicado en el Boletín Oficial del Estado (*Gazzetta Ufficiale*). Estas disposiciones establecen que “*el presidente de la Corte, comprobada la regularidad del auto y de las notificaciones, dispone que el mismo auto sea publicado en la Gazzetta Ufficiale de la República y, cuando proceda, en el Boletín Oficial de las Regiones*”²⁶⁵. La Corte constitucional, por tanto, ha atribuido a la notificación y al respeto de las

relevancia debemos dejar constancia de dos irregularidades que se aprecian en la providencia de apertura del trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC, fechada el 24 de septiembre de 2008. En primer lugar ese trámite se ofreció no sólo a los sujetos expresamente mencionados en el citado art. 35.2 LOTC, esto es, a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, sino también al Abogado del Estado, pese a que la Administración del Estado no era parte en el proceso contencioso-administrativo en el que se eleva esta cuestión de inconstitucionalidad. Esta apertura del ámbito subjetivo del art. 35.2 LOTC se justifica, en el proveído de referencia, por «ser el Estado el autor de la norma cuestionada». Es indudable que la norma de cuya constitucionalidad se duda ha sido aprobada por el legislador estatal, pero ello no autoriza a los órganos judiciales a desconocer la literalidad del art. 35.2 LOTC, ofreciendo el trámite de audiencia a quien no es parte en el proceso ni actúa -en dicho trámite- en defensa del interés general que entraña la preservación del sistema de fuentes y su conformidad con la Constitución. [...] 3. La[s] irregularidad[es] reseñada[s] no determina[n] la inadmisión a trámite de la presente cuestión de inconstitucionalidad”.

²⁶⁵ Art. 2.1 Normas de Integración: “*Il presidente della Corte, accertata la regolarità dell'ordinanza e delle notificazioni, dispone che l'ordinanza stessa sia pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e, quando occorra, nel Bollettino ufficiale delle regioni*”.

reglas de ejecución un significado importante para el proceso constitucional, no aceptando la teoría planteada por la doctrina según la cual los posibles vicios inherentes a las mismas constituirían una simple irregularidad que no excluye la posibilidad de que la Corte decida sobre el fondo de la cuestión, especialmente en consideración del carácter puramente facultativo (para las partes) de la personación en el juicio *ad quem*²⁶⁶.

La Consulta se ha enfrentado en varias ocasiones a los problemas relativos a diversos tipos de vicios de notificación del auto de planteamiento²⁶⁷ y ha recordado en repetidas ocasiones que, si en el transcurso de un juicio se plantea una cuestión incidental de legitimidad constitucional, el auto de traslado de las actuaciones a la Corte debe ser notificado, a las “parte en el litigio” (“*parti in causa*”) y debe ser posteriormente remitido a la Corte con la prueba, además de las comunicaciones prescritas, de las notificaciones destinadas a garantizar el conocimiento del auto por parte de los sujetos que pueden constituirse como parte para ejercitar sus derechos de defensa en el juicio incidental de legitimidad constitucional, transcurriendo el plazo para la constitución en el juicio ante la Corte desde la recepción de la notificación. Al mismo tiempo, la Corte ha afirmado que son “parte en el litigio” (y que a todas estas hay que notificar el auto), todos los sujetos entre los cuales está en curso el juicio principal, aunque hayan permanecido en rebeldía en el mismo. También que el art. 23, apartado 4º de la ley 87/1953, según el cual la autoridad judicial que eleva la cuestión incidental debe ordenar la notificación del auto a las “partes en el litigio”, es una norma especial del proceso constitucional incidental, aplicable a cualquier tipo de proceso en el que la cuestión pueda ser planteada, que vincula la necesidad de la notificación a la sola

²⁶⁶ En este sentido se expresó PIZZORUSSO, A., *La restituzione degli atti al giudice “a quo” nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 86-87.

La prevision en España de un regimen completamente opuesto, puede provocar una situacion de menor proteccion de los derechos e intereses de las partes en la cuestion de inconstitucionalidad española. En efecto, en la legislación española, falta la previsión de notificación o emplazamiento dirigidas a estas mismas para comunicar la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida durante su proceso. Como tendremos la ocasión de mencionar, el apartado segundo del art. 37 LOTC solo establece un plazo desde la publicación de la admisión a trámite de la CI en el BOE en el que quienes hubiesen sido parte en el procedimiento judicial pueden personarse ante el Tribunal Constitucional. Siendo además un plazo relativamente breve (15 días), es necesario que los sujetos que tengan un interés en comparecer ante el Alto Tribunal estén especialmente pendientes de las publicaciones en el Boletín Oficial del Estado, para evitar perder la ocasión de poder formular alegaciones por la expiración del plazo legalmente previsto.

²⁶⁷ Pueden verse a este respecto las sentencias de la Corte cost., n. 199 del 2002 y n. 94 de 2009.

circunstancia de que, en relación al tipo de proceso de que se trata, un sujeto pueda considerarse parte²⁶⁸.

En un primer momento, la respuesta de la Corte constitucional frente a la determinación de un vicio de notificación ha resultado oscilar entre la medida de restitución de las actuaciones al juez *a quo* y la declaración de inadmisibilidad (o manifiesta inadmisibilidad). Parte de la doctrina²⁶⁹ se posicionó a favor de la primera solución (que tutelaría mejor los intereses de la parte), considerando que se trataba de un vicio claramente subsanable por parte del juez, para el que parecía preferible una solución que lo invitara a remediar el vicio y por tanto a volver a plantear la cuestión, en lugar de la declaración de inadmisibilidad con un efecto para el juez, en abstracto, preclusivo con respecto al replanteamiento.

En los últimos años, sin embargo, había prevalecido en la jurisprudencia constitucional la utilización de la inadmisibilidad²⁷⁰, mientras que recientemente se ha registrado un explícito cambio jurisprudencial a este respecto. La Corte ha decidido conscientemente mutar su jurisprudencia, entendiendo, con base en el carácter subsanable del vicio, que en el fondo la supervisión le corresponde al Presidente de la Corte, quien habría debido verificar la regularidad de las notificaciones antes de proceder a la publicación del auto de remisión en el Boletín Oficial (*Gazzetta ufficiale*), de acuerdo con lo prescrito en el ya citado art. 2 de las Normas de Integración.

La Corte evidencia que esto permite implícitamente al Presidente, en caso de que se aprecie la falta de notificación a una de las partes en el litigio, de no proceder a la publicación oficial (en la *Gazzetta ufficiale* o en el Boletín regional, según el caso) del auto y devolver de oficio el expediente al juez remitente para que su Secretaría proceda a la notificación y consiguiente nuevo traslado de las actuaciones a la Corte. Se evitaría así que el Pleno de la Corte constitucional tenga que declarar la manifiesta

²⁶⁸ Véanse, por ejemplo las sentencias de la Corte constitucional. n. 13 y n. 377 de 2006, que han declarado manifiestamente inadmisibles la cuestiones elevadas por la falta de cumplimiento adecuado del procedimiento previsto en el art. 23 l. 87/1953.

²⁶⁹ ROMBOLI, R., *Variabili effetti della mancata notifica dell'ordinanza di rinvio*, en *Foro it.*, 1987, I, pp. 2944 ss.

²⁷⁰ La amplia utilización de la inadmisibilidad servía al propósito de no incitar a los jueces a plantear cuestiones de inconstitucionalidad en presencia de un vicio subsanable – da ahí la introducción de la distinción entre resoluciones de inadmisibilidad decisorias (que no permitían una nueva solicitud) y no decisorias (que sí lo permitirían)- cuando las cuestiones propuestas en vía incidental llegaban a la Corte en número muy elevado y el problema consistía en absorber ese volumen o actuar de tal modo que este, una vez eliminado, no volviera a recrearse. Ahora, en plena crisis del juicio incidental, superado también cuantitativamente por vía principal, la Corte parece volver a dialogar con el juez (más que a sancionarlo), de forma que se solicita (y ya no se desalienta) el re-planteamiento de cuestiones de constitucionalidad.

inadmisibilidad. Sin embargo no sería razonable entender (a contrario) que el mismo Pleno (en lugar del Presidente), no pueda ejercitar la potestad de devolver las actuaciones al remitente, y pueda solo declarar la manifiesta inadmisibilidad durante la audiencia pública o en reunión a puerta cerrada. El uso del instrumento de la devolución de las actuaciones, en lugar del de la manifiesta inadmisibilidad, viene justificado entre otras cosas por razones de economía procesal²⁷¹.

Estrechamente conexas con toda la problemática de la notificación a las partes del auto de planteamiento en Italia, es la circunstancia, en España, que puede provocar la reducción de la protección de las partes que quieran personarse ante el TC: la falta de una previsión de notificación o emplazamiento dirigidas a estas mismas para comunicar la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad promovida durante su proceso. Como tendremos la ocasión de mencionar, el apartado segundo del art. 37 LOTC solo establece un plazo desde la publicación de la admisión a trámite de la CI en el BOE en el que, quienes hubiesen sido parte en el procedimiento judicial, pueden personarse ante el Tribunal Constitucional. Siendo además un plazo relativamente breve (15 días), es necesario que los sujetos que tengan un interés en comparecer ante el Alto Tribunal estén especialmente pendientes de las publicaciones en el Boletín Oficial del Estado, para evitar de perder la ocasión de formular alegaciones por la expiración del plazo previsto.

2. El estudio “de campo” en la identificación de la noción de parte: algunos supuestos de sujetos excluidos del juicio *ad quem*

a) Las partes que se incorporan en el proceso *a quo* después de su suspensión

En Italia, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional consolidada, la identificación de las “partes” del futuro juicio constitucional debe realizarse “fotografiando” el estado del proceso *a quo*, incluyendo sus posibles vicios, en el momento en el que el juez dicta el auto de planteamiento de la cuestión a la Corte constitucional. Pueden constituirse como partes, por tanto, ante la Corte constitucional,

²⁷¹ Corte cost. n. 47 de 2012.

solo aquellos que en aquel preciso momento habían asumido formalmente el papel de parte.

Con base en tales conclusiones, la Corte constitucional declaró en varias ocasiones inadmisibles la constitución de un sujeto que quiso ser parte en el juicio principal en un momento posterior a su suspensión, o que lo hizo *ad adiuvandum* tras la publicación del auto de planteamiento en la *Gazzetta ufficiale*²⁷². En un caso determinado, por ejemplo, la Corte declaró inadmisibles la constitución como parte de un sujeto que intervino en el juicio contencioso-administrativo *a quo* suspendido por incidente de constitucionalidad, de forma que el Juez constitucional lo estimó palmariamente instrumental con respecto al propósito de hacer valer sus propias razones en el juicio constitucional²⁷³.

b) Las partes que ostentan un “interés legítimo” a personarse, pero no participaron (pudiendo hacerlo) en el proceso *a quo*

En una ocasión el Tribunal Constitucional español denegó la personación de una entidad aseguradora que sostuvo tener un interés legítimo para actuar en defensa de sus

²⁷² Corte cost. n. 80 y n. 295 de 2008, n. 223 de 2012.

²⁷³ En esta ocasión, la Corte tuvo forma de precisar que había de excluirse la configurabilidad de tal sujeto como parte por dos tipos de razones referidas tanto al juicio *a quo* como al constitucional. Bajo el primer perfil, en cuanto el estado de suspensión procesal impide el cumplimiento de cualquier acto, salvo, las exigencias cautelares, que sería nulo y no produciría efectos y más específicamente, con respecto al proceso contencioso-administrativo, el art. 22 l. 1034/1971, refiriéndose a la normas de procedimiento ante el Consejo de Estado, concede a las partes interesadas, a los que la demanda de intervención ha sido notificada, la facultad de presentar memorias, instancias y documentos: señal de que sobre la admisibilidad de la intervención debe instaurarse el contradictorio, sin el que el interviniente no puede considerarse parte en el juicio, habilitada para desarrollar actividad de defensa. Bajo el segundo perfil, se alude a la jurisprudencia constitucional, según la cual, en el juicio incidental de legitimidad constitucional, se admite la intervención de los sujetos que son parte en el litigio del juicio *a quo* en el momento del depósito o de la lectura en debate del auto de remisión, como dispone el art. 25, inciso 2º, l. 87/1953, que atribuye la facultad de constituirse ante la Corte a las partes destinatarias de la notificación del auto de remisión en el sentido del art. 23: partes son sólo aquellas ya constituidas en el juicio *a quo*, así como los arts. 23 y 25 de la misma ley y 2 y 3 de las N.I. que regulan la constitución de las partes ante la Corte y los obligaciones conexas, de tal modo que resultan aplicables sólo a las partes constituidas en el juicio *a quo* en el momento de depósito del auto de remisión. Ello pondría de manifiesto la *voluntas legis* de atribuir sólo a las partes ya constituidas en el juicio *a quo*, en el momento del depósito (o de la lectura a debate del auto), la legitimación para constituirse ante la Corte constitucional (Corte cost. n. 366 del 2010).

Siempre en relación con el procedimiento administrativo, la Corte ha considerado admisible la constitución del sujeto contraparte, si bien no constituido en el juicio *a quo*, considerando que “las partes en litigio”, a las que viene notificado el auto de remisión, todos los sujetos entre los cuales se desarrolla el juicio principal, no teniendo relevancia si la parte está constituida, por lo que, teniendo el auto de remisión que ser notificado a tales “partes en el litigio”, para la integración del contradictorio, consecuentemente, la constitución del sujeto como parte en el proceso constitucional resulta admisible (Corte cost. n. 270 e n. 289 del 2010).

asociados, algunos de los cuales fueron partes en un proceso en cuyo seno se planteó una CI²⁷⁴. La aseguradora pretendía que se aceptara su personación en la fase ante el Alto Tribunal, para actuar como portavoz de los derechos e intereses de los asociados. El TC rechazó la solicitud, afirmando que en este caso es innecesario incluso analizar la doctrina constitucional elaborada por este Tribunal sobre la posible comparecencia en una cuestión de inconstitucionalidad de sujetos distintos a los taxativamente enumerados en el art. 37.2 LOTC, dado que la entidad solicitante no compareció ni se personó, pudiendo hacerlo, como parte en el proceso judicial del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad objeto de este análisis. En efecto, es doctrina constitucional reiterada que, cualquiera que sea la interpretación del art. 37.2 LOTC, nunca podrá ésta incluir la eventual personación de quienes no fueron parte en el proceso judicial del que la cuestión de inconstitucionalidad dimana, ya que lo contrario supondría la desnaturalización del mecanismo incidental de control de constitucionalidad de la ley, así como configurado en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁷⁵.

²⁷⁴ ATC 166/1998, de 14 de julio, FJ 1: “La «Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras» (UNESPA) solicita que se la tenga por personada y se le permita formular alegaciones en las cuestiones de inconstitucionalidad 3.536/96 y acumuladas. Esta solicitud se fundamenta en el interés legítimo que dice ostentar, en tanto que Asociación Profesional de las empresas del sector del seguro, a las que directamente afecta el juicio de constitucionalidad que en su día se realice acerca del art. 1.2 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, según la redacción dada por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, cuestionado en el proceso constitucional de referencia así como en las demás cuestiones de inconstitucionalidad a él acumuladas”.

²⁷⁵ ATC 166/1998, de 14 de julio, FJ 2: “Con independencia del interés legítimo que pueda ostentar la entidad solicitante para actuar en defensa de los intereses de sus asociados, es lo cierto que, pudiendo hacerlo, no compareció ni se personó como parte en el proceso judicial del que trae causa la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3.536/96, ni en ninguno de los que se encuentran en el origen de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas a aquélla. La constatación de esta circunstancia hace innecesario el análisis de la argumentación vertida por la entidad UNESPA acerca de la doctrina constitucional elaborada por este Tribunal, en punto a la posible comparecencia en una cuestión de inconstitucionalidad de sujetos distintos a los taxativamente enumerados en el art. 37.2 LOTC y la eventual repercusión que, respecto de esa doctrina, pudiera tener la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 (asunto Ruiz Mateos). Es claro que el debate jurídico-doctrinal, del que se hace eco UNESPA en su escrito de solicitud de personación, únicamente cobra sentido en relación con quienes hubiesen sido parte en el proceso judicial a quo, circunstancia que, como queda expuesto, no concurre en el presente caso.

Desde una perspectiva puramente teórica, y teniendo presente una doctrina constitucional reiterada (AATC 132/1983, 378/1993, 174/1995 y 178/1996, entre otros muchos) que debemos una vez más reafirmar, no parece discutible que, cualquiera que sea la interpretación del art. 37.2 LOTC no podrá ésta incluir la eventual personación de quienes no fueron parte en el proceso judicial del que la cuestión de inconstitucionalidad dimana, pues ello supondría, sencillamente, la absoluta desnaturalización de ese mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, tal como está configurado en la Constitución (art. 163) y en la Ley Orgánica de este Tribunal”.

c) Las partes en los juicios “similares” al juicio suspendido, a la espera de la decisión de la Corte: los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegitima” de los tribunales ordinarios en Italia

La Corte constitucional italiana ha excluido la constitución como parte de sujetos que declararon haberlo sido en juicios ordinarios “similares” a aquél en el que se suscita la duda de constitucionalidad y se emite el auto de planteamiento, o en los que tenía que aplicarse la misma norma impugnada. En este último caso, recordó que la solución contraria contradiría el carácter incidental del juicio de legitimidad constitucional y los requisitos propios de este proceso, dado que el acceso de las partes a dicho juicio tendría lugar sin la verificación previa de la relevancia y de la “no falta manifiesta de fundamento” de la cuestión por parte del juez *a quo*, incluso cuando una cuestión análoga hubiese sido propuesta pero aún no aprobada por el juez competente²⁷⁶.

Con una cierta frecuencia, por evidentes razones de economía procesal, los jueces ordinarios suelen limitarse a suspender el juicio principal sin elevar cuestión de constitucionalidad, a la espera de que la Corte decida con respecto a una cuestión idéntica planteada por otros jueces o incluso por el mismo juez, pero con relación a otro proceso (el denominado auto-piloto, “*ordinanza-pilota*”)²⁷⁷.

Esta práctica ha sido objeto en varias ocasiones de las críticas de la Corte, por el hecho que con tal conducta el juez impide a las partes legítimas de los procedimientos suspendidos poder personarse en el proceso constitucional, con evidente perjuicio para la protección de sus derechos e intereses.

Por todo lo dicho, parece discutible aquella jurisprudencia constitucional que suele declarar inadmisibile la constitución de tales sujetos como partes en el juicio *ad*

²⁷⁶ Se trata de una jurisprudencia constitucional absolutamente consolidada. V., por ejemplo, Corte cost. n. 119, n. 393 de 2008, n. 151, n. 393 de 2009, n. 48, n. 138 y n. 288 de 2010, n. 49 de 2011, n. 119 de 2012, n. 32 de 2013.

En un caso, un profesor universitario intervino en un juicio que traía causa de un proceso *a quo* en el no poseía la consideración de parte, asumiendo haber vivido una experiencia “de todo punto análoga” a la del colega que era parte en el proceso *a quo*. La Corte estimó que tal intervención debía considerarse inadmisibile, pero en el ínterin también el juez de su proceso había elevado idéntica cuestión y las cuestiones fueron reunidas por la Corte para ser decididas conjuntamente. Con base en esto, la Corte dedujo que “ha decaído todo interés sobre la intervención, que debe por tanto considerarse absorbida” (“*è venuto meno ogni interesse alla pronuncia sull’intervento che deve quindi ritenersi assorbito*”) (Corte cost. n. 83 de 2013).

²⁷⁷ Estas consideraciones nos reconducen a las reflexiones ya desarrolladas anteriormente.

quem, siendo estos absolutamente inocentes e indefensos frente a un comportamiento ilegítimo del juez ordinario²⁷⁸.

A este respecto, se ha sostenido que aunque sea cierto que la Corte siempre ha negado la posibilidad de que el juez se limite a suspender un juicio en espera del pronunciamiento de la Corte sobre una cuestión que tenga el mismo objeto planteada por él mismo o por otro juez, no puede no considerarse la posición “inocente” o “sin culpa” (“*incolpevole*”) de la parte que, a pesar de contar con todas las condiciones, se encuentra en la situación de no poder participar en un juicio (constitucional) que se concluirá con un pronunciamiento que acabará por repercutir en su posición y en sus intereses manifestados legítimamente ante un juez. La exigencia subyacente a los escasos casos en los que la jurisprudencia constitucional ha terminado por ampliar el acceso al juicio *ad quem*, ha sido (como ha señalado expresamente la jurisprudencia constitucional), la de garantizar el derecho de defensa de las partes (art. 24 de la Constitución italiana). Por esta razón la doctrina se preguntó si tal finalidad no podría sugerir a la Corte la admisión, en casos como aquellos ahora examinados, la comparecencia de los arriba mencionados sujetos “sin culpa”, no pareciendo en efecto tan “insuperables” las justificaciones esgrimidas por la Corte para negar la admisibilidad de su intervención²⁷⁹.

d) Sigue: las acumulaciones y los perjuicios a las partes derivados de una praxis “ilegítima” del Tribunal Constitucional español

En España el art. 83 LOTC regula expresamente la acumulación de aquellas CCI admitidas a trámite que tengan un objeto similar: “*El Tribunal podrá, a instancia de parte o de oficio, en cualquier momento, y previa audiencia de los comparecidos en el proceso constitucional, disponer la acumulación de aquellos procesos con objetos conexos que justifiquen la unidad de tramitación y decisión. La audiencia se hará por plazo que no exceda de diez días*”. La letra de la disposición, que no se ha modificado con la reforma de 2007, deja la posibilidad de interpretar en el sentido de que ahora, en caso de acumulación, se oirán también a las partes del proceso *a quo* que hubieran decidido personarse ante el TC.

²⁷⁸ Entre otras, sentencias Corte constitucional n. 96 de 2008 y n. 304 de 2011.

²⁷⁹ En tal sentido, ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 99.

En el ordenamiento español los problemas que hemos analizado en relación con la praxis de la suspensión llevada a cabo por los jueces ordinarios en aquellos procesos que tuvieran que resolverse con la aplicación de una norma objeto de una CI ya admitida a trámite y pendiente de resolución, han sido provocados por una práctica parecida pero llevada a cabo por el TC. En efecto, en determinadas ocasiones²⁸⁰, el Alto Tribunal ha preferido suspender la tramitación de aquellas CCI susceptibles de acumulación y esperar la emisión de su decisión sobre el primero de los casos de similar naturaleza que le hubieran llegado y que ya estuviera admitido a trámite. Aplazar la admisión a trámite no permitiría sin embargo la personación de las partes del proceso *a quo* ante el TC, ya que, como hemos visto, la LOTC prevé que esta sea posible solo una vez “Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad”, con evidentes consecuencias para la efectiva protección de los derechos e intereses de estos sujetos.

e) La sucesión en el estatus de parte del juicio *a quo*

El hecho de “fotografiar” la posición formal de los sujetos del proceso principal en el momento de elevar el auto de planteamiento, ha supuesto en algunos casos un problema en relación con la sucesión de las partes en el proceso, es decir, si la parte que, desde el punto de vista sustantivo, sucede a la parte formalmente presente en el proceso principal puede o no constituirse como parte ante la Corte constitucional.

Este problema se ha planteado por lo menos en tres ocasiones en la jurisprudencia constitucional: en una primera se trataba de una asociación voluntaria, regularmente constituida ante la Corte constitución, quien con posterioridad a la emisión del auto de remisión, había sido suprimida con traslado de las respectivas funciones a las regiones. La Corte constitucional sostuvo, de manera discutible, la irrelevancia para el juicio constitucional de los eventos procesales relativos al procedimiento *a quo*, rechazando por tanto la petición (Sentencia de la Corte constitucional n. 40 de 1982).

En una segunda ocasión, se personó una entidad bancaria basando la propia legitimidad para ser parte en el juicio ante la Corte en el hecho de haber incorporado otr

²⁸⁰ LOPEZ ULLA nos presenta algunos ejemplos, todos sin embargo anteriores a la reforma de 2007. LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 316 y ss.

entidad bancaria, parte del juicio *a quo*, reemplazándola como sucesora a título universal en todas las relaciones de las que era titular la entidad incorporada. La Corte constitucional consideró admisible la constitución como parte del proceso *ad quem* de la entidad bancaria, en cuanto sucesora universal por haber incorporado la entidad bancaria que era parte del juicio principal (Sentencia de la Corte constitucional. n. 471 de 1994).

En una tercera ocasión se constituyó como parte en el proceso constitucional un sujeto privado, sostuyendo ser sucesor a título particular de una de las partes sustanciales en el derecho controvertido en el proceso principal. La Corte constitucional no admitió su comparecencia, pues la falta de la condición de parte en el juicio *a quo* del sujeto, conduce a excluir su legitimidad a personarse en el proceso constitucional, que no puede tener un ámbito subjetivo distinto y más extenso que el primero (Sentencia de la Corte constitucional n. 459 de 2000).

f) El Ministerio Público, el abogado de la parte y los organos del Estado

Siempre en referencia a la noción de “parte” en el juicio *a quo*, a pesar de que la ley prevea que el auto de planteamiento debe ser notificado al Ministerio público, la Corte constitucional ha excluido la posibilidad de que el mismo pueda constituirse como parte en el juicio constitucional²⁸¹. La Corte basó su decisión, sobre todo, en la posición particular que el Ministerio público asume en el juicio *a quo*, en tanto que “órgano de justicia” (“*organo di giustizia*”) que actúa en el interés objetivo del ordenamiento, que no permite combinar su posición con la de las partes del litigio y por ello extenderle la regulación prevista para estas últimas para la constitución como partes en el proceso constitucional²⁸². La Corte ha estimado como manifiestamente sin fundamento, por cuanto la elección del legislador no puede considerarse irrazonable, la cuestión de constitucionalidad de los arts. 23 y 25 l. 87/1953, en la parte en la que excluyen (y no prevén) la constitución como parte en el juicio del Ministerio público²⁸³.

²⁸¹ V. a este respecto: LEONE, S., *Sulla costituzione del pubblico ministero nel giudizio dinanzi alla Corte*, en BIN, R., BRUNELLI, G., GUAZZAROTTI, A., PUGIOTTO, A., y VERONESI, P. (Coords.), *Il lodo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 158 y ss.; ODDI, A., *La parte afona*, en *Giur. cost.*, 2009, p. 3730; ROMBOLI, R., *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, en *www.rivista.AIC.it*, 2010; PACE, A., *Sull'ammissibilità della costituzione del p.m. (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, *ivi*, 2015, p. 2.

²⁸² Corte cost. n. 327 de 1995, n. 1, n. 375 de 1996

²⁸³ Corte cost. n. 361 de 1998.

Más recientemente, la Corte constitucional, refiriéndose a sus propios precedentes, recordó las limitaciones derivadas de la normativa vigente, así como la peculiaridad del rol del Ministerio público, que no permiten una asimilación a la posición de las partes. Igualmente, la Consulta somete específicamente a examen lo previsto en el art. 111 de la Constitución italiana relativo al denominado “proceso justo”²⁸⁴ y en el principio de paridad de armas entre acusación y defensa, tanto con respecto al proceso penal, como con relación al constitucional. Para el primer caso, el principio no supone, a juicio de la Corte, una identidad de potestades procesales, pudiendo estar justificado un tratamiento diverso, en los límites de la razonabilidad, de las exigencias relacionadas con la correcta administración de la justicia, así como en consideración a la particular posición del Ministerio público.

Con respecto al proceso constitucional, y en razón de su especificidad, afirma que el mismo principio no exige necesariamente que al Ministerio público se le deban reconocer idénticas potestades que a las partes privadas, por lo que no le resulta irrazonable la exclusión del primero de la posibilidad de constituirse como parte ante la Corte constitucional²⁸⁵.

En España, de su lado, ni el apartado segundo ni el tercero del artículo 37 LOTC reconocen al concreto Fiscal que participa en el proceso judicial de origen la facultad de personarse en la fase *ad quem* (que solo tendrá oportunidad de formular alegaciones en la fase del trámite de audiencia previa al planteamiento de la CI, *ex art. 35.2 LOTC*), pero sí, y tiene sentido en función de las características y de la naturaleza constitucional del procedimiento, al Fiscal general del Estado (*art. 37.3 LOTC*)²⁸⁶.

²⁸⁴ Art. 111 Constitución italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge [...]*”

²⁸⁵ Corte cost. n. 262 del 2009.

Para una posición crítica frente a esta jurisprudencia, v. ROMBOLI, R., *La presenza cit.*, quien entiende que la constitución del Ministerio público ante la Corte constitucional podría encontrar justificación ya en su posición específica en el proceso común con relación al caso particular, permitiéndole aportar argumentos para la defensa de la propia estrategia procesal, ya en razón de su naturaleza de “órgano de justicia”.

²⁸⁶ Art. 37 LOTC: “*2. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. 3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días*”.

En Italia se presentó un caso muy peculiar, del que queremos dejar constancia. La Consulta no se ha admitido la constitución como parte en el juicio constitucional del abogado de la parte del juicio *a quo* en su propio nombre, no en calidad de abogado de aquélla. Postulaba que en el concepto de “parte” debe incluirse al abogado cuando se discuta de la legitimidad constitucional de una norma referida al régimen jurídico del defensor, que incida en su posición profesional. Sin embargo, la Corte ha excluido siempre esta legitimación, dado que el defensor no puede considerarse parte en el juicio *a quo*, sino simplemente asistente letrado de la parte actora²⁸⁷.

Siguiendo con otro caso sobre legitimación para comparecer ante la Corte constitucional, el art. 20.2 de la ley 87/1953 prevé que “*los órganos del Estado y de las regiones tienen el derecho de intervenir en juicio*”²⁸⁸. Se ha considerado durante algunos años que tal disposición poseía un ámbito de aplicación incierto y un tanto misterioso, porque, aun estando inserta en una disposición dedicada a la defensa técnica (afirmando entonces que los órganos del Estado y de las regiones no necesitaban personarse asistidas necesariamente por un abogado), el desarrollo de los trabajos preparatorios mostraba cómo la voluntad del legislador pasaba por fijar no tanto el modo de personación sino el derecho sustantivo a hacerlo; en efecto, no podía negarse a los órganos estatales o regionales la posibilidad de comparecer ante el Constitucional para defender la legitimidad de la ley o proponer cualquier alegación²⁸⁹.

La Corte constitucional “resolvió el misterio” tan sólo en 1998 y, siguiendo una interpretación sin duda más lógica y racional, ha reconstruido el alcance de la disposición insertándola en el contexto del art. 20 de la ley 87/1953, el cual regula la defensa técnica de los sujetos públicos y concluyendo que “*también la relativa a los órganos del Estado es, por tanto, una regla que se refiere a la representación y defensa en el juicio, ya que se establece que no se exige una defensa profesional para tales órganos. Esto sin embargo no atañe, ni por tanto modifica, la regulación de la legitimación para ser parte o intervenir en un juicio*”²⁹⁰.

²⁸⁷ Corte cost. n. 97 de 1970, n.16 del 1995, en un juicio que tenía por objeto la legitimidad constitucional de las disposiciones que limitan a los abogados de confianza (y no a los de oficio) de lengua madre distinta a la del proceso, el poder desarrollar en su propia lengua las intervenciones orales, con plasmación en la lengua del proceso, n. 37 de 1999; n. 163 de 2002, con relación a una cuestión de constitucionalidad relativa a los límites territoriales dentro de los que se admite el ejercicio de la actividad de los fiscales en ejercicio admitidos en la actividad judicial.

²⁸⁸ Art. 20.2, ley 87/1953: “*Gli organi dello Stato e delle regioni hanno diritto di intervenire in giudizio*”.

²⁸⁹ Para un análisis de los trabajos preparatorios puede verse ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale* cit., pp. 44-45.

²⁹⁰ “*Anche quella relativa agli organi dello stato è, dunque, una regola che riguarda la rappresentanza e difesa nel giudizio, giacché si stabilisce che non è richiesta, per tali organi, una difesa professionale. Ciò*

g) Los “auto interlocutorio” y su utilidad para las aclaraciones sobre la noción de “parte”

Para terminar con el análisis de los aspectos más relevantes sobre el tema de la legitimidad a personarse en el juicio *ad quem* según la normativa y la jurisprudencia italianas, merece la pena señalar que la decisión con la que la Corte constitucional resuelve las cuestiones relativas a la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud para constituirse como parte en el proceso constitucional está contenida en una decisión denominada “auto interlocutorio” (“*ordinanza dibattimentale*”, en italiano).

Hasta cierto momento, este acto parecía emplearse e interpretarse como la respuesta a una petición específica de intervención en el proceso constitucional, carente por tanto de interés general, y por esta razón sin necesidad de tener unas formas adecuadas de publicidad. Los autos de este tipo (denominados también “sin numeración” por no estar publicados en la Gaceta Oficial y por ende no tener asignado un número de serie) se introducían en un repertorio oficial de sentencias y autos de la Corte constitucional y, no poseyendo otra forma de publicidad, acababan por ser ignorados.

A partir de 1995²⁹¹, la Corte inició la práctica de adjuntar a la sentencia definitiva el auto sobre el contradictorio leído en audiencia pública, otorgándole por tanto la misma publicidad que aquella de la resolución definitiva por medio de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (*Gazzetta ufficiale*) y, a menudo, en las revistas que suelen publicar sentencias.

tuttavia, non riguarda, nè vale quindi a modificare, la disciplina della legittimazione ad essere parte o ad intervenire in giudizio”, Sentencia de la Corte constitucional n. 350 de 1998. La decisión ha sido luego reiterada en las sentencias de la Corte constitucional n. 163 de 2005 y n. 232 de 2006.

En España el art. 37.3 LOTC reconoce a una “generosa” lista de sujetos institucionales la posibilidad de personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en un plazo de quince días, para (en principio) permitirles defender la constitucionalidad de la disposición enjuiciada. Art. 37.3 LOTC: “3. *El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. [...]*”.

²⁹¹ Los primeros dos supuestos de este tipo fueron en las sentencias de la Corte constitucional nn. 154 y 178 de 1995.

La decisión de publicar los autos “sin numeración” a la que hemos hecho ahora referencia, fue tomada por la Corte (puede que no casualmente), cuando ella abandonó su posición de absoluto cierre respecto a la identificación de los sujetos que pueden participar en el juicio constitucional en vía incidental. Desde aquel momento, en efecto, empezó a asumir sin duda un significado importante la motivación de la decisión de admisión o no admisión, con el fin de sentar una doctrina constitucional sobre este punto, no pudiéndose ya considerar suficiente la simple referencia al hecho de que el sujeto en cuestión no hubiese sido parte en el juicio *a quo*.

Analizando los autos interlocutorios de los más de 20 años sucesivos al momento de la decisión de su publicación²⁹², se puede entender cómo dicha decisión haya sido ciertamente oportuna, tratándose a menudo de interpretaciones relativas a los plazos, a la legitimación de los abogados habilitados y el proceso constitucional que se relevan de gran interés general, como precedentes, a fin de orientar el comportamiento de los sujetos que tienen la intención de intervenir ante la Corte.

El aspecto ciertamente más relevante viene de todas formas representado por todos los casos, bastante numerosos, en los que la Corte ha explicado, en un auto “sin numeración”, las razones por la que no podía considerarse en aquel caso que el sujeto reclamante tuviera un “interés cualificado” (“*interesse qualificato*”, en italiano) que legitimase su comparecencia en el juicio constitucional. Habitualmente en efecto, la sentencia definitiva recoge solamente, en la parte de los antecedentes o de los fundamentos jurídicos, la conclusión alcanzada por la Corte (“*ha intervenido el sujeto X, quien ha sido considerado como admisible o inadmisibile*”²⁹³), remitiendo la motivación al auto leído en audiencia y adjunto al pronunciamiento.

En algunos casos, los autos interlocutorios contienen una motivación muy sucinta o casi inexistente – como cuando se limitan a estimar la falta de cualificación de parte- y a menudo la sentencia final recoge íntegramente el contenido de los mismos,

²⁹² En realidad, la jurisprudencia constitucional ha procedido, en los mismos casos, unas veces a dictar el auto interlocutorio, separado de la resolución final, mientras que otras veces ha optado por incorporar los eventos del proceso y las correspondientes soluciones y motivaciones en el cuerpo de la sentencia.

Sin pretensiones de exhaustividad, vid., a partir de 1996, los autos sin numeración adjuntos a las resoluciones: 173 y 313/1996; 38, 248, 277/1997; 344/1998; 183 y 426/1999; 511/2000; 189 y 291/2001; 145, 284, 505 y 536/2002; 346/2003; 196, 389/2004; 150, 345 y 378/2005; 172, 232, 279, 329, 352 y 369/2006; 25, 149, 195, 222, 245, 257, 344, 349, 352, 380/2007; 119, 128, 151, 232, 233, 251 e 254/2009; 121, 138, 225, 289 e 325/2010; 44, 69, 304/2011; 150, 245, 272, 296/2012; 59, 60, 82, 85, 134, 220, 230, 231, 285, 318/2013; 100, 120, 128, 146, 162, 170/2014.

²⁹³ “*Ha spiegato intervento il soggetto X, il quale è stato ritenuto ammissibile o inammissibile*”.

mientras que resulta bastante raro que la sentencia contenga, sobre este punto, un contenido más amplio que el de dicho auto o que proceda a profundizar su motivación.

3. La condena del TEDH a España por la falta del contradictorio en la fase *ad quem* del juicio incidental (caso Ruiz Mateos) y la consiguiente reforma de la LOTC de 2007 en España que abre las puertas del proceso ante el TC a las partes del proceso *a quo*

Como ya hemos apuntado, una parte de la doctrina había manifestado su desacuerdo con la regulación orgánica que no preveía la personación de las partes en el juicio *ad quem*, considerando insuficientes las garantías proporcionadas a través del trámite de audiencia previa a estas mismas y al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no fueron las sugerencias de ilustres Autores a empujar el legislador español a modificar la LOTC, sino más bien las consecuencias que derivaron de una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a España, entre otras razones, justo por negar a unos sujetos la participación en el proceso ante el TC en ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad que los veía partes en el proceso principal.

La trascendencia del caso, muy notorio en España, hace oportuno dedicar unas palabras al resumen de lo sucedido²⁹⁴. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid promovió una cuestión de inconstitucionalidad en relación a determinados artículos de la Ley 7/1983, de 29 de junio, sobre «expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo "Rumasa, Sociedad Anónima"», a instancia de uno de los afectados por la aplicación de la mencionada ley singular, don José María Ruiz Mateos y Jiménez de Tejada. Las características de la expropiación, y en particular el hecho de ser ordenada a través de una ley singular, habían imposibilitado la defensa de los sujetos destinatarios de la medida. En efecto estos mismos no tenían la posibilidad ni de activar un recurso contencioso-administrativo, ni de recurrir en amparo ante el TC, no existiendo en

²⁹⁴ Es posible encontrar un comentario a este caso y a sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español en VIDAL FUEYO, MARIA DEL CAMINO, *Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional*, en SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, BELADIEZ ROJO, MARGARITA Y ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizus Menos, 2013, pp. 131-152.

España la previsión de un amparo contra leyes. La cuestión, cuyo planteamiento se fundó en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), fue desestimada por el TC en la STC 166/1986, de 19 de diciembre. La duda de legitimidad constitucional de la misma ley singular volvió a plantearse con una segunda CI, esta vez por vulneración de los arts. 14 (principio de igualdad ante la ley) y 33.3 CE (límites al derecho a la propiedad)²⁹⁵, que el Alto Tribunal desestimó nuevamente en la STC 6/1991, de 15 de enero. En ambas ocasiones claramente, así como previsto en la disciplina española, las partes no pudieron personarse ante el TC en la fase *ad quem*.

Los sujetos afectados por la expropiación recurrieron entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración del art. 6.1 del Convenio (Derecho a un proceso equitativo)²⁹⁶, alegando la excesiva duración del proceso y la violación del derecho de defensa, en razón de la imposibilidad por las partes de participar en el contradictorio.

El Tribunal Europeo condenó a España en la Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, por vulneración del susodicho artículo. Las fundamentaciones de la condena del TEDH se dirigen de un lado a la efectiva duración excesiva del proceso y de otro a la vulneración del derecho de defensa de Ruiz Mateos. Sin embargo, sobre este último tema, el Tribunal de Estrasburgo no entró en la valoración de la inadecuación de la normativa española sobre el acceso de las partes en el proceso ante el TC en ocasión de una CI. Semejantes estimaciones habrían constituido una injerencia indebida en las potestades del Estado español, no dejando

²⁹⁵ Art. 14 CE: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Art. 33 CE: “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes”.

²⁹⁶ Art. 6.1 CEDH “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

espacio a aquel legítimo margen de apreciación nacional que las instituciones supranacionales tienen la obligación de respetar²⁹⁷.

Sin embargo el Tribunal de Estrasburgo consideró que se trataba de un caso muy peculiar, siendo de aplicación una ley singular, y que efectivamente los destinatarios no habían tenido la posibilidad de defenderse a través de un contradictorio. Afirmó en efecto el TEDH que si se trata de un caso que tiene como objeto “*una ley que concierne directamente a un círculo restringido de personas*” y “*la cuestión de constitucionalidad de la ley es deferida al TC en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de carácter civil y en el que son partes sujetos que pertenecen al susodicho círculo, es necesario en principio garantizarles el libre acceso a las observaciones de las demás partes y una real posibilidad de comentarlas*” ante el TC mismo²⁹⁸.

La decisión del Tribunal Europeo se dirigía así, claramente, solo a permitir la participación en la fase procesal ante el TC de los sujetos destinatarios de una ley singular y cuando hubiesen además actuado como partes en el proceso principal en el que traía origen la CI. Es importante puntualizar cuanto precede para entender las sucesivas actuaciones del Alto Tribunal, que puntualmente rechazó las solicitudes de quienes querían personarse en el proceso *ad quem*, y que fundaban su pretensión a la ampliación de los sujetos legitimados a comparecer ante el TC en la necesaria aplicación de la jurisprudencia del TEDH²⁹⁹.

Como se ha mencionado justo antes de empezar a analizar el caso Ruiz Mateos, la razón probablemente principal que ha determinado la modificación del régimen de personación ante el TC en las cuestiones de inconstitucionalidad se encuentra en la

²⁹⁷ Sobre el margen de apreciación nacional puede verse, entre otros: GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010; y del mismo Autor, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143.

²⁹⁸ Sentencia de 23 de junio de 1993, asunto *Ruiz Mateos c. España*, n. 63: “*Il peut arriver qu’elles aient trait, comme ici, à une loi qui concerne directement un cercle restreint de personnes. Si en pareil cas la question de la constitutionnalité de la loi est déferée au Tribunal constitutionnel dans le cadre d’une procédure relative à un droit de caractère civil et à laquelle sont parties des personnes de ce cercle, il faut en principe leur garantir un libre accès aux observations des autres parties et une possibilité véritable de les commenter*”.

²⁹⁹ El Alto Tribunal, como consecuencia de la sentencia del TEDH sobre el caso Ruiz Mateos, recibió varias solicitudes de personación de las partes de procesos *a quibus* en los que se plantearon CCI; véanse por ejemplo los AATC 260/2003, de 15 de julio; 239/1999, de 13 de octubre; 178/1996, de 26 de junio. Para un análisis doctrinal sobre las consecuencias de la decisión del TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede verse: CASTELLÁ ANDREU, JOSEP MARÍA, EXPÓSITO GÓMEZ, ENRIQUETA, *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 2º semestre 1999, pp. 293-316.

sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 23 de junio de 1993. Es la misma Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del TC, que en su tercera exposición de motivos afirma: “*La [presente] ley intensifica el papel de las partes litigantes del proceso judicial en el que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, ya que no sólo se les permite realizar alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, sino que también se permiten alegaciones sobre el fondo de la cuestión. Al tiempo, se introduce la posibilidad de personación de los litigantes del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional en los 15 días siguientes a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la admisión a trámite de las cuestiones de inconstitucionalidad, para permitir la contradicción en este procedimiento de constitucionalidad, siguiendo en esto las directrices contenidas en la Sentencia de 23 de junio de 1993, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.

En efecto, ciñéndonos ahora simplemente a las modificaciones que se refieren a la disciplina del contradictorio durante la fase *ad quem*, la reforma añade, de un lado, un inciso en el art. 35.2 LOTC por el que las partes del proceso *a quo* pueden alegar consideraciones sobre el fondo de la cuestión en el trámite de audiencia previa³⁰⁰ y, de otro, un nuevo apartado segundo al art. 37 LOTC (pasando el antiguo segundo a tercero). Este último tiene entonces la siguiente redacción: “*Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días*”³⁰¹.

³⁰⁰ Art. 35.2 LOTC: “*El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme*”.

³⁰¹ El art. 37 LOTC en su redacción actual afirma entonces lo siguiente: “*1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado segundo de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada. 2. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal*

La reforma no ha tenido como efecto la modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el valor del trámite de audiencia previa a las partes y al MF. Podría pensarse que en el nuevo sistema jurídico dibujado a través de la LO 6/2007 la audiencia previa pueda perder su rol fundamental, dado que ahora las partes pueden presentar sus consideraciones directamente ante al TC. Sin embargo el Alto Tribunal sigue aplicando la misma doctrina sobre este tema, considerando todavía el trámite de audiencia previa un momento fundamental e imprescindible para la admisión de una CI³⁰². En nuestra opinión esto se debe probablemente a la distinta finalidad que cumplen los dos momentos que las partes tienen en su disposición para formular alegaciones. En el momento previo al planteamiento de la CI, el objetivo de la participación de las partes no es exclusivamente garantizar que sean oídos los intereses subjetivos, sino también que el órgano judicial reciba las consideraciones y valoraciones de los sujetos

Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días. 3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días”.

³⁰² Véanse por ejemplo el reciente ATC 156/2016, de 20 de septiembre, FJ 3 a): “La admisibilidad de una cuestión de inconstitucionalidad, requiere, entre otras “condiciones procesales” (art. 37.1 LOTC), el correcto cumplimiento del denominado trámite de audiencia, esto es, la preceptiva audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal antes de elaborar el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial promotor de la misma. Así lo exige expresamente el art. 35.2 LOTC [...]. Es por tanto «... un requisito de todo punto inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión así suscitada» (entre otros muchos, AATC 220/2012, de 27 de noviembre, FJ 4; y 389/2008, de 17 de diciembre, FJ 2).

La doctrina constitucional (por todas, STC 95/2015, de 14 de mayo, FJ 2) subraya «la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, este Tribunal ha destacado también que el mismo no puede minimizarse, reduciéndolo a un simple trámite, carente de más transcendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas» (por todas, STC 222/2012, de 27 de noviembre, FJ 3)”.

El TC ha recordado sin embargo en el mismo FJ que estas afirmaciones no siempre se han aplicado rígidamente: “Esta doctrina ha admitido excepciones, esto es, que las variaciones en la identificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la inadmisión de la misma por falta de los requisitos procesales. Esto ocurrirá cuando el defecto en que incurre la providencia de apertura del trámite de audiencia no alcanza a producir confusión en los destinatarios, de modo que éstos pueden superar ese defecto y entender correctamente cuál era la duda que se les plantea, pues en estos casos no se habrá impedido a las partes el efectivo ejercicio de su derecho de audiencia en el trámite previsto por el art. 35.2 LOTC (ATC 136/2015, de 21 de julio, FJ 2)”. Pueden consultarse también las SSTC 95/2015, de 16 de mayo, y 50/2015, de 5 de marzo, y los AATC 83/2016, de 26 de abril; 73/2016, de 12 de abril, y 36/2016, de 16 de febrero.

involucrados en la cuestión concreta para que decida sobre la conveniencia o no de proceder al planteamiento de la duda de constitucionalidad. El destinatario de las alegaciones es entonces el juez *a quo*, y solo indirectamente las opiniones de las partes llegarán al TC reproducidas en el Auto de planteamiento. La nueva fase de audiencia a las partes durante el proceso *ad quem* constituye sin embargo el momento en el que los más inmediatos destinatarios de la resolución del TC pueden comunicar sus consideraciones y dar voz a sus intereses directamente ante el órgano que decidirá el “destino” del juicio en el que están involucrados, pudiendo anular o convalidar la norma relevante para la resolución de su caso concreto.

Desde este momento, entonces, las partes del proceso *a quo* pueden comparecer ante el TC y presentar directamente sus alegaciones y consideraciones³⁰³. Esta reforma satisfizo la mayoría de la doctrina, que vio en la modificación legislativa un importante avance para la tutela de los derechos e intereses de los individuos, especialmente de los sujetos involucrados en el proceso ordinario en el que se origina una cuestión de inconstitucionalidad. Como nos recuerda muy claramente LÓPEZ ULLA, “*afirmar que las partes del proceso a quo son ajenas al juicio [del TC] es negar lo evidente. [...]. En este sentido podríamos hablar, como hace la doctrina italiana, de un cierto carácter híbrido de este proceso constitucional pues si es bien claro que éste tiene por objeto el examen objetivo de la constitucionalidad de una ley – con independencia de los intereses enfrentados en el proceso a quo - este interés público no contradice ni niega su posible utilidad como instrumento de defensa de derechos particulares*”³⁰⁴.

³⁰³ En España no se habla de un verdadero “contradictorio” ante el Juez constitucional, expresión que sin embargo es empleada comúnmente en Italia.

³⁰⁴ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMP, PABLO (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 199.

Entre los Autores que sostenían la necesidad de esta reforma ya desde hace muchos años podemos mencionar, además del mismo LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, también RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, y ARAGÓN REYES, MANUEL, *La jurisdicción constitucional*, La Constitución española de 1978. *Estudio sistemático*, dirigido por PREDIERI, ALBERTO, y GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, Civitas, Madrid, 1981, pp. 836, y 863; GARCÍA ROCA, JAVIER, *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, Revista de las Cortes Generales, núm. 27, 1992, pp. 101-138, p. 121.

Podemos afirmar, comprobando las estadísticas³⁰⁵ y apoyándonos en las consideraciones de ilustres juristas³⁰⁶, que efectivamente la cuestión de inconstitucionalidad ha llevado a cabo (y no dudamos que así seguirá haciendo) una importante labor de protección de los derechos e intereses subjetivos, en aquellas circunstancias en las que la lesión de los mismos proviene directamente de una normativa con fuerza de ley. No se puede en efecto olvidar la existencia de un interés subjetivo de las partes del proceso *a quo* en la decisión del TC, siendo determinante ésta misma para la resolución del proceso principal en un sentido o en otro, con evidentes (no haría falta ni decirlo) efectos en las suertes de las partes.

Todas estas consideraciones nos permiten sostener que las modificaciones introducidas con la LO 6/2007, de 24 de mayo, contribuyen a valorizar el alma subjetiva de la cuestión de inconstitucionalidad, alejándola de la más clásica concepción objetiva que veía este tipo de proceso constitucional finalizado exclusivamente a la depuración del ordenamiento jurídico. Aunque el objeto (probablemente) principal de la cuestión de inconstitucionalidad en España sigue siendo la valoración abstracta de la constitucionalidad de una norma con rango de ley, es indudable que la participación de las partes en el proceso *ad quem* abre las puertas a que las posiciones subjetivas también reciban encuentren la merecida defensa (y consideración) y a que el TC mantenga una conexión con los intereses particulares propios del caso concreto.

³⁰⁵ En las Memorias publicadas en el primer semestre de cada año por el TC podemos encontrar datos relevantes: analizando por ejemplo las estadísticas para el año 2015 (la Memoria de 2016 es al momento en fase de publicación), es posible afirmar que PON DATOS MEMORIAS TC (ver p. 200 JMLU II) ←

³⁰⁶ LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES, PABLO (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 200-201.

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

1. La obligatoriedad del respeto de los plazos en la personación de las partes

En Italia, con base en la normativa contenida en la ley de 1953 y en las Normas de Integración, la parte del juicio *a quo* se constituye como parte en el *ad quem* mediante el depósito en la Secretaría de la Corte de la denominada “*procura speciale*”, con elección domiciliar en Roma, y de las alegaciones, incluidas las conclusiones. En el mismo plazo previsto para la constitución se pueden incluir nuevos documentos referidos al juicio de legitimidad constitucional. La parte constituida puede además depositar, tras haber leído las alegaciones de los demás sujetos que eventualmente puedan haber intervenido o haberse constituido como partes, memorias “ilustrativas” en un plazo de hasta 20 días antes de la audiencia o de la reunión a “puertas cerradas” (*Camera di Consiglio*) (art. 10 N.I.); la misma participa también en la audiencia pública, exponiendo de forma sintética sus propias conclusiones (art. 16 N.I.)³⁰⁷.

En referencia más específicamente al momento en el que empieza a correr el plazo para la constitución como parte, el art. 25.2 de la ley 87/53 prevé que “*en 20 días desde la recepción de la notificación del auto [...] las partes pueden examinar las actuaciones depositadas en la Secretaría y presentar sus alegaciones*”³⁰⁸, comenzando claramente a correr el plazo desde el momento de la notificación.

La Corte constitucional, con las Normas de Integración de 1956, introdujo una modificación sustancial a la ley, intentando hacerlo de una forma que no creara un

³⁰⁷ Art. 10 N.I.: “1. È ammesso il deposito nella cancelleria della Corte di una memoria illustrativa, in un numero di copie sufficiente per le parti, fino al ventesimo giorno libero prima dell’udienza o della riunione in camera di consiglio. 2. In caso di deposito oltre il termine di cui al precedente comma, il cancelliere provvede ad annotare la circostanza sull’atto prima della trasmissione di cui all’art. 11”.

Art. 16 N.I.: “1. All’udienza il giudice relatore espone in modo sintetico le questioni della causa. 2. Dopo la relazione, i difensori delle parti svolgono in modo sintetico i motivi delle loro conclusioni. 3. Il Presidente regola la discussione e può indicare i punti e determinare i tempi nei quali essa deve contenersi. 6 4. Si osservano, oltre agli articoli 15, 16 e 17 della legge 11 marzo 1953, n. 87, gli articoli 128, comma secondo, e 129 del Codice di procedura civile”.

³⁰⁸ Art. 25.2: “Entro venti giorni dall’avvenuta notificazione dell’ordinanza [...] le parti possono esaminare gli atti depositati nella cancelleria e presentare le loro deduzioni”.

contraste evidente y poco justificable entre fuentes normativas. El art. 3.2 N.I. estableció que “*en el plazo arriba indicado [art. 25.2 de la ley 87/53] no se computan los días comprendidos entre aquel de la última notificación y el de la publicación del auto en el Boletín Oficial del Estado*”³⁰⁹, haciendo que el plazo corriera a partir de este último momento.

Actualmente, el nuevo art. 3 N.I.³¹⁰, considerando la experiencia en la aplicación de la disposición que va a sustituir, dispone directamente que “*la constitución de las partes [...] debe producirse en el plazo de 20 días desde la publicación del auto en el Boletín Oficial del Estado*”, de esta forma contradiciendo lo que parece deducirse de la Constitución y de la ley 87/1953³¹¹.

Los plazos establecidos para la constitución de las partes y los intervinientes en el juicio han sido considerados por la Corte constitucional, a través de una jurisprudencia absolutamente constante y por tanto consolidada, de naturaleza perentoria, con la consecuencia de que la misma, si presentada fuera de plazo, se ha declarado inadmisibile³¹².

³⁰⁹ “*Nel termine su indicato [art. 25, 2° comma, l. 87/53] non sono computati i giorni compresi tra quello dell’ultima notificazione e quello in cui l’ordinanza è pubblicata nella Gazzetta ufficiale*”.

³¹⁰ Art. 3 N.I. “*1. La costituzione delle parti nel giudizio davanti alla Corte ha luogo nel termine di venti giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza nella Gazzetta Ufficiale, mediante deposito in cancelleria della procura speciale, con la elezione del domicilio, e delle deduzioni comprensive delle conclusioni. La procura può essere apposta in calce o a margine dell’originale delle deduzioni con la sottoscrizione della parte, certificata autografa dal difensore. Nello stesso termine possono essere prodotti nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale*”.

³¹¹ Con base en lo previsto en el art. 137 de la Constitución italiana, “*una ley constitucional establecerá las condiciones, formas y plazos para la propuesta de juicios de legitimidad constitucional [...]. Con ley ordinaria se estabilizarán las otras normas necesarias para la constitución y el funcionamiento de la Corte*” (“Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale [...]. Con legge ordinaria sono stabilite le *altre norme necessarie* per la costituzione e il funzionamento della Corte”), parecería que tales fuentes deberían agotar la regulación.

El art. 22 de la ley 87/1953 hace en cambio referencia a dos fuentes ulteriores, estableciendo que “*en el procedimiento ante la Corte constitucional [...] se observan, en cuanto applicables, también las normas del reglamento para el procedimiento ante el Consejo de Estado en sede jurisdiccional. La Corte podrá establecer normas complementarias en su reglamento*” (“nel procedimento davanti alla Corte costituzionale [...] si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento”), poniendo de relieve su posición subordinada con respecto a la ley.

³¹² En un caso, un sujeto se constituyó como parte puntualmente refiriéndose como *dies a quo* al de la publicación del auto en el Boletín Oficial de la Región, pero la Corte ha tenido ocasión de precisar que, a fin del transcurso del plazo de caducidad para la constitución de las partes del juicio de legitimidad constitucional, es tan sólo decisiva la publicación en el Boletín Oficial del Estado, como deja claro la referencia exclusiva a tales publicaciones del art. 3, inciso 2° N. I., por mor del principio por el que un plazo perentorio no puede tener más que una fecha de comienzo (Corte cost. n. 25 del 2007).

La Corte tuvo ocasión de señalar a la parte constituida más allá de los plazos perentorios establecidos de la ley, que no es posible remitirse al plazo del art. 10 de las normas complementarias, desde el momento en que este plazo se refiere al mero depósito de memorias ilustrativas (Sentencia de la Corte constitucional n. 279 de 2013).

Para mencionar aquí un ejemplo, en un caso concreto una de las partes, que intervino fuera de plazo, había explícitamente hecho referencia a este aspecto, defendiendo la naturaleza no perentoria del plazo por el hecho que de un lado faltaría una calificación normativa explícita en este sentido y de otro que no se habría previsto expiración alguna de dicho plazo, ni existirían exigencias de celeridad, porque el procedimiento podría definirse también sin la constitución de las partes; además a favor del carácter no perentorio del plazo podría argüirse también la naturaleza del juicio constitucional, en el que no existen partes contrapuestas, sino sujetos que pueden presentar a la Corte sus aportaciones colaborativas para sostener la legitimidad o ilegitimidad de la norma. La Corte se limitó a aludir a su propia jurisprudencia consolidada en sentido opuesto y de la que no consideró que existieran razones para apartarse³¹³.

2. El principio de gratuidad y la paradoja, en Italia, de la necesaria defensa técnica por parte de un abogado “cassazionista”

Un argumento que corroboraría el interés público que subyace y caracteriza el proceso constitucional, en el sentido de que los eventuales intereses de carácter individual deben ponerse en segundo plano, lo encontramos sin dudas en la afirmación del principio de gratuidad del proceso constitucional³¹⁴. Son expresión de este principio el art. 21 de la ley 87/1953, con base en el cual “*los actos del procedimiento ante la Corte constitucional están exentos de cualquier tipo de tasas*”; así como los artículos 30 N.I., según el cual “*en los juicios ante la Corte constitucional no se pronuncia condena a los gastos*”, y 13.3 N.I, que prevé que “*los gastos por la asunción [de los medios de prueba] corren a cargo del presupuesto de la Corte*”³¹⁵.

Con circular del entonces Presidente de la Corte, el Magistrado Marino, de 27 de marzo de 2006, se invitó a los letrados a no incluir en sus dossiers el contenido de las actuaciones extemporáneas o la eventual documentación en ellos producida.

³¹³ Sentencia de la Corte constitucional n. 37 de 2006.

En otros casos, la Corte ha excluido expresamente la remisión en plazo por parte de sujetos que se habían constituido extemporáneamente (Sentencias de la Corte constitucional n. 41 del 2011 y n. 75 de 2012), excluyendo expresamente la aplicabilidad al proceso constitucional de la suspensión durante los festivos de los plazos, en consideración de las peculiares exigencias de celeridad y seguridad al que el mismo proceso debe responder (Sentencia de la Corte constitucional n. 46 de 2011).

³¹⁴ Aunque, en opinión de quien escribe, la gratuidad del proceso ante la Consulta representa también una forma de protección del individuo, permitiendo también a las personas con escasa capacidad económica de personarse ante el Constitucional.

³¹⁵ Art. 21 de la ley 87/1953: “*Gli atti del procedimento davanti alla Corte costituzionale sono esenti da tasse di ogni specie*”.

La Corte constitucional ha tenido ocasión de señalar que resulta totalmente desconocido y extraño al proceso constitucional el concepto de “*soccombenza*” (perder un pleito), en cuanto éste mismo no concluye con vencedores ni vencidos; tampoco puede aplicarse ningún tipo de carga pecuniaria, aún exigua, ya que podría constituir un freno para aquella amplia colaboración entre los sujetos que participan en las distintas fases del juicio de constitucionalidad y que, en los límites previstos por la ley, es ciertamente útil o incluso necesaria³¹⁶.

Aún así, en la regulación italiana existe una evidente paradoja sobre este punto. La gratuidad del proceso constitucional no excluye la necesidad de que la parte que pretende constituirse como tal ante la Corte constitucional deba asumir los gastos – normalmente más gravosas que el pago de algún impuesto o sello - correspondientes a los honorarios del abogado defensor. La contradicción reside en la previsión, a este respecto, del art. 20.1 de la ley 87/1953 que establece que “*en los procedimientos ante la Corte constitucional la representación y la defensa de las partes puede ser encomendada sólo a los abogados habilitados a ejercer ante la Corte de casación*”³¹⁷.

En varias ocasiones se ha planteado la cuestión de la legitimidad constitucional de tal disposición, bajo la premisa de que limitaría o haría excesivamente gravosa la posibilidad de defensa de la parte, incidiendo sobre sus posibilidades económicas, en un juicio que (como hemos mencionado), por su naturaleza, trasciende los intereses de parte y posee una eficacia *erga omnes*³¹⁸.

La Corte constitucional ha declarado siempre infundada la cuestión, sosteniendo que la disposición impugnada “*no hace necesariamente gravosa la carga de la defensa de las partes ante la Corte constitucional y es fruto de una elección racional del legislador en relación a los requisitos profesionales necesarios para el tratamiento de*

Art. 30 N.I.: “*Nei giudizi davanti alla Corte costituzionale non si pronuncia condanna alle spese*”.

Art. 13.3 N.I.: “*Le spese per l’assunzione [dei mezzi di prova] sono a carico del bilancio della Corte*”.

³¹⁶ Sentencia de la Corte cost. n. 75 de 1965, que ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 3 l. 798/65 y 3, 4 l. 289/63, en la parte en la que se establecían el pago de dos tipos de contribuciones referibles también a los procesos constitucionales.

³¹⁷ Art. 20.1 de la ley 87/1953: “*Nei procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale la rappresentanza e la difesa delle parti può essere affidata soltanto ad avvocati abilitati al patrocinio innanzi alla Corte di cassazione*”.

³¹⁸ V. a este propósito, entre otros, DANOVI, R., *Un avvocato spagnolo alla Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1995, pp. 1833 y ss. y, sobre el principio de gratuidad del proceso constitucional, SICLARI, M., *Principio di gratuità degli atti del procedimento innanzi alla Corte costituzionale e diritto “positivo” alla difesa nei giudizi in via incidentale*, en COSTANZO, P. (Coord.) *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, pp. 377 y ss.; VAGLIO, G., *Profili dell’assistenza legale nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, en *Foro it.*, 1996, I, pp. 1581 y ss. y *La rappresentanza processuale delle parti private nei giudizi costituzionali*, *ivi*, 1997, V, pp. 329 y ss.

*cuestiones que exigen particular pericia*³¹⁹. Así que no puede ponerse en duda la legitimidad de la elección legislativa tendente a asegurar la posesión de los requisitos actitudinales idóneos para el proceso constitucional (que se desarrolla en un nivel superior, con reglas procedimentales diversas también en lo relativo a la cualificación de los abogados), y que a estas normas “*deba conformarse tanto el ejercicio del derecho de defensa del abogado que quiera ejercer su actividad ante la Corte constitucional, como la libre elección del abogado por parte de las partes*”³²⁰.

Otro supuesto concreto pone casualmente en contacto las dos jurisdicciones objeto de examen en este trabajo. En efecto, siempre en relación con la defensa técnica de las partes ante la Corte constitucional, se ha presentado el problema referido a la posibilidad de que el defensor sea un abogado de nacionalidad distinta a la italiana (en este caso, española). La Corte constitucional declaró que ciertamente un abogado perteneciente a la Unión Europea puede ejercer su actividad ante la Corte, pero a condición de operar en cooperación con un abogado italiano poseedor de la habilitación requerida por las leyes nacionales³²¹.

En España el debate sobre los coste del juicio constitucional y sus consecuencias para las partes no se ha producido, al no existir ninguna previsión normativa que prescriba la necesidad de que el abogado que represente el sujeto que se persona ante el Tribunal Constitucional sea habilitado a ejercer ante los Tribunales de más alto rango.

IV. El papel representado por las partes del juicio *a quo* en el proceso constitucional en la reconstrucción de la doctrina y en la experiencia jurisprudencial.

³¹⁹ “*Non rende eccessivamente gravoso l’onere difensivo delle parti davanti alla Corte costituzionale ed è frutto di una razionale scelta del legislatore in ordine ai requisiti professionali necessari per la trattazione di questioni che richiedono particolare perizia*”, Sentencias de la Corte constitucional n. 222 de 1982, n. 154 de 1995 y n. 173 de 1996.

³²⁰ “*Deve conformarsi sia l’esercizio del diritto di difesa dell’avvocato che voglia esercitare il patrocinio avanti alla Corte costituzionale, sia la libera scelta del difensore ad opera delle parti*”, Sentencias de la Corte constitucional n. 222 de 1982, n. 154 de 1995 y n. 173 de 1996.

³²¹ Sentencias de la Corte constitucional n. 154 y n. 249 de 1995.

La Corte constitucional se ha referido al art. 8 l. 31/1982, según el cual se admiten a actuar en casación a los abogados que sean ciudadanos miembros de la UE que demuestren haber ejercido la profesión al menos durante 8 años o de haber sido admitidos al ejercicio de la profesión en el Estado miembro de procedencia ante la autoridad jurisdiccional correspondiente y ha verificado la existencia de un certificado del Colegio de abogados de Barcelona que daba fe de la inscripción en España de una única clase de inscritos al efecto, en cuanto todos los abogados inscritos y ejercientes están legitimados para asumir la defensa en cualquier tipo de procedimiento o causa judicial ante cualquier juez o tribunal.

Una valoración posible sobre el papel llevado a cabo por las partes en el juicio constitucional podría empezar por observar las estadísticas con respecto al dato numérico referible a la personación de las partes en el juicio ante los Tribunales constitucionales.

De éste se desprende que, empezando con Italia, la constitución como parte en el juicio *ad quem* se produce en realidad en un número limitado de casos, aunque ciertamente no insignificante, de forma que puede desmentirse la previsión expresada por Francesco Carnelutti tras la entrada en vigor de la Constitución. De acuerdo con el reputado jurista, *“el litigante individual, frente a la augusta asamblea, que [...] por la eficacia general de su juicio, traspasa los límites del juicio individual, acabará por hacerse cada vez más pequeño, al punto de perder toda importancia y casi desaparecer. Dios me perdone, pero mientras ante el juez ordinario la parte es un hombre, ante la Corte constitucional temo que tomará el aspecto de una marioneta”*³²².

Si tomamos una muestra de los nueve años del lapso que va desde el 2005 al 2013, en 2.131 cuestiones en vía incidental las partes se constituyeron en 627 ocasiones, es decir, menos de una de cada tres veces (mientras que el Presidente del Consejo de Ministros ha intervenido en 1.524 juicios, más del doble de veces, por tanto, con respecto a las veces en que se constituyeron las partes)³²³.

Ciertamente, las razones que llevan a las partes a elegir si participar o no en el juicio *ad quem* son diversas y van desde los gastos del juicio (puede pensarse, en el sistema italiano, por ejemplo, al caso de la parte que en el juicio ordinario tiene un defensor no habilitado a comparecer antes la Corte de Casación – *“avvocato cassazionista”*- y que tiene que entonces contratar a otro abogado que sí tenga esa cualificación), al total desinterés por la cuestión planteada (piénsese en las muchas cuestiones relativas a normas procesales o aspectos de ningún interés para la parte), a la consciencia de la frecuentemente escasa incidencia de su presencia, entre otros.

³²² *“Il singolo litigante, di fronte all'augusto consesso, il quale [...] per la efficacia generale del suo giudizio, travalica i limiti del giudizio individuale, finirà per farsi sempre più piccolo, al punto da perdere ogni importanza e quasi da scomparire. Dio mi perdoni, ma mentre davanti al giudice ordinario la parte è un uomo, davanti alla Corte Costituzionale ho paura che assumerà l'aspetto della marionetta”*, CARNELUTTI, F., *Intervento*, en *Atti I° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 68.

³²³ La diferencia resulta aún más evidente si se piensa que el Presidente del Consejo de Ministros interviene solamente si el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es una ley o un acto con fuerza de ley estatal, mientras que las partes pueden hacerlo también en el caso de leyes regionales. Como curiosidad, se pueden traer a colación de juicios de constitucionalidad en el ámbito de los que el mismo sujeto (Silvio Berlusconi) estaba presente ante la Corte constitucional en dos condiciones diversas: la de parte (imputado en proceso penal) y la de Presidente del Consejo de Ministros (Sentencias Corte constitucional n. 34 de 2004 y n. 262 de 2009).

La doctrina³²⁴ ha procurado delinear el papel de las partes del proceso *a quo* en el juicio constitucional e individualizar los intereses que sunpersonacion pretende tutelar y que fundamentarían tal legitimación³²⁵. Las posiciones expresadas a este respecto pueden sumariamente reducirse a tres grandes líneas.

Una primera tesis vuelve a conectar la legitimación de tales sujetos a la tutela de unos intereses específicos y concretos, coincidentes con aquellos defendidos en el juicio principal, siendo la decisión de las Cortes constitucionales, por el carácter necesariamente prejudicial propio del proceso que decide sobre la duda de constitucionalidad, destinado a producir efectos en el juicio *a quo*.

De acuerdo con otra reconstrucción, en cambio, el interés del que estos sujetos serían portadores no sería el particular, parecido o conectado con el del juicio principal, sino el general a la constitucionalidad de las leyes; la presencia de las partes ante la Corte constitucional encontraría justificación tan sólo como *amici curiae*, en consideración sobre todo al objeto del proceso constitucional y a los efectos generales de las decisiones válidas no sólo y exclusivamente para las partes del juicio *a quo*, sino para todos los individuos.

Justificar la presencia de la parte del juicio *a quo* con base en la titularidad de un interés específico suele insertarse en una reconstrucción que pone el acento en la existencia de una estrecha dependencia del proceso constitucional respecto del juicio *a quo*, mientras que la caracterización de la parte como *amicus curiae* hace referencia principalmente a un situación de clara autonomía entre los dos juicios.

Un tercer planteamiento, al que adherimos, asume una posición en cierto modo intermedia respecto a las dos arriba mencionadas, sosteniendo que la legitimación de la parte del juicio *a quo* encuentra su justificación en el hecho de que ésta soporta directamente los efectos de la ley de cuya conformidad a la Constitución se duda, pero

³²⁴ Las reflexiones que siguen han sido desarrolladas principalmente por Autores italianos, ya que la personación en el proceso *ad quem* es algo reciente en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, muchos Autores españoles (entre los cuales por ejemplo LOPEZ ULLA y CORZO SOSA) que afirmaban antes de 2007 la necesidad de una reforma que permitiese abrir el acceso en el juicio ante el TC a las partes del proceso *a quo*, solían fundar sus argumentaciones justo en esta doctrina, que es por ende aplicable también a la experiencia española.

³²⁵ Sobre el tema: ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* cit.; D'ORAZIO, G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988 y 1992; D'AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991; D'ANDREA, L., *Verso una "democratizzazione" del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Giur. cost.*, 1994, pp. 552 y ss.; BIANCHI, P., *Dal "processo senza parti" alla "rappresentazione processuale degli interessi"* y *La Corte ancora alla ricerca del "suo" contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*, *ivi*, 1994, pp. 3045 y ss., y 1995, pp. 891 y ss.; CALIFANO, L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Giappichelli, Torino, 2003.

su interés, específico y concreto en el juicio *a quo*, aparece en relación al proceso constitucional no en su especificidad, sino más bien en su tipicidad, en tanto que situación representativa de otras análogas.

Los Tribunales constitucionales italiano y español suelen hacer referencia, a los efectos de la legitimación a participar en el proceso constitucional, exclusivamente a la cualificación formal como parte del juicio principal, fotografiando, como se ha dicho, con sus vicios e irregularidades, la situación en el momento de dictarse el auto de planteamiento y prescindiendo de cualquier tipo de valoración y afirmación sobre la existencia de un interés específico de ésta para estar presente en el juicio constitucional.

La parte puede así sin dudas asumir y sostener cualquier posición relativa a la constitucionalidad de la ley impugnada, también en contraposición con cuanto hubiera afirmado ante el juez *a quo* y aunque fuera contrario a su interés sustancial allí presente y, en Italia, puede incluso permanecer ante la Corte constitucional y proporcionar su propia contribución a la solución de la cuestión de constitucionalidad incluso cuando el juicio principal haya finalizado y con él haya por tanto cesado cualquier interés sustancial directo de la parte de aquel proceso.

En realidad, analizando las experiencias concretas, cuando una parte se ha personado, se ha expresado siempre en favor de la solución más conforme a la realización del propio interés sustancial, ostentado también en el juicio ordinario.

Así que la presencia de la parte del juicio *a quo* ante la Corte constitucional parece encontrar fundamento y justificación, tanto en la tutela del mismo interés por el cual estaba presente en el juicio principal, como en el interés general a la constitucionalidad de la ley al que la parte misma está llamada a aportar su propia contribución como representante de una determinada posición, en tanto que "*elegido, entre la multitud informe de los destinatarios de la norma impugnada*"³²⁶. Tal sujeto viene a soportar directamente las consecuencias de la aplicación de la ley de cuya constitucionalidad se duda y por tanto es la persona más idónea para aportar a la Corte datos y elementos a partir de su propia experiencia, la cual viene subsumida por este no en su especificidad sino en su tipicidad, de ahí la función y el rol de representante que hemos indicado que viene a asumir el sujeto privado.

³²⁶ "*Eletto, nella folla incolore dei destinatari della norma incriminata*", ANDRIOLI, V., *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi, Atti 1° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1953, pp. 60-61.

Las dos situaciones están de hecho presentes, con la diferencia de que, mientras la primera (mismo interés concreto que en el juicio *a quo*) podría en teoría faltar, la segunda (interés general sobre la constitucionalidad de la ley) se presume en cambio existente e irrenunciable por la parte privada del juicio *a quo* que se constituye ante la Corte³²⁷.

³²⁷ En consideración de tales características se empleaba la expresión “proceso sin partes” (*processo senza parti*) (ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* cit.), expresión considerada poco apropiada por ZAGREBELSKY, que la sustituyó con la de “juicio con partes eventuales”, ZAGREBELSKY, G., MARCENÒ, V., *La Giustizia costituzionale* cit., p. 314.

CAPÍTULO CUARTO

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

CAPÍTULO CUARTO

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

I. Los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad y expulsión de la norma del ordenamiento jurídico entre regulación...

1. La normativa

No pasa desapercibida la trascendencia del análisis de aquellos aspectos que podemos asociar directamente con la actividad de la Corte constitucional, a los fines de llevar a cabo una valoración de la incidencia del juicio de constitucionalidad de las leyes en vía incidental en la tutela de los derechos fundamentales. Nos referimos en particular al momento de la emisión de la decisión de la Corte sobre la constitucionalidad de una norma, y a la tipología de instrumentos que la misma ha creado con la finalidad de poder llevar a cabo su tarea de una forma aún más eficaz para garantizar una mayor y mejor tutela de los derechos fundamentales.

Tanto en Italia como en España, la Constitución y las normas de desarrollo (y probablemente también las intenciones de aquellos que las aprobaron) parecían atribuir a los tribunales constitucionales ante una cuestión de inconstitucionalidad una alternativa rígida para la solución sobre el fondo: estimar la cuestión con una pronuncia que declarase la ley inconstitucional, o desestimar la misma declarándola infundada.

Los efectos de las sentencias de los Tribunales constitucionales que recaen en los procesos de declaración de inconstitucionalidad planteados en un momento posterior a la entrada en vigor de la norma de ley³²⁸, suelen depender entonces de si el Alto Tribunal decide por la primera opción³²⁹ (estimación de la cuestión), o por la segunda³³⁰ (desestimación).

³²⁸ Es oportuno precisar que nos referimos solo a aquellas características que pueden generalizarse por ser comunes a la mayoría de los Países que han elegido el modelo europeo de justicia constitucional.

³²⁹ No hay que olvidar que en España, diferentemente que en Italia, también existen otras formas en las que el proceso constitucional puede terminar, en estos casos sin que se llegue a una resolución por parte del TC. Nos referimos, por ejemplo, a las hipótesis ya analizada anteriormente de desaparición sobrevenida del objeto de la CI, o de desistimiento de una de las partes del proceso principal, etc.

³³⁰ Las Cortes constitucionales pueden decidir desestimar una CI por la presencia de vicios formales o por razones de fondo. En el primer caso no suele haber dudas que los órganos judiciales tengan la posibilidad de volver a plantear una CI sobre la misma norma. El ordenamiento jurídico español por ejemplo, permite incluso que se plantee una CI que tenga el mismo objeto que un RI inadmitido, al establecer en el art. 29 de la LOTC: “1. La declaración de inconstitucionalidad podrá promoverse mediante: a) El recurso de

Cada País ha regulado esta materia en sus respectivas constituciones o en las leyes de desarrollo de estas, eligiendo sus propias particularidades. Sin embargo, por lo que concierne por lo menos los ordenamientos objeto de un análisis más profundizado en este trabajo, podemos destacar algunas características comunes. A la declaración de inconstitucionalidad consigue la nulidad de la norma objeto de la CI y su expulsión del ordenamiento jurídico a partir del momento de la publicación de la decisión en el Boletín Oficial del Estado y (veremos, generalmente pero con excepciones) con eficacia *ex tunc*. Además, dado el rol de las Cortes constitucionales de legislador negativo y máximo intérprete de las constituciones, la decisión vincula a todos, poderes públicos e individuos.

En realidad la alternativa entre desestimación y estimación (con los efectos antes recordados), resultó desde el principio demasiado rígida para poder consentir a los Altos Tribunales de llevar a cabo eficazmente su rol de garantes de los derechos y de la

inconstitucionalidad. b) La cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales. 2. La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso". Sin embargo la doctrina se ha preguntado si es posible volver a plantear una CI que tenga el mismo objeto de otra (o de un RI) precedentemente planteada y desestimada por el TC después de un análisis sobre el fondo. En España, como nos recuerda LOPEZ GUERRA, LUIS, *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1451-1452, la apreciación de la admisibilidad de estas cuestiones se remite al TC. El debate ha tenido como eje el primero de los artículos de la LOTC que pertenece al Capítulo IV (Título XI), que regula los efectos de las sentencias del TC en los procedimientos de inconstitucionalidad. El art. 38.2 LOTC prohíbe, en efecto volver a plantear dos o más veces un recursos de inconstitucionalidad (o conflictos en defensa de la autonomía local, después de la reforma de la LOTC a través de la LO 7/1999, de 21 de abril) con idéntico objeto en caso de resolución desestimatoria, al establecer "*Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional*", sin mencionar la CI. Así que, en el caso de una pronuncia desestimatoria recaída tanto en el ámbito de un RI como resolviendo una CI, cualquier juez ordinario tiene la posibilidad de volver a plantear una duda de constitucionalidad a través de la vía incidental sobre el mismo objeto, dando así la posibilidad al TC de modificar su doctrina (o de volver a desestimarla, esta vez por el efecto de cosa juzgada material que tienen sus resoluciones). Sobre este tema véanse también, entre otras, las reflexiones de GARCÍA DE ENTERRÍA, que ya en 1981 afirmó que "*Es importante notar que la desestimación de un recurso directo contra una Ley no es un obstáculo para que el mismo motivo de inconstitucionalidad pueda ser planteado ulteriormente en una «cuestión de constitucionalidad»*". GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, enero-abril. Madrid, 1981, pp. 50-51. En opinión del mismo autor, cuyo parecer defienden también otros prestigiosos Autores como RUBIO LLORENTE y ARAGÓN REYES, dejar abierta esta posibilidad permitiría superar el riesgo de una petrificación de la doctrina constitucional y garantizaría una beneficiosa evolución de la interpretación de la Constitución, que tiene que adecuarse a las específicas circunstancias de cada momento histórico; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, ARAGÓN REYES, MANUEL, *La jurisdicción constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático (Dirigido por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA)*, Civitas, Madrid, 1981, p. 870. En la jurisprudencia constitucional española son varios los casos resueltos por el TC en este sentido. Solo para citar un ejemplo muy noto: la STC 155/1996, que resuelve una CI planteada contra un precepto precedentemente impugnado con un RI, que había sido desestimado en la STC 160/1987.

supremacía de la Constitución; se establecieron entonces unas formas diferentes de resolver sobre el fondo las cuestiones de inconstitucionalidad, a través de unas tipologías de decisiones que se encontraban en cierto sentido entre las dos “clásicas” ahora mencionadas, o que producían efectos peculiares.

La solución fue encontrada por la jurisprudencia constitucional “de facto”. Los Tribunales constitucionales empezaron a utilizar instrumentos decisorios que presentaban algunas peculiaridades en la modulación de la eficacia de las sentencias, especialmente por lo que concierne, de un lado, sus efectos en el tiempo y, de otro, el alcance del fallo y de su fuerza a la hora de reconocer la nulidad de la norma objeto del juicio de constitucionalidad. Esta posibilidad de articular soluciones parcialmente distintas de los efectos, sobre todo (veremos), de las declaraciones de inconstitucionalidad responde muchas veces a la necesidad de proporcionar una mejor tutela de los derechos e de los intereses constitucionales, aunque (como tendremos modo de evidenciar) no siempre logran la realización de la protección de los derechos de las partes del proceso *a quo*.

A lo largo de este capítulo analizaremos estos distintos tipos de decisiones y sus diferentes efectos, prestando una atención específica a las reacciones de los demás órganos del Estado ante la actitud expansiva, en muchas ocasiones, de las cortes constitucionales en sus potestades.

2. Algunas dudas “iniciales” sobre la regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, resueltas por la Corte constitucional italiana

Entre las clases de decisiones emitidas por los Tribunales Constitucionales para terminar un juicio en vía incidental, las que mejor satisfacen la tutela de los derechos fundamentales involucrados son sin dudas aquellas decisiones con las que el Juez constitucional expulsa del ordenamiento una norma que limitaba la realización de un determinado derecho, en contradicción con la Constitución.

De ahí la grande importancia de esta tipología de decisiones y la necesidad que exista una claridad absoluta con respecto a sus efectos, dado que es justo en ellos que se fundan las expectativas legítimas de los sujetos que hayan pedido al juez de plantear la cuestión de inconstitucionalidad y luego al Juez constitucional de declararla fundada, eliminando la ley inconstitucional.

Esto explica porque en Italia, aunque en las modalidades un poco “caóticas” a las que hemos aludido en la primera parte de este trabajo con las que se aprobó la disciplina constitucional relativa a la justicia constitucional, se estimó necesario incluir en el texto constitucional (art. 136 Const. italiana) una regulación específica de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

También el legislador de 1953, a la hora de proporcionar la regulación de desarrollo de las disposiciones constitucionales, advertí la importancia de esta clase de decisiones, aunque no tuviese aún conocimiento de la evolución estructural de la justicia constitucional italiana en los años posteriores.

Basta con pensar que en los debates parlamentarios se avanzó (y de forma muy convencida) la hipótesis de establecer que ante una declaración de inconstitucionalidad de una ley – siendo claramente una sanción muy grave hacía el Parlamento que la había aprobado y mantenido en vigor – el órgano legislativo tenía que dimitir como señal de respeto hacia los valores constitucionales, abriendo así una crisis de gobierno. Hipótesis ésta que hoy, con un número de declaraciones de inconstitucionalidad que cada año supera las cincuenta, nos hace sonreír por su ingenuidad.

Concentrando ahora la atención en la normativa vigente sobre la materia, la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad se regula en el ordenamiento italiano en los arts. 136.1 Const. y 30.3 de la Ley 87/1953³³¹.

Según la disposición constitucional, cuando la Corte declara la ilegitimidad constitucional de una ley “la norma deja de tener eficacia desde el día siguiente a la publicación de la decisión”, mientras que la ley ordinaria precisa que “las normas declaradas inconstitucionales no pueden aplicarse desde el día siguiente a la publicación de la decisión”.

Como ya mencionado, la regulación de la eficacia de las sentencias estimatorias fue establecido “bajo el velo de la ignorancia” de las que habrían sido elegidas como vías de acceso a la Corte constitucional y aún más de lo en que se habría convertido el control de las leyes en Italia una vez entrado en funcionamiento³³².

³³¹ Art. 136.1 Constitución italiana: “*Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”.

Art. 30.3 l. 87/1953: “*Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*”.

³³² Para una reconstrucción histórica de la aprobación de los art. 136 Const y 30 l. 87/1953, v. D'AMICO, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, espec. pp. 71 y ss.

Es evidente que la ley de 1953, con su art. 30.3, quiso expresamente inclinarse hacia una elección en favor del sistema incidental y de la necesaria “utilidad” del juicio constitucional para el proceso en el que la cuestión se había planteado³³³.

Sin embargo, dado que la regla de la inaplicabilidad de la norma declarada inconstitucional en un juicio incidental en el proceso *a quo* no podía hacerse descender pacíficamente del art. 136 de la Constitución italiana, se planteó en 1996 una cuestión de inconstitucionalidad de la disposición de la ley ordinaria por supuesta violación de la norma constitucional. La Consulta la consideró infundada a través de una sentencia interpretativa, subrayando la diferencia de efectos entre el mecanismo de la abrogación (*ex nunc*) y el de la inconstitucionalidad (*ex tunc*) que tiene, éste último, que acercarse más a las consecuencias que derivan de la anulación de un acto; precisó además la Corte que el principio del *tempus regit actum* no puede aplicarse en los supuestos de inconstitucionalidad, que tienen, estos últimos, que respetar otros principios distintos, propios, en efecto, de la regulación de la anulación.

En esta misma ocasión la Corte afirmó que “*el tercer párrafo del art 30 de la ley 87/1953 [...] en su contenido sustancial, no contrasta con el precepto constitucional*” y que “*no es productivo debatir sobre la formulación diferente del tercer párrafo del art. 30 con respecto al art. 136 de la Constitución. Este en efecto establece, según líneas generales y objetivas, cual es la consecuencia en el ordenamiento de la decisión de inconstitucionalidad: el tercer párrafo en cuestión precisa los efectos de la misma en el proceso en curso, con respecto a la desaplicación consiguiente a la declaración de ilegitimidad*”³³⁴.

³³³ También en razón de esta circunstancia han prosperado dos distintas lecturas de las mencionadas disposiciones, en parte fundadas en la notoria contraposición entre CALAMANDREI y ESPOSITO: según la primera el art. 136 Const. italiana disciplinaria la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad para el futuro (y entonces con eficacia *ex nunc*), mientras que el art. 30 de la ley 87/1953 interesaría a los efectos en el pasado, estableciendo la eficacia retroactiva de las decisiones de inconstitucionalidad en relación al juicio a quo y a los juicios todavía en curso (y entonces su eficacia *ex tunc* con respecto a estos últimos supuestos mencionados).

Puede verse al respecto SILVESTRI, G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 47 y ss.

Recientemente se ha afirmado que el mecanismo incidental ha convertido en inutilizable el sistema delineado en el art. 136 Const. ita., problema este al que ha remediado el art. 30 de la ley 87 de 1953, por el hecho que las fórmulas utilizadas en las dos disposiciones (“cese de eficacia” y “no aplicación” - “*cessazione di efficacia*” y “*non applicazione*” -) no son equivalentes, sino expresión de ideas distintas; la primera regula los efectos futuros y abstractos de la decisión, mientras que la segunda los efectos sobre las relaciones pasadas y concretas en los juicios particulares del que se trate (ZAGREBELKY, G. y MARCENO, V., *Giustizia costituzionale* cit. pp. 350-351).

³³⁴ “*Il terzo comma dell’art. 30 della l. n. 87 (...) nel suo contenuto sostanziale, non diverge in alcun modo dal precetto costituzionale*” e che “*non giova in contrario richiamarsi alla diversa formulazione del terzo comma dell’art. 30, rispetto all’art. 136 della Costituzione. Questo infatti stabilisce, in linea*

También como consecuencia de esta sentencia y de la interpretación proporcionada por la jurisprudencia constitucional consolidada, la tesis que hoy resulta prevaleciente es aquella favorable a una interpretación sistemática de las dos disposiciones, es decir que la norma ordinaria representa una aclaración del artículo de la Constitución y que la falta de aplicación es una consecuencia lógica de la cesación de la eficacia; el mecanismo incidental se coordinaría así perfectamente con la tipología de efectos que derivan de la declaración de inconstitucionalidad³³⁵.

Hoy en día no hay contrastes en doctrina y en jurisprudencia sobre el reconocimiento de la inaplicabilidad de la disposición declarada inconstitucional en el juicio *a quo*, en los juicios en curso y en los juicios futuros, con la única excepción, por lo que concierne la eficacia *ex tunc*, de la aplicabilidad de los efectos de la sentencia en el caso de las denominadas “relaciones agotadas” (*rapporti esauriti*), es decir con respecto a decisiones jurisdiccionales o en general a actos que hayan necesitado la aplicación de la disposición declarada ilegítima y que ya se hayan convertido en definitivos o que no puedan de ninguna forma impugnarse.

Sin embargo, como veremos a continuación, aunque esta sea la regla unánimemente aceptada desde el punto de vista teórico y formal, en la práctica jurisprudencial se han permitidos numerosas excepciones.

Sigue: ...y praxis

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

Uno de los aspectos sin dudas más delicado e importante con respecto al tema de la influencia de la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad en la tutela de los derechos fundamentales se refiere a la posibilidad por el Juez constitucional de aplazar

generale ed obiettiva, quale sia la conseguenza nell'ordinamento della pronunzia di incostituzionalità: il terzo comma in contestazione ne precisa gli effetti nel processo in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità”, Corte cost. n. 127 de 1966. La misma sentencia hace referencia a la relación sobre la ley 87/1953 y a las declaraciones del Presidente de la Comisión parlamentaria, es decir “que la fórmula que se utiliza en el citado tercer párrafo interpreta e integra la norma constitucional, dado que aclara que la decisión de ilegitimidad tiene efectos en todos los procesos en curso” (“che la formula adoperata nel citato terzo comma è interpretativa e integrativa di quella costituzionale, in quanto chiarisce che la pronunzia di illegittimità vale per tutti i processi in corso”).

Más recientemente puede verse sobre esta temática el estudio de SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999, pp. 1778 y ss.

³³⁵ Para un análisis claro de esta visión sobre las dos disposiciones puede verse POLITI, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 10 y ss.

en el tiempo el momento en el que la sentencia estimatoria empieza a tener efectos, incluso hasta permitir que la misma no tenga valor para la conclusión del juicio *a quo* ni para las partes del mismo, derogando a todas las reglas antes analizadas sobre la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad.

Al final de los años '80 y al principio de los '90 (1988-1992) en Italia, con respecto al juicio en vía incidental, se empezó a introducir en vía jurisprudencial la posibilidad de una modulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. La finalidad buscada era de superar los que fueron denominados los “obstáculos políticos”³³⁶ que habrían podido “frenar” el Juez constitucional en su voluntad de llegar a la declaración de inconstitucionalidad, juntos al necesario respeto de las elecciones discrecionales del legislador.

Dichos obstáculos se refieren a las hipótesis en las que la declaración de inconstitucionalidad de una ley pudiese ocasionar situaciones de mayor inconstitucionalidad o turbar el orden y la aplicación de los principios constitucionales, o también originar consecuencias relevantes en ámbito económico o social.

Se llegó entonces a la creación de una nueva tipología de decisiones denominadas, según los casos, de “ilegitimidad constitucional sobrevenida” (“*illegittimità costituzionale sopravvenuta*”), “sentencias de estimación antigua” (“*sentenze di accoglimento datato*”)³³⁷, de “inconstitucionalidad progresiva” (“*incostituzionalità progressiva*”)³³⁸, o “estimatorias desde el momento en el que [...]” (“*accoglimento dal momento in cui [...]*”)³³⁹.

En realidad, aunque la Corte se haya esforzado siempre por motivar sus decisiones a través de la indicación de la situación de ilegitimidad constitucional sobrevenida³⁴⁰, observando con atención era posible distinguir entre dos distintas modalidades de actuación del Juez constitucional.

³³⁶ Esta terminología es de PACE, A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 53.

³³⁷ CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 268.

³³⁸ PANUNZIO, S., *Incostituzionalità “sopravvenuta”, incostituzionalità “progressiva” ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, en *Effetti temporali* cit., pp. 279 y ss.

³³⁹ En este sentido ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, en *Effetti temporali* cit., p. 209.

³⁴⁰ Esta situación, que puede con frecuencia presentarse con respecto al control de las leyes anteriores a la Constitución, se produce cuando una determinada ley aprobada posteriormente a la Constitución que es perfectamente conforme a esta en el momento de su aprobación termine en un momento sucesivo por ser en contraste con la Norma Suprema en consecuencia de una modificación del sistema normativo (por ejemplo a través de la introducción de nuevas leyes) o en razón de la evolución de los usos o de la actuación de determinados valores constitucionales.

En efecto se sugirió de distinguir entre una ilegitimidad constitucional sobrevenida en sentido estricto y la limitación de la eficacia retroactiva de la inconstitucionalidad realizada en concreto a través de una ponderación entre valores o principios constitucionales³⁴¹.

En el primer caso (ilegitimidad sobrevenida en sentido estricto) la Corte afirmaba que una determinada disciplina, conforme al dictado constitucional en el momento de su entrada en vigor, se había convertido en inconstitucional posteriormente, como consecuencia del ocasionarse de eventos sucesivos; por esta razón los efectos de la declaración de inconstitucionalidad tenían que producirse desde el momento en el que dicha condición se había presentado. La peculiaridad en la determinación de la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad se encuentra en la circunstancia que la ley impugnada no pierde eficacia desde el día de su entrada en vigor, sino desde un momento sucesivo (el momento en el que se convierte en inconstitucional). La ley claramente no podrá aplicarse en el juicio *a quo* ni en los juicios todavía en curso, ya que las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad tienen que valer para todos, también para los sucesos ocurridos antes del transcurrir del momento temporal en el que haya aparecido el contraste con la Norma Suprema³⁴².

En las hipótesis que pertenecen a la segunda modalidad (limitación de la eficacia retroactiva por ponderación) la Corte estimaría que la declaración de inconstitucionalidad de una ley, aunque tenga como finalidad tutelar y garantizar determinados valores, produciría contemporáneamente efectos negativos con respecto a otros valores también de rango constitucional. Decidiría, entonces, aplazar la eficacia de su declaración para reducir o eliminar dichos efectos negativos, indicando el momento preciso desde el que la disposición impugnada tenía que empezar a considerarse inconstitucional. En estos casos, sin embargo, la Corte suele afirmar que la norma declarada inconstitucional tiene que aplicarse en el juicio *a quo* y en los juicios en curso³⁴³.

³⁴¹ ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989) y (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 108 y ss. y 1993, pp. 106 y ss.

³⁴² Corte cost. n. 501 de 1988, en que la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de algunas disposiciones en materia de jubilación de los jueces ordinarios, administrativos, contables, militares, procuradores y abogados del Estado con efectos desde el 1 de enero de 1988, fecha en la que se habría originado la inconstitucionalidad en razón de la sucesión de distintas leyes en el tiempo. También pueden verse las sentencias de la Corte constitucional n. 1 y n. 124 de 1991.

³⁴³ Entre otras, véanse las Sentencias de la Corte constitucional n. 50 de 1989 y n. 416 de 1992.

Es evidente la diferencia, en estas dos clases de supuestos, relativa a la individualización del *dies a quo* al que reconducir los efectos de la decisión estimatoria. En el primer caso, coincide con el momento en el que la ley se convierte para todos en inconstitucional y se puede deducir perfectamente de la cuestión de inconstitucionalidad planteada y del material (sobre todo normativo) del que disponía la Corte; sin embargo, en el segundo, siendo necesario encontrar el punto de menor “sacrificio” para los distintos valores en juego, la Corte goza de un margen mayor de discrecionalidad en la individualización del *dies a quo*, que puede escaparse de verificaciones precisas, pero que claramente tiene que responder al juicio de razonabilidad³⁴⁴.

Un elemento común a todos los casos examinados se halla, en opinión también de la Corte constitucional, en el hecho de encontrarnos en situaciones de inconstitucionalidad sobrevenida y en la necesidad de realizar el desarrollo de los principios constitucionales de forma gradual, paulatinamente; ésta exigencia legitimaría una limitación de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad y justificaría la “trasgresión” de la normativa que establece que las sentencias de los tribunales constitucionales empiecen a tener efectos desde el día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La doctrina expresó, sin dudas, más críticas que consensos con respecto a esta práctica de la Corte constitucional³⁴⁵, circunstancia que llevó a que la misma no volviese a utilizar esta técnica por muchos años en el ámbito del juicio en vía incidental.

³⁴⁴ La diferencia entre estas dos modalidades de actuación de la Corte ha sido señalada también por ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale* cit., pp. 208 y ss., que diferencia en propósito entre los casos de “ilegitimidad sobrevenida, que es consecuencia de un error en la ley y no de la voluntad de la Corte” (“*illegittimità sopravvenuta, che consegue al vizio della legge e non ad una volontà della Corte*”) y las sentencias de inconstitucionalidad que limitan su eficacia retroactiva “por razones de orden general” (“*per motivi di ordine generale*”); PINARDI, R., *La Corte, i giudici* cit., pp. 55 y ss. y RUGGERI, A., SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 185, distinguen la “ilegitimidad constitucional sobrevenida” de la “inconstitucionalidad diferida”; PANZERA, C., *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. 129 y ss., diferencia entre tres hipótesis: la ilegitimidad constitucional sobrevenida, la ilegitimidad diferida y la modulación de los efectos justificados por el temor de provocar un vacío legislativo en el futuro inmediato.

³⁴⁵ PINARDI, R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro-futuro delle sentenze di accoglimento*, en *Giur. cost.*, 1991, pp. 788 y ss.; ROMBOLI, R., *La determinazione del "dies a quo" per la decorrenza degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta tra errori materiali e preoccupazioni per le conseguenze finanziarie*, *ivi*, pp. 1346 y ss.; POLITI, F., *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, *ivi*, pp. 3003 y ss.; CELOTTO, A., *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, en MODUGNO, F. (coord.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, 1999, I, pp. 97 y ss.; SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999, 1778; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*,

En estos casos, de hecho, el juez *a quo* y en su caso la parte que ha propuesto la cuestión, se encuentran en la situación de ver reconocido el fundamento de su pretensión (y entonces la lesión de derechos constitucionales por parte del legislador), pero al mismo tiempo a tener que sufrir la aplicación de una ley declarada inconstitucional³⁴⁶.

Durante el 2015 la Corte constitucional italiana, mencionando también las experiencias portuguesa, austriaca, alemana y española, ha una vez más utilizado esta misma técnica decisoria, pero en estas ocasiones sin referirse a situaciones de ilegitimidad sobrevenida. Por primera vez la Corte, de forma expresa, ha establecido que, a pesar de averiguar la inconstitucionalidad *ab origine* de la norma objeto de la cuestión, la declaración de inconstitucionalidad no tenía eficacia en el juicio *a quo* y en los juicios en curso, con la consecuencia de aplicarse a estos mismos la norma declarada contraria a la Constitución³⁴⁷.

La Corte afirmó que “*esta regulación de los efectos temporales tiene que considerarse permitida también en el sistema italiano de justicia constitucional*”³⁴⁸ y que no contrastaba con el carácter incidental del juicio, ya que el requisito de la relevancia tiene valor solo en el momento de decidir sobre la admisibilidad de la cuestión planteada por el juez ordinario, y no para la Corte a la hora de decidir sobre el juicio de constitucionalidad³⁴⁹.

Cedam, Padova, 1997; RUOTOLO, M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000.

³⁴⁶ Sobre el tema vease las consideraciones de PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 114 y ss., y de POLITI, F. *Gli effetti nel tempo* cit., p. 291.

³⁴⁷ Corte const. n. 10 de 2015.

Para unos comentarios sobre esta decisión pueden verse, entre otros, BIGNAMI, M., *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, www.questionegiustizia.it; DICKMANN, R., *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione”*, en *Federalismi.it*, 25 de febrero de 2015, pp. 12 y ss; MARCHESELLI, A., *Dalla Robin tax allo sceriffo di Nottingham*, www.questionegiustizia.it; MASSA PINTO, I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, en *Costituzionalismo.it*, 30 de marzo de 2015, 1; ROMBOLI, R., *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia ex nunc della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla Corte nella motivazione*, en *Foro it.*, 2015, I, pp. 1516 y ss.

³⁴⁸ “*Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale*”.

³⁴⁹ En este sentido también MORELLI, M.R., *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità “sopravvenuta”, a seguito di precedente pronuncia monitoria*, en *Effetti temporali delle sentenze* cit., p. 421 y *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di “incostituzionalità sopravvenuta”*. *Nuove tipologie di decisioni*

Como justificación a la posibilidad de modular los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, la Corte constitucional ha hecho referencia expresa a la actividad de ponderación entre distintos principios de rango constitucional y ha afirmado que es necesario que ella considere el impacto de su decisión, pues “*es cometido de la Corte modular sus decisiones, también desde el punto de vista temporal, de forma que pueda evitarse que la afirmación de un principio constitucional determine el sacrificio de otro*”³⁵⁰.

Diferentemente con respecto a su jurisprudencia anterior ya citada, por primera vez la Corte no menciona circunstancias de ilegitimidad constitucional sobrevenida o el necesario carácter gradual del desarrollo de los principios constitucionales, sino que al contrario reconoce que la normativa impugnada era ilegítima *ab origine* y que además las modificaciones de la ley posteriores al planteamiento de la cuestión han incrementado, si es posible, su “nivel” de inconstitucionalidad.

En este supuesto, la motivación de la Corte no se refiere a elementos que pueden servir para determinar de manera objetiva el *dies a quo* en el que empieza a tener eficacia la decisión del Alto Tribunal, sino exclusivamente a la actividad de ponderación llevada a cabo por el Constitucional; se afirma entonces que este mismo, en aplicación del principio de estricta proporcionalidad, puede pedir al juez *a quo* y a los jueces de los juicios en curso de no aplicar en aquellos casos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, cuando estén presentes estas circunstancias: “*la urgente necesidad de tutelar uno o más principios constitucionales que sino terminarían por quedarse perjudicados de forma irremediable por una decisión exclusivamente estimatoria y la circunstancia que la pérdida de los efectos retroactivos esté limitada a las situaciones verdaderamente necesarias para asegurar la ponderación de los valores en juego*”³⁵¹.

costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della efficacia retroattiva, en *Giust. civ.*, 1989, I, p. 514.

³⁵⁰ “*E’ compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l’affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro*”. ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte cit.*, p. 199, afirma que compete a la Corte declarar el contraste de la ley con la Constitución, pero que no le compete dictar ninguna disposición sobre los efectos de su declaración.

De la misma forma ONIDA, V., *Relazione di sintesi cit.*, p. 305 afirma que “*no incumbe a la Corte determinar los efectos de sus decisiones: la Corte determina el contenido de la decisión, no sus efectos*” (“non spetta alla Corte determinare gli effetti delle proprie pronunce: la Corte determina il contenuto della decisione, non i suoi effetti”).

³⁵¹ “*L’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la*

La Corte constitucional sigue razonando en propósito utilizando un paralelismo con las notorias decisiones manipulativas, afirmando que la exigencia de obtener una ponderación razonable entre los derechos y los principios involucrados justifica la utilización de esta técnica decisoria: “*de la misma manera en la que la decisión de ilegitimidad constitucional puede concernir solo algunos aspectos de la disposición impugnada – como ocurre por ejemplo en las decisiones manipulativas – también la modulación de la intervención de la Corte puede referirse a la dimensión temporal de la normativa en examen, limitando los efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional en el aspecto temporal*”³⁵².

Siempre en relación con la eficacia de las sentencias de los Tribunales constitucionales, tenemos que referirnos a otra tipología peculiar de decisión utilizada por la Consulta. En estos casos no se trata de resoluciones estimatorias, sino de circunstancias en las que la Corte estima la ley impugnada conforme a la Constitución “en aquel momento”, dado que dicha conformidad es debida solo al carácter temporáneo (o supuestamente temporáneo) de la regulación impugnada. Por lo tanto la Corte avisa al legislador que, en el caso en el que la normativa se convierta en permanente o no se modifique dentro de un determinado plazo, la misma se convertirá en inconstitucional y la Corte no podrá si no apuntarlo a través de una sucesiva decisión estimatoria. Por esta razón, la doctrina ha denominado estas hipótesis decisiones de “aún constitucionalidad” (“*ancora costituzionalità*”)³⁵³.

compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco”.

³⁵² “*Così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell’intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo*”. En opinión de ROMBOLI las dos hipótesis (sentencias manipulativas y dilación de los efectos) no serían tan similares; véase ROMBOLI, R., *L’obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ad origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, en *Forumcostituzionale*, 2015; en *Quaderni costituzionali*, 2015, pp. 607 y ss.,.

³⁵³ Esta tipología de decisiones tiene muchos elementos en comunes con algunos instrumentos análogos utilizados por las Cortes constitucionales alemana y austriaca.

En la República federal alemana la Corte, en el caso en que la anulación de las disposiciones impugnadas produciría una situación todavía más lejana de la realización de los principios constitucionales respecto a la circunstancia a la que se quiere remediar, utiliza desde hace ya un tiempo las denominadas “decisiones de simple incompatibilidad”, con las que se manifiesta la existencia de un contraste entre la regulación impugnada y la Constitución pero sin llegar a una declaración de inconstitucionalidad. La ley como consecuencia de la decisión de incompatibilidad no puede aplicarse al juicio *a quo* ni a los demás juicios en curso.

La Corte alemana en otras ocasiones utiliza las denominadas “decisiones de aún constitucionalidad”, con las que declara de forma provisional la legitimidad de la ley impugnada, pero se queda la posibilidad de declarar en un momento posterior la inconstitucionalidad de la misma si el legislador no interviniese para modificarla en el sentido especificado por la Corte misma. En este caso la ley impugnada sigue siendo

También el ordenamiento jurídico español ha previsto un régimen general de eficacia retroactiva. Como ya hemos mencionado, el art. 40.1 LOTC establece sin embargo que *“Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales”*, con una única excepción en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos *“referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”*.

Aunque estas sean entonces las reglas legales aplicables, también el Alto Tribunal español ha venido en muchas ocasiones a autoatribuirse la facultad de modular la eficacia en el tiempo de sus sentencias. Ya desde la sentencia 45/1989, de 20 de febrero (ya mencionada varias veces en estas páginas) el TC ha afirmado tener la posibilidad de limitar temporalmente los efectos de la declaración de ilegitimidad constitucional, o que la nulidad pudiese aplicarse a partir de una determinada fecha (nulidad diferida)³⁵⁴.

Unos casos que nos parecen de gran relieve y que han conducido a una suerte de colaboración entre el Tribunal Supremo (TS) y el TC en España se han presentado con respecto a la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, por funcionamiento anormal. En este ámbito el TC solía no fijar los límites temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad, circunstancia que ha llevado el TS a crear y aplicar una doctrina que establece que en estos casos *“corresponde a los Jueces y Tribunales ante quienes se*

aplicable tanto en el juicio a quo como en los otros juicios todavía pendientes hasta la intervención del legislador (o del Constitucional).

En estas mismas circunstancias la Corte constitucional austriaca tiene la posibilidad de aplazar hasta un año la declaración de inconstitucionalidad de una ley, de forma que pueda permitir al Parlamento intervenir y evitar vacíos normativos. Durante este periodo la ley es plenamente aplicable.

³⁵⁴ STC 208/1999, de 11 de noviembre. Ha habido un caso muy reciente en el que incluso el TC ha especificado en que determinado plazo la ley tenía que considerarse inconstitucional: *“Procede, en consecuencia, estimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada y declarar inconstitucional y nulo el art. 6.1.1 c) de la Ley de la Asamblea Regional de Murcia 15/2002, entre el 1 de enero de 2003 (fecha de su entrada en vigor) y el 30 de noviembre de 2006 (fecha a partir de la cual se incorporó a la Ley general tributaria el medio de comprobación previsto en la norma murciana), ambos inclusive”*, STC 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5.

*suscite la controversia decidir definitivamente acerca de la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad*³⁵⁵.

Un caso peculiar de eficacia

Para terminar con el tema de la eficacia de las sentencias de inconstitucionalidad y con respecto a la necesidad de una identificación clara e inequívoca de los efectos de las mismas para una mejor tutela de los derechos en el juicio incidental de las leyes, puede ser útil mencionar un supuesto reciente y verdaderamente singular (por la especificidad de la ley objeto de enjuiciamiento), resuelto por la Corte constitucional italiana en el año 2014.

Es el caso, ya analizado anteriormente pero bajo otras perspectivas, relativo a la declaración de inconstitucionalidad de la ley electoral para la Cámara de los Diputados y para el Senado de la República.

Resulta de interés analizar algunas de las consideraciones expresadas en esta ocasión por la Consulta, por referirse expresamente a los efectos que puede tener una declaración de inconstitucionalidad con respecto a su eficacia *ex tunc*, además que al alcance de dicha declaración, tema que abordaremos en el próximo epígrafe.

En esta ocasión se ha hecho manifiesta la necesidad de una determinación más precisa de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, sobre todo con respecto al Parlamento; hubo, en efecto, quien se preguntó si este mismo hubiese tenido que considerarse decaído e incluso si hubiesen tenido que estimarse ilegítimas todas las leyes aprobadas por el mismo también antes de la declaración de inconstitucionalidad.

Por esta razón la Corte constitucional ha considerado oportuno pronunciar antes del depósito de las motivaciones de la sentencia de inconstitucionalidad dos ruedas de prensa para “tranquilizar” sobre que “*se mantiene que el Parlamento pueda aprobar nuevas leyes electorales, según sus propias elecciones políticas, en el respeto de los principios constitucionales*”³⁵⁶.

La Corte volvió sobre el tema también en la motivación de la decisión que estamos examinando para precisar cuáles son, *ex art. 136* de la Constitución italiana y *ex*

³⁵⁵ Véase la detallada reconstrucción de SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 211-213.

³⁵⁶ “*Resta fermo che il parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali*”.

art. 30 de la ley 87/1953, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, haciendo referencia a las reglas de la retroactividad solo con respecto a los asuntos procesales aún pendientes y no por aquellos ya concluidos.

La Corte, fundamentándose en lo establecido en las normas antes mencionadas y en su jurisprudencia, pudo asegurar que desde el punto de vista jurídico el Parlamento elegido en aplicación de aquella ley podía seguir funcionando con total normalidad y en la plenitud de sus poderes.

Basándose en estas consideraciones y en el “principio fundamental de la continuidad del Estado”, la Corte excluyó que pudiesen considerarse inconstitucionales tanto las leyes aprobadas por aquel Parlamento antes de la declaración de inconstitucionalidad como las que el mismo apruebe posteriormente a dicha decisión.

La doctrina (y la opinión pública) no ha tardado en advertir que el problema no tenía en realidad naturaleza jurídica, sino esencialmente política, es decir preguntarse cuál sea la legitimación constitucional de un parlamento elegido en aplicación de una ley electoral que la Corte había estimado en contraste con los principios fundamentales de democraticidad e igualdad en el voto³⁵⁷.

La motivación de la sentencia se refiere en efecto a que la ley impugnada no represente adecuadamente la “*voluntad de los ciudadanos expresada con el voto, que constituye el principal instrumento de manifestación de la soberanía popular*”, que permite “*una ilimitada compresión de la representatividad de la asamblea parlamentaria*” y que “*determina una alteración del circuito democrático definido por la Constitución, basado en el principio fundamental de la igualdad de voto*”³⁵⁸.

2. El alcance del fallo: la inconstitucionalidad sin nulidad

Además que en relación con los efectos en el tiempo, existen otras modalidades a través de las cuales los Tribunales constitucionales han conseguido modular la eficacia de sus sentencias.

³⁵⁷ SCACCIA, G., *Riflessi ordina mentali dell'annullamento della l. n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, en www.confrontocostituzionali.eu.

³⁵⁸ “*Volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare*”, consente “*una illimitata compresione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare*” ed è tale “*da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto*”, Corte cost. n. 1 de 2014.

En Italia, por ejemplo, una solución que podríamos considerar intermedia entre la declaración de inconstitucionalidad y la decisión desestimatoria por falta de fundamento, se encuentra en aquellos casos en los que la Corte, aunque mostrando con una cierta claridad de estimar la norma impugnada contraria a la Constitución, igualmente no llega a la declaración de inconstitucionalidad; en estos casos pronuncia una decisión en la que encontramos en la parte del fallo una declaración desestimatoria por falta de fundamento pero en la motivación se evidencia la existencia de un contraste de la norma en cuestión con los principios constitucionales.

La doctrina ha denominado algunos de estos casos sentencia de “inconstitucionalidad comprobada, pero no declarada” (*“incostituzionalità accertata, ma non dichiarata”*) o “desestimatoria o de inadmisibilidad, con comprobación de inconstitucionalidad” (*“rigetto o inammissibilità, con accertamento di incostituzionalità”*)³⁵⁹.

En los epígrafes siguientes analizaremos los problemas señalados por la doctrina relacionados con esta tipología de decisiones y a la compatibilidad de estos nuevos instrumentos con los principios que fundamentan la cuestión de inconstitucionalidad, ya que las partes tendrán la solución de su controversia fundada en una disciplina inconstitucional, o que lo será dentro de poco.

También en la experiencia española encontramos muchos casos en los que el Tribunal Constitucional ha modulado los efectos de sus sentencias por lo que atañe al alcance de la declaración de inconstitucionalidad.

En efecto, ha habido casos en los que el TC no ha respetado la regla impuesta por el art. 39.1 LOTC. En la STC 45/1989, de 20 de febrero, por ejemplo, que consideramos una de las más relevante sobre el tema objeto de estas páginas, el Constitucional afirmó que aunque “*de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1 LOTC) y que [en cuanto] comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º), [...] ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y*

³⁵⁹ Para un estudio sobre esta tipología de decisiones v. PINARDI, R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, espec. y pp. 53 ss. y *Le decisioni di “incostituzionalità sopravvenuta”, di “incostituzionalità differita” e le tecniche monitorie*, en *Foro it.*, 1998, pp. 156 y ss.

*nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento*³⁶⁰.

En la misma ocasión el TC recordó en primer lugar el TC la quiebra de esta relación entre inconstitucionalidad y nulidad en los casos de inconstitucionalidad por omisión, temática ya analizada anteriormente en este trabajo.

En segundo lugar el Alto Tribunal precisó que las disposiciones declaradas inconstitucionales en aquella específica ocasión³⁶¹ constituían un fragmento de un sistema legal *“cuya plena acomodación a la Constitución no puede alcanzarse mediante la sola anulación de aquellas reglas, pues la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en términos compatibles con la Constitución. La infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues, como es obvio, tal hipotética equiparación no sólo desconocería la legitimidad constitucional, repetidamente afirmada en esta Sentencia, que en principio tiene la sujeción conjunta al impuesto, sino que también habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad y permanecen, por consiguiente, en vigor, una vez depurada la Ley de las disposiciones viciadas”*.

Es este entonces un caso muy evidente en el que la declaración de nulidad de las normas estimadas inconstitucionales no “repara” (o incluso termina por empeorar)³⁶² la situación resultante como consecuencia de la inconstitucionalidad. La necesidad de evitar consecuencias perturbadoras para el interés general justifica en determinadas ocasiones, como ya hemos visto también en la experiencia italiana, que el TC español

³⁶⁰ STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

³⁶¹ En la STC 45/1989, de 20 de febrero, se planteó una CI en relación con determinados preceptos de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1983.

³⁶² Para utilizar los términos elegidos por JIMÉNEZ CAMPO en JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Qué hacer con una ley inconstitucional*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p 34.

limite el alcance de sus decisiones, aunque de esta forma se termine por desproteger los derechos e intereses de determinados individuos, primeros entre todos las partes del proceso *a quo*, a los que tendrá que aplicarse una ley declarada inconstitucional pero no nula³⁶³.

El TC suele sin embargo en estos casos incluir por lo menos la invitación dirigida al legislador a que este intervenga lo antes posible para modificar la legislación en cuestión e intentar así evitar que los efectos negativos de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad se mantengan en el tiempo³⁶⁴.

En España es posible encontrar entonces casos de mera inconstitucionalidad (o inconstitucionalidad sin nulidad), que pueden incluir la precisión por parte del TC de que la norma declarada inconstitucional seguirá vigente hasta que el legislador apruebe otra que la sustituya³⁶⁵, o que incluso la nulidad no tendrá efectos justo en el proceso *a quo*, aplicándose la norma declarada inconstitucional en el supuesto concreto en el que se ha originado la CI³⁶⁶.

Sobre este tema podemos mencionar también dos categorías de problemáticas específicas referidas al ordenamiento español. En primer lugar, el TC ha añadido en vía jurisprudencial contenido a la primera parte del art. 40.1 LOTC que prevé que “*Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales*”, al declarar en su reiterada doctrina que se aplica la misma regla en el caso de no haber recaído todavía una resolución administrativa firme³⁶⁷.

En segundo lugar, nos parece importante mencionar entre los casos de delimitación del alcance del fallo en las sentencias de inconstitucionalidad, un supuesto típicamente español, dada su peculiar organización territorial. Nos referimos a la posibilidad que el TC declare inconstitucional una norma estatal por invadir las

³⁶³ Otros casos muy notos, que habitualmente conciernen supuestos relacionados con las políticas presupuestarias, son la STC 13/1992, de 6 de febrero, o los casos en los que se ha aplicado la doctrina contenida en la STC 45/1989, de 20 de febrero, como por ejemplo, entre las más recientes, las SSTC 121/2016, de 23 de junio, FJ 6; 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5; 22/2015, de 16 de febrero, FJ5.

³⁶⁴ “*Le cumple, pues, al legislador, a partir de esta Sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa que, como hemos venido señalando, no puede ser ni desconocida ni sustituida por este Tribunal Constitucional, al que en un proceso como el que ahora concluye sólo le corresponde apreciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de los preceptos enjuiciados (art. 27.1 de su Ley Orgánica)*”, STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11.

³⁶⁵ SSTC 195/1998, de 1 de octubre y 132/2010, de 2 de diciembre, entre otras.

³⁶⁶ SSTC 254/2004, de 23 de diciembre y 164/2006, de 24 de mayo.

³⁶⁷ SSTC 25/2016, de 15 de febrero, FJ 5; 22/2015, de 16 de febrero, FJ 5 entre las más recientes.

competencias de determinadas Comunidades Autónomas: en este caso la declaración de inconstitucionalidad y nulidad va a tener efectos solo en aquellas CCAA que hubiesen reconocido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en cuestión, pero no en las demás, donde sigue siendo absolutamente legítima y de aplicación³⁶⁸.

Sigue. Peculiaridad de la experiencia española: los efectos de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad en los recursos de amparo

Los efectos de la inconstitucionalidad de una ley declarada por sentencia sobre los recursos de amparo en curso que traen origen de actos de aplicación de la ley anulada

Para terminar con el análisis de los efectos de las decisiones de los Tribunales constitucionales y su relación con la tutela de los derechos fundamentales, no podemos dejar de referirnos a una peculiaridad presente en el ordenamiento jurídico español.

Diferentemente que en Italia, en cuyo sistema de justicia constitucional no existe una vía de acceso directa de los individuos a la Alta Corte para pedir la protección de un derecho supuestamente vulnerado, en España está previsto el recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en determinados artículos de la Constitución española³⁶⁹.

Esta pluralidad de accesos al Tribunal Constitucional español ha provocado la “interferencia” entre los efectos de las sentencias recaídas en los procesos de control de constitucionalidad y los recursos de amparo en curso, señaladamente en aquellos casos en los que estos mismos traen origen de actos de aplicación de la ley declarada inconstitucional y nula. Estas circunstancias han llevado al Tribunal a fijar criterios de

³⁶⁸ STC 133/1990, de 19 de julio. Otro supuesto típicamente español, esta vez debido al específico sistema de fuentes normativas en España, es el caso de las declaraciones de inconstitucionalidad por no haberse respetado el requisito formal a la hora de emplear el legislador el rango de ley ordinaria u orgánica.

³⁶⁹ Art. Artículo 161.1 b) CE: “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca”.

El recurso de amparo encuentra su desarrollo normativo en los arts. 41 a 58 de la LOTC. En esta sede, en razón de cuanto ha sido afirmado en el texto, mencionamos solo el contenido del art. 41.1 LOTC: “Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución”.

coordinación entre ambos procedimientos, de la que dejamos constancias en estas páginas visto la evidente conexión con el tema de este trabajo de investigación.

La STC 159/1997, de 2 de octubre, como pronunciamiento de referencia.

No podría abordarse esta materia sin tomar en consideración la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español en Pleno en la STC 159/1997, de 2 de octubre, con ocasión de un recurso de amparo.

El recurso se planteaba contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y contra la confirmación administrativa de las autoliquidaciones correspondientes a un determinado ejercicio, practicadas por la actora en concepto de gravamen complementario de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, creado por el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria. Denunciaba la entidad recurrente la violación del art. 14 CE, por un pretendido trato discriminatorio –así lo afirma la sentencia en su inicio, aunque, como aclarará luego, se refiere la queja en realidad a una supuesta desigualdad de trato del primer inciso de esa previsión constitucional, y no a la interdicción de discriminación del segundo-. A juicio de la demandante de amparo, el mencionado gravamen complementario suponía para ella, dedicada a la explotación de máquinas recreativas tipo "B", una desigualdad inconstitucional en el trato en relación con el ofrecido por la Ley respecto de las empresas dedicadas a otros juegos u otras actividades del sector del juego. También invocaba otros preceptos de la Constitución, algunos de ellos, como el art. 9.3 o el art. 31.1 CE, no susceptibles de amparo, como dirá el Tribunal después en su fundamentación jurídica.

Con posterioridad a la formalización de la demanda de amparo y su admisión a trámite, que tuvieron lugar ambas en el año 1994, el TC dictaría la STC 173/1996, de 31 de octubre, resolviendo diversas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas que concernían a aquel art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, declarando inconstitucional y nulo el precepto, aplicado, como ha sido adelantado ya, en los autos de los que nació el recurso de amparo. El motivo de la inconstitucionalidad -decía la Sentencia anulatoria recién aludida en su FJ 5- era el de haber aplicado "*retroactivamente, un aumento de la deuda tributaria que puede calificarse de no previsible y carente de suficiente justificación, lo*

que conduce a estimar que en este caso se ha producido una vulneración del principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 CE".

La STC 159/1997 se ocupa de precisar el efecto que sobre el recurso de amparo en curso tiene la Sentencia del Pleno de referencia, dictada en 1996 como se ha dicho, al versar la una como el otro sobre el mismo precepto legal cuya inconstitucionalidad y nulidad fue declarada, y habida cuenta que, como reconocerá el Tribunal en el FJ 3 de la STC 159/1997, el objeto del recurso de amparo no se dirigía tanto contra la aplicación administrativa y judicial de aquel precepto controvertido (y declarado finalmente inconstitucional en momento posterior a su formalización), sino frente al contenido de la norma misma.

Tras diversas consideraciones para diferenciar el principio de igualdad del art. 14 CE y el principio de igualdad tributaria del art. 31 CE (no susceptible éste de amparo, a diferencia del primero), o sobre otra de las quejas de la demanda (que invocaba el art. 24.1 CE por no haberse suscitado una cuestión de inconstitucionalidad como la parte requiriera, recordando que hacerlo es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial), contiene la Sentencia los principios de constitucionalidad que resultan relevantes para el objeto de esta investigación.

El Tribunal dispone, en primer lugar, que en supuestos como el enjuiciado, en los que el problema de constitucionalidad ha sido resuelto previamente en el ámbito de un proceso de inconstitucionalidad (en el supuesto de referencia, en la STC 173/1996), si la declaración de inconstitucionalidad y nulidad se produjo por la vulneración de un precepto de la Constitución no susceptible de amparo, excluido por tanto de protección a través de ese procedimiento singular de tutela de derechos fundamentales, no cabe extender, sin más, al proceso de amparo los efectos de la Sentencia declarativa de la inconstitucionalidad y nulidad del precepto. En otros términos, no tendrá efectos en el recurso de amparo tal declaración si se produce por resultar contraria la previsión normativa a un precepto constitucional ajeno al reconocimiento de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, ello aunque exista un acto de aplicación de ese precepto (anulado por el Tribunal Constitucional de forma sobrevenida) en la controversia administrativa o judicial de la que trae origen el recurso. Si se prefiere, *sensu contrario*, la inconstitucionalidad declarada sólo podrá incidir en el recurso de amparo cuando este proceso constitucional tenga en su base actos de aplicación de un precepto legal anulado por vulnerar derechos que pueden ser objeto de

tutela en el amparo constitucional. De otro modo, recuerda el Tribunal, se daría “*un evidente exceso en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo, dado que se halla claramente delimitada en cuanto a los derechos y libertades susceptibles de tutela en dicho proceso constitucional por lo dispuesto en los arts. 161.1 b) y 53.2 C.E. y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica*”³⁷⁰.

La consecuencia evidente de lo dicho, como también subraya el pronunciamiento del que nos ocupamos, es que no siempre será posible invocar en el pronunciamiento resolutorio del amparo, con un carácter determinante y decisivo para la estimación o desestimación de la demanda, la previa Sentencia del Pleno emitida en otro proceso de inconstitucionalidad, por más que quede referida al mismo precepto legal que esté en cuestión en el recurso de amparo, ya que eso vendrá dado, o en su caso será excluido, en función del fundamento de la inconstitucionalidad declarada, esto es, de que el mismo radique o no en la vulneración de un derecho de carácter fundamental susceptible de amparo.

Tan clara es la idea como puede constatarse en un contraste entre la resolución constitucional que estamos destacando aquí y otras que ella misma cita, o algunas posteriores que también mencionaremos, pues, por ejemplo, así como la STC 159/1997 no atiende a la declaración de inconstitucionalidad de la STC 173/1996 al resultar según ella lesivo el art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, por vulneración el art. 9.3 CE (principio, por imperativo de los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC, que queda extramuros del proceso de amparo), en cambio, en las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, 284/1994, 152/1995 y 145/1996, el amparo sí se otorgó y con remisión expresa a la Sentencia del Pleno declarativa de la inconstitucionalidad, justo y precisamente porque la norma en cuestión en esos asuntos (anulada por la STC 179/1994, sobre el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la Base Cuarta, apartado 4º, de la Ley de 29 de junio de 1991) fue expulsada del ordenamiento jurídico por la contradicción de su régimen jurídico con (ahora sí) un derecho fundamental, en concreto el de asociación reconocido en el art. 22.1 CE, que, como es sabido, sí puede ser objeto de tutela en el procedimiento de los arts. 53.2 y 151.1 b) CE, al encontrarse ubicado en la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución.

³⁷⁰ STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6.

En segundo lugar, la STC 159/1997 analiza otro orden de problemáticas. Según hemos tenido modo de recordar, *ex art. 40.1 LOTC*, la declaración de inconstitucionalidad en un proceso de control de constitucionalidad de la norma (como el que culminó, en el caso de referencia, con la STC 173/1996) no permite revisar un proceso fenecido mediante Sentencia judicial con fuerza de cosa juzgada, dictada en aplicación de la ley luego anulada pero antes de la Sentencia constitucional declarativa de la inconstitucional. La única excepción a ello, según aquella previsión de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional, viene representada por los casos en los que esté comprometida la reducción de una pena o de una sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad³⁷¹. Al margen de ello, por tanto, la sucesiva declaración de inconstitucionalidad del precepto no incidirá en los procesos ya cerrados con la fuerza de la cosa juzgada.

La razón aducida por la jurisprudencia constitucional, como es de imaginar, reside en la garantía de la seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), que empuja a descartar una revisión general e indiscriminada de los pronunciamientos judiciales anteriores por mor de la inconstitucionalidad de la norma luego apreciada. Si se quiere, dice el Tribunal, se persigue *“un equilibrio entre la estabilidad de las situaciones por así decir ‘judicialmente consolidadas’, de conformidad con lo establecido en el segundo inciso del art. 161.1 a) C.E., y, de otro lado, ciertas excepciones, vinculadas con una posible revisión in bonum, como son todas las comprendidas en el indicado art. 40.1 LOTC. Y es obvio que éstas, en cuanto excepciones tasadas de la regla general, han de ser interpretadas restrictivamente para que sea respetado dicho equilibrio”*.

Precisa no obstante el Tribunal, a tal efecto, que por Sentencia firme deberá entenderse, al objeto de lo dispuesto en el art. 40.1 LOTC, un proceso fenecido mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo a ese propósito calificativo del todo irrelevante que dicha Sentencia haya sido o no objeto de un ulterior recurso de

³⁷¹ La STC 39/2011, de 31 de marzo, recuerda e insiste en ese orden de cosas en que, dentro de dichas excepciones a la regla general, la Sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad tiene efectos incluso sobre las situaciones jurídicas declaradas por Sentencia con fuerza de cosa juzgada. Esto es, que la retroactividad establecida en el art. 40.1, in fine, de la LOTC *“supone una excepción in bonum a lo prevenido, en términos aparentemente absolutos, por el art. 161.1 a) CE (‘la Sentencia o Sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada’) [que] tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el art. 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal Constitucional”*.

amparo, y, en su caso, haya sido o no admitido y esté o no pendiente el dictado de una resolución sobre el mismo³⁷².

Así se desprendería según el Tribunal Constitucional del art. 161.1 a) CE, que no contiene una previsión de pérdida de valor de las Sentencias recaídas en aplicación de la norma declarada posteriormente inconstitucional, limitándose a extender los efectos de esa declaración a la jurisprudencia que haya interpretado la norma. Y es que, en efecto, aunque bien es verdad que refiriéndose al recurso de inconstitucionalidad y no a otros procedimientos, literalmente dice el precepto constitucional: *“La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”*.

Ciertamente, no encontramos razones para alcanzar una conclusión distinta cuando la declaración de inconstitucionalidad tenga origen en el proceso incidental de una cuestión de inconstitucionalidad, más aún cuando queda despejada del todo dicha problemática, si cupiera alguna duda, a tenor de que la STC 159/1997 a la que nos estamos refiriendo –por ser el pronunciamiento de referencia en la materia–, que contiene y afirma el criterio descrito al resolver sobre los efectos que posee en un proceso de amparo una Sentencia del Pleno que fue dictada en una cuestión de inconstitucionalidad (en realidad, en varias acumuladas).

En definitiva, salvo que se trate de los procesos penales o contencioso-administrativos relativos a un procedimiento sancionador, la declaración de inconstitucionalidad, ex art. 40.1 LOTC, no da lugar a la revisión de los procesos ya fenecidos por sentencia con fuerza de cosa juzgada, siendo entonces irrelevante que se haya hecho en ellos aplicación de las leyes declaradas inconstitucionales por el Tribunal.

En tercer lugar, y ocupándonos aun de los efectos de este tipo de declaraciones en los procesos de amparo en curso, añade el Tribunal que no podrá apreciarse la lesión del art. 24.1 CE en esta tipología de casos de declaración sucesiva de

³⁷² En ese mismo sentido se han pronunciado Sentencias posteriores, como la STC 3/2016, de 18 de enero: *“la adquisición de la fuerza material de cosa juzgada por las Sentencias firmes de los órganos judiciales no queda condicionada en nuestro ordenamiento jurídico a la circunstancia de que haya transcurrido el plazo de veinte o treinta días previsto, respectivamente, en los arts. 43.2 y. 44.2 LOTC, sin que se haya interpuesto un recurso de amparo contra ellas o, interpuesto tal recurso, hasta que este Tribunal declare su inadmisión a trámite o dicte Sentencia denegando el amparo solicitado [STC 159/1997, de 2 de octubre, FJ 7 b)]”*.

inconstitucionalidad. Sencillamente porque la resolución recurrida, dice con evidente buen criterio el Tribunal, no desvela una la desatención del sistema de fuentes establecido (art. 1.7 C.C.), sino, justamente, su aplicación y debido respeto, ya que el precepto legal luego anulado estaba integrado entonces en el ordenamiento jurídico y no era obligado para el juez o Tribunal que la aplicó, a tenor de la doctrina existente sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, haber procedido necesariamente a su planteamiento.

Con esa suma de criterios enunciados, en la STC 159/1997 consideró el Tribunal que no había lesión alguna que fundase el otorgamiento del amparo, particularmente que no cabía resolver el recurso de amparo por remisión a lo juzgado en la STC 173/1996, en la que se dio la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990 pero por vulneración del principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 C.E, precepto no susceptible de amparo.

Esa STC 159/1997 contó con varios votos particulares. En el formulado por el Magistrado don Fernando García-Mon y González-Regueral se plantea a nuestro criterio un interesante debate, que pone en contraste el art. 40.1 y el art. 38 LOTC. Así como el primero, según se ha dicho, impide la revisión de las sentencias dictadas en procesos fenecidos (salvo en las excepciones penales o sancionatorias ya descritas, en las que la reapertura del proceso tras la declaración de inconstitucionalidad podría acarrear un beneficio –que el art. 40.1 LOTC atiende- para el interesado frente a la pena, sanción o responsabilidad impuestas), el art. 38 LOTC, que invocaba el Magistrado discrepante, dispone el carácter de cosa juzgada de la Sentencia que declara la inconstitucionalidad, su vinculación para todos los Poderes Públicos y la producción de efectos generales desde la publicación en el diario oficial. De las prescripciones de este último precepto deducía aquel Juez constitucional la imposibilidad, también para el Tribunal Constitucional y desde la fecha de la publicación de la STC 173/1996 (que declaró, recuérdese, la inconstitucionalidad de la norma controvertida), de desatender la nulidad de la norma en las Sentencias pendientes del amparo constitucional.

A su detenido y razonado criterio, el art. 38.1 de la LOTC resuelve el problema en sentido distinto al acogido por la mayoría del Tribunal. Razona: *“todos los Poderes Públicos, y por tanto también y con mayor razón el Tribunal Constitucional, están vinculados desde el 3 de diciembre de 1996, fecha de su publicación en el B.O.E., por lo resuelto en la STC 173/1996 y, por consiguiente, esa vinculación nos impide*

mantener a finales de 1997 que un precepto ya inexistente, continúe siendo el único sustento de la Sentencia que revisamos. Revisión que se hace como si el precepto aplicado siguiera vigente y la Sentencia tuviera que encuadrarse -como se hace- en los casos previstos para el recurso de amparo en los arts. 53 y siguientes de la LOTC, prescindiendo de que a ello se antepone lo dispuesto en el art. 38.1 de la propia Ley”.

Obviamente, postular esa posición pasaba, de modo inevitable, por entender que el proceso judicial no había fenecido. O dicho de otro modo, que la interposición del recurso de amparo evitaría considerarlo cerrado. A su parecer, por tanto, es el plazo de caducidad del amparo (art. 44.2 LOTC) el que debe haber vencido, sin formalización del recurso, para que pueda operar el régimen del art. 40.1 LOTC, que fijaría una excepción al general del art. 38 de la misma Ley.

No es cuestión baladí, como se ve, por más que tenga efectos únicamente en los procesos penales y sancionatorios indicados. Y no lo es porque, a nuestro juicio, el parámetro que sigue la jurisprudencia constitucional tras pronunciamientos como el comentado no es tanto que el proceso haya o no fenecido, como del art. 40.1 LOTC se seguiría, sino, antes bien, que la norma declarada inconstitucional (aunque el proceso haya fenecido por no estimarse vivo durante el plazo de caducidad del amparo) afectara o no a derechos fundamentales. Siendo ese el enfoque correcto tras la lectura de la jurisprudencia constitucional que hemos destacado en este punto, cabe como mínimo dudar de la preferencia que se otorga en esta tipología de casos, por razón de la materia, al art. 40.1 LOTC, frente al régimen general del art. 38.1 LOTC, que impone los efectos generales o *erga omnes* de la Sentencia recaída en el proceso constitucional, sin matices, desde su publicación, esto es, sin distinguir que la misma declare vulnerados unos u otros preceptos constitucionales, los relativos a derechos fundamentales o los que cuenten con otro contenido diferente.

El segundo voto particular, formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, y al que se adhirió el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, también manifestó su preocupación por la no extensión al amparo en curso de lo resuelto en la STC 173/1996. Más allá de defender una redefinición de la cuestión de inconstitucionalidad –en razón de la negativa a plantear una CI por parte del órgano judicial que dictó la sentencia recurrida³⁷³- se detiene, al objeto de defender una

³⁷³ Sostiene que, de manera acorde con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Estrasburgo, esa redefinición debería pasar “*por un entendimiento de la cuestión que, reservada en su*

solución discrepante, en el art. 55.2 LOTC. Señala que de tal precepto se desprende que ha de concederse el amparo siempre que la Ley aplicada para resolver un asunto lesione “derechos fundamentales o libertades públicas”; y que la proposición entrecomillada (que contiene la citada previsión de la Ley Orgánica) incluye (a su parecer) la seguridad jurídica, al ser un principio configurador o soporte estructural de la tutela judicial efectiva (derecho fundamental reconocido y protegido por el art. 24.1 C.E.) y, asimismo, el marco esencial de las libertades públicas que los ciudadanos no disfrutaban cuando aquella seguridad jurídica falta. Así las cosas, concluye, el soporte estructural de aquellos derechos (la citada seguridad jurídica) no puede tener menor protección constitucional que éstos (lo que habría permitido *ad casum* extender los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la norma al recurso de amparo que se resolvía). En fin, una construcción tuitiva desde un enfoque material pero seguramente, a nuestro juicio, de complicado soporte, toda vez que no parte del texto normativo del art. 55.2 LOTC, sino, acaso, de esa regulación pero interpretada conforme a una determinada lectura de la función de la seguridad jurídica como instrumento que otorga virtualidad y sostén estructural o de sistema a los derechos fundamentales. No negamos la viabilidad de la construcción, pero no puede soslayarse esa dificultad concurrente, que obligaría a justificar *ex Constitutione* la premisa que la sostiene (el pretendido soporte ofrecido por la seguridad jurídica a los derechos fundamentales) como a encontrar acogida favorable del TC al criterio en el que se asienta.

El tercer y último voto particular fue formulado por el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra. En un sentido en parte apuntado ya en los restantes votos, que aconseja evitar reiteraciones, se subraya que los efectos de una Sentencia constitucional alcanzan a todos los poderes públicos, de modo que también al propio Tribunal, más si no nos encontramos en el marco de aplicabilidad del art. 40.1 LOTC, como a su parecer sucede cuando ha sido interpuesto un recurso de amparo (criterio que comparte con el primer voto particular, aunque no con argumentos idénticos, como puede verse en el parte final de su texto). De otro lado, afirma que la Sentencia impugnada, al haber aplicado un precepto legal que posteriormente fue declarado inconstitucional, no puede considerarse

planteamiento a los Tribunales ordinarios, obligara a éstos a justificar adecuadamente su negativa a suscitara y, en lo que ahora importa, permitiera la modulación de los efectos establecidos en el art. 40.1 LOTC a los fines de que, interesada -sin éxito- la promoción de una cuestión, la posterior declaración de inconstitucionalidad de la norma pudiera desplegar su eficacia en el proceso concluido por Sentencia”. Este tema ha sido tratado detenidamente en este trabajo, v. p... ←

fundada en Derecho. A su juicio, en fin, y en nuestra opinión esto sería lo más relevante, visto el régimen jurídico del art. 38.1 LOTC, dice, podría estar estableciéndose “*una peligrosa excepción a los efectos erga omne et omnes de las Sentencias de inconstitucionalidad*”, apuntando con ello su oposición a la diferenciación que la mayoría hace a tenor del precepto constitucional que llegue a fundar la inconstitucionalidad de la norma, esto es, de que afecte o no el pasaje constitucional vulnerado a derechos fundamentales (aspecto sobre el que ya nos manifestamos más atrás).

Pronunciamientos posteriores en la materia.

Ha podido observarse en la exposición anterior que, dicho ahora a modo de síntesis, el Tribunal puede en ocasiones, como es ejemplo el antes descrito, no estimar recursos de amparo pese a estar las resoluciones impugnadas fundadas en normas declaradas inconstitucionales con posterioridad al dictado de la recurrida y a la interposición o admisión de la demanda del proceso constitucional. Se diría, de ese modo, que se da una especie de continuidad potencial de los efectos de la norma, pese a haber sido desterrada del Derecho por su inconstitucionalidad. Desde esta perspectiva, no podrá entonces afirmarse que el recurso de amparo integre un propósito de evitar actos de aplicación de leyes contrarias a la Constitución, sino solo, a lo sumo, de aquellos actos de aplicación de leyes que se declaren contrarias a la consagración constitucional de los derechos fundamentales.

Los mismos criterios ya analizados han sido reiterados por el Tribunal en pronunciamientos posteriores. La STC 183/1997, de 28 de octubre, podría considerarse de la misma serie que la STC 159/1997, y a ella expresamente se remite, por gravitar la controversia sobre la misma norma anulada, al igual que puede verse en las SSTC 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998, de 29 de junio; 36/1999, de 22 de marzo; 84/1999, de 10 de mayo; 200/1999, de 8 de noviembre, y 111/2001, de 7 de mayo, todas afectantes a la misma norma y equiparable controversia relativa al 38.2.2 de la Ley 5/1990. Algo muy similar sucede con la STC 55/1998, de 16 de marzo, aunque no estuviera directamente a debate la aplicación del art. 38.2.2 de la Ley 5/1990, sino el art. 77 de la Ley de Presupuestos Generales para 1991 al que a aquél se remitía.

La STC 6/1998, de 13 de enero, repitió la doctrina en otro amparo relacionado, esta vez, con los efectos de la STC 254/1994, que declaró la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 737 L.E.C. (según la redacción dada al mismo por la Ley 10/1992, de 30 de abril), excluyendo expresamente la revisión de lo resuelto en el proceso de origen por no ser encuadrable en las excepciones del art. 40.1 LOTC.

No cambia la doctrina aludida la STC 91/2007, de 7 de mayo. En el recurso se denunciaba la lesión por el art. 34 b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, del principio de igualdad ante la ley tributaria (arts. 14 y 31.1 CE), norma que había sido enjuiciada por la STC 295/2006, de 11 de octubre, declarando la inconstitucionalidad del “párrafo primero del art. 34 b) de la Ley 18/1991 en su versión original”, por vulneración del principio de igualdad en la contribución a las cargas públicas conforme a la capacidad económica de cada cual, recogido en el art. 31.1 CE. La Sentencia dictada en el recurso del particular, como se viene exponiendo al hablar de las anteriores, rechaza extender los efectos de aquella declaración de inconstitucionalidad y nulidad al amparo interesado, toda vez que el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad lo constituyó la lesión de un derecho o libertad (art. 31.1 CE) que quedaba extramuros de los que pueden ser objeto del recurso del art. 53.2 CE.

La STC 46/2008, de 10 de marzo, en cambio, sí resolvió el recurso por remisión a lo decidido en la STC 113/2006, en la que Tribunal declaró inconstitucional y nulo “el apartado 3 del art. 56 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en su redacción originaria”, puesto que, al igual que ocurrió con los casos decididos por las SSTC 223/1994, 224/1994, 225/1994, 226/1994, todas de 18 de julio; 284/1994, de 14 de octubre; 152/1995, de 14 de octubre; y 145/1996, de 16 de septiembre, que citamos páginas atrás (sobre el régimen de adscripción obligatoria a las Cámaras de Comercio, establecido por la base cuarta, apartado 4, de la Ley de 29 de junio de 1991), la declaración de inconstitucionalidad se fundamentó en la vulneración de un derecho fundamental, esto es, la única hipótesis de extensión de efectos que contempla la doctrina constitucional, según ha sido reflejado *supra* (en dicha ocasión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE). Lo hace, por lo demás, en un caso en el que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma (STC 113/2006) era de fecha anterior,

pero de publicación posterior, a la resolución que era recurrida por el demandante de amparo.

La STC 84/2008, de 21 de julio, en un nuevo recurso de amparo, estaba vinculada con la inconstitucionalidad del art. 2.3 del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, contenida en la STC 68/2007, de 28 de marzo. Un precepto el aplicado en el caso de autos que había sido declarado inconstitucional y nulo, como el conjunto del Real Decreto-ley en el que se insertaba, por vulneración del art. 86.1 CE. El Tribunal se plantea si cabe extender los efectos de esa inconstitucionalidad al recurso de amparo, en la medida en que éste se funda en la aplicación de uno de los preceptos legales afectados por aquella declaración, y recuerda, con la misma jurisprudencia en la mano, que la extensión no cabe en esta ocasión, habida cuenta que la STC 68/2007, de 28 de marzo, fundó su Fallo en la vulneración del art. 86.1 CE, precepto que no es canalizable para su tutela al proceso de amparo constitucional.

Tal circunstancia, convendrá aclararlo, no excluye el enjuiciamiento de las pretensiones articuladas en el recurso, sino solo la extensión automática de los efectos de la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma aplicada. Y así lo hace el Tribunal en esa Sentencia de 2008, desestimando la demanda tras examinar, en términos de fondo, el alegato de la parte recurrente. Plena identidad con el caso anterior, y con la solución que recibió, tiene la STC 122/2008, de 20 de octubre

Para agotar por completo el recorrido, resta la cita de las recientísimas SSTC 20/2017, de 27 de febrero, y 40/2017, de 24 de abril. En el primero de esos casos, el demandante de amparo fue sancionado con una multa de 2.000 € por el Ayuntamiento de Madrid por incurrir en la infracción prevista en el art. 16.2 b).7 de la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de ordenación y coordinación de los transportes urbanos de la Comunidad de Madrid, sanción que fue confirmada en vía judicial y recurrida en amparo. La STC 13/2013, de 28 de enero, declaró inconstitucional y nulo el citado apartado 7 del art. 16.2 b) de la Ley de referencia, fundando la declaración de inconstitucionalidad en una vulneración del art. 25.1 CE. Más allá de las concretas circunstancias del caso, el Tribunal reitera su doctrina sobre el art. 40.1 LOTC, sin alterar en nada lo que viene exponiéndose en estas páginas, siendo destacable que recuerde que en aquel art. 40 no solo quedan incluidas las situaciones consolidadas decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) sino también, en su caso, las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes, como ya dijera

en el pasado, entre otras, la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, que el Tribunal transcribe parcialmente.

La última Sentencia citada, la STC 40/2017, de 24 de abril, extiende al asunto suscitado en amparo (relativo al derecho de acceso a los recursos que integra el art. 24.1 CE) la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida contenida en la STC 227/2016, de 22 de diciembre, de determinados preceptos de Ley de tasas judiciales. En concreto, en su aplicación a las personas físicas, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “en el orden jurisdiccional civil ... apelación: 800 €” del apartado 1 del art. 7 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, así como el apartado 3 del mismo artículo, en la redacción dada por el art. 1.8 del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero”, justamente la versión legal vigente en el momento del devengo de la tasa que fue aplicada en el proceso judicial y era discutida en el recurso por haber impedido el acceso a la apelación civil.

El Tribunal, por tanto, mantiene hasta estas recientísimas fechas los mismos criterios que se han descrito y que tienen su origen –siquiera su concreción argumental y desarrollo- en la Sentencia de 1997 que inicia este apartado. Una doctrina que puede calificarse hoy como plenamente consolidada, reiterada y constante.

II. Cuando los tribunales constitucionales no se limitan a declarar la inconstitucionalidad: la actividad creativa

1. Las sentencias interpretativas desestimatorias

Junto con la adaptación de la eficacia de las sentencias, otra forma que los tribunales constitucionales han encontrado para desplegar su labor de garantes de la Constitución y de los derechos, superando la rígida dualidad estimación/desestimación en sus decisiones, ha sido crear nuevas tipología de resoluciones³⁷⁴.

En Italia, una de las primeras experiencias en este sentido se halla en la utilización de aquellas decisiones conocidas con el nombre de “sentencias interpretativas desestimatorias” (*sentenze interpretative di rigetto*). A través de ellas la

³⁷⁴ Uno de los Autores de referencia, tanto en Italia como en España, que ha proporcionado uno de los trabajos más completos sobre el tema de las tipologías de sentencias de la Corte constitucional italiana, es sin dudas Augusto MARTÍN DE LA VEGA en su monografía *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Corte constitucional declara la duda de constitucionalidad infundada pero, con la finalidad de poder “salvar” la cuestión (y sobre todo la norma) de la declaración de inconstitucionalidad, dispone que sea aplicada por el juez *a quo* siguiendo la interpretación que la Corte fija, que se convierte así en la única acorde con la Constitución.

Esta tipología de decisiones ha llegado a alcanzar una gran importancia, ya por cómo influye esa técnica en el papel que cumple la Corte en su relación con los jueces ordinarios (como veremos en las consideraciones conclusivas), ya por el efecto que ese expediente interpretativo de la norma posee para la tutela de los derechos fundamentales comprometidos *ad casum*.

Bajo el primer aspecto ahora mencionado, un presupuesto inicial en el que se funda esta tipología de pronuncias es que el Constitucional, cuando aborda una cuestión, no puede estar vinculado a la interpretación proporcionada por el juez *a quo* y puesta a fundamento de su auto de planteamiento, sino que se considera libre de seguir una lectura distinta de la ley ordinaria objeto de la cuestión.

Esto significa claramente que la Corte constitucional rechaza una separación entre el plano de la “constitucionalidad” y aquello de la “legalidad”, que llevaría a encomendar a la Consulta solo la función de interpretar la Constitución y a los jueces ordinarios (y a la Casación en particular) el monopolio de la interpretación de la ley y de los actos con fuerza de ley, coherentemente con la tesis que afirma “*la Constitución a la Corte y la ley a los jueces ordinarios*”³⁷⁵.

El mensaje que procede de las sentencias interpretativas desestimatorias es, acaso, el contrario, esto es, que no opera una separación de planos y de competencias, sino que la ley tiene que ser leída e interpretada siempre y sin excepción a la luz de la Constitución.

Claras son las finalidades que el Juez constitucional logra al utilizar este tipo de sentencias. De un lado está claro que esto permite adecuar la respuesta del Constitucional no solo al ordenamiento jurídico y a los principios constitucionales, sino también en atención al caso concreto en el momento histórico específico en el que se está actuando; al mismo tiempo, al no declarar la ley de inconstitucionalidad, no se crean vacío normativo, situación que siempre preocupa al Juez constitucional, en razón

³⁷⁵ “*La Costituzione alla Corte e la legge ai giudici comuni*”, MEZZANOTTE, C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, en AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979.

sobre todo de la frecuente inactividad del legislador italiano en regular determinadas materias.

Formalmente estas decisiones se reconocen porque en el fallo la cuestión de inconstitucionalidad planteada se declara infundada, pero “en el sentido en el que en motivación” (*“nei sensi di cui in motivazione”*), haciendo así un reenvío a la interpretación proporcionada en la motivación de la decisión. Por esta razón puede afirmarse que, aunque todas las sentencias de la Corte sean el fruto de una interpretación de las disposiciones normativas, en este caso la interpretación entra indirectamente a formar parte de la parte preceptiva, como elemento constitutivo y condicionante.

La interpretación indicada por la Corte constitucional como la única que pueda “salvar” la disposición de la declaración de inconstitucionalidad no tiene, sin embargo, fuerza vinculante para los destinatarios y en particular entonces para los jueces que hayan solicitado la intervención de la Corte, sino que tiene solo fuerza persuasiva, aunque en muchas ocasiones, *de facto*, consiga alcanzar una cierta fuerza autoritativa por el hecho de provenir de los Jueces constitucionales.

Por esta razón la eficacia real de este instrumento para la tutela de los derechos fundamentales depende de la posibilidad de realizar una relación de colaboración entre la Corte constitucional y los jueces ordinarios, circunstancia que al principio no fue fácil, sobre todo por la reticencia de la Casación a seguir las interpretaciones indicadas por el Constitucional.

Las denominadas “guerras entre las dos Cortes”

El problema de los efectos de las sentencias interpretativas desestimatorias se presentó en efecto “en términos dramáticos”³⁷⁶ en la fase notoriamente conocida con el nombre de “guerra entre las dos Cortes”³⁷⁷, o sea entre la Corte constitucional y la de

³⁷⁶ “*In termini drammatici*”. Esta expresión es de CRISAFULLI, V., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1965, p. 91.

³⁷⁷ Sobre el tema CRISAFULLI, V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, en *Giur. cost.*, 1956, pp. 939 y ss. y *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, IV, pp. 289 y ss.; ESPOSITO, C., *Nota senza titolo*, en *Giur. cost.*, 1957, p. 73 y *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge*, *ivi*, 1958, 571; MORTATI, C., *Effetti pratici delle sentenze interpretative della Corte costituzionale*, *ivi*, 1959, pp. 552 y ss.; SANDULLI, A. M., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 641-658.

Casación en orden a la eficacia de la interpretación indicada como necesaria por la primera corte.

En realidad pueden reconocerse dos etapas distintas de este “enfrentamiento”. Una primera que se superó gracias a una especie de marcha atrás de la Corte constitucional, que afirmó no utilizar este instrumento en todos aquellos casos en los que existiera una jurisprudencia consolidada de la Casación (un derecho “viviente”).

La segunda, más reciente, no vio a los jueces ordinarios luchar para la independencia de sus interpretaciones como en la primera, sino que surgió después de algunos casos en los que la Corte constitucional proporcionara una interpretación conforme que se alejaba demasiado del tenor literal de la norma sobre la que se había planteado la duda de constitucionalidad.

La Casación no quiso criticar el uso de las sentencias interpretativas desestimatorias por parte de la Corte constitucional, sino el hecho que, si el Juez constitucional sugiere como única interpretación conforme a la Constitución una lectura de la disposición impugnada que en la opinión de la Casación es en evidente contraste con el sentido literal de la misma, la Casación misma se encuentra en la imposibilidad de aplicar dicha interpretación, dado que el juez ordinario no tiene el poder de desaplicar la ley. Por todo esto, elevando otra vez la misma excepción, la Casación pidió a la Corte constitucional eliminar el obstáculo que se interponía a aquella lectura a través de una declaración de inconstitucionalidad de la ley.

Si confrontamos lo afirmado en relación con la obligación del juez de encontrar y llevar a cabo una interpretación conforme y de poder elevar una cuestión de inconstitucionalidad solo una vez acabada esta tentativa sin éxito (pena la inadmisibilidad de la cuestión) deberíamos llegar a la lógica consecuencia de la progresiva desaparición de las sentencias interpretativas desestimatorias.

El razonamiento es el siguiente: si es posible una interpretación conforme y el juez no la ha seguido, la cuestión tiene que declararse inadmisibile; esto comporta que la

Para una reconstrucción de la doctrina que se ha ocupado de esta temática en los primeros años de funcionamiento de la Corte puede verse RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, en PACE, A. (coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 903 y ss.

Corte constitucional no podría así declarar la cuestión infundada (es decir analizando en el fondo la misma) para luego llegar a indicar una interpretación conforme³⁷⁸.

En efecto en los últimos años las decisiones interpretativas desestimatorias se siguen utilizando solo en dos circunstancias: 1) cuando se trata de superar un “derecho viviente” o de avanzar hipótesis interpretativas alternativas al mismo; 2) cuando la interpretación de la Consulta se presente “más creativa” o “más atrevida” con respecto al texto normativo, por el hecho que el significado indicado por la Corte no se reconoce claramente de la letra del mismo sino incluso a veces se pone en contraste con ella³⁷⁹.

El éxito de la interpretación conforme propuesta por la Corte descende casi exclusivamente de la capacidad de persuasión que la misma consigue obtener con argumentaciones racionales y convincentes fundadas en Derecho y no en función de su eficacia jurídica, circunstancia ésta que atribuiría a la Corte una suerte de poder de interpretación auténtica. En el caso en el que dichas argumentaciones no convencieran a los jueces ordinarios y se concretara un derecho viviente que, en opinión de la Consulta, contrasta con la Constitución, a la Corte constitucional no quedaría otro remedio que utilizar el instrumento de la declaración de inconstitucionalidad.

De todas formas, es necesario tener siempre bien presente que la exhortación de la Corte a llevar a cabo una lectura de la ley conforme a la Constitución tiene que considerarse dirigida a los jueces siempre en el respeto de los límites impuestos a estos por el principio de subordinación a la ley (*rectius* al Derecho), y que entonces esté incluida entre sus poderes interpretativos; y además, cuando una lectura sea propuesta por la Corte a través del instrumento de las sentencias interpretativas desestimatorias, la misma consiga convencer al juez, ya que este no está obligado a aplicarla.

En el caso en el que la Corte constitucional proponga una interpretación excesivamente “creativa” que va más allá del texto de la ley e intente forzar al juez a uniformarse, este mismo tiene que negarse a aplicarla; en estos casos la Corte tendrá que utilizar la declaración de inconstitucionalidad, que solo de esta forma puede

³⁷⁸ MARCENO', V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per “insufficiente sforzo interpretativo”*: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente, en *Giur. cost.*, 2005, pp. 804 y ss., que afirma que la Corte constitucional, en coherencia con la jurisprudencia en examen, no debería utilizar más el instrumento de las sentencias interpretativas desestimatorias, ni aquellas de principio sino pronunciar exclusivamente la manifiesta inadmisibilidad en el caso de la falta de búsqueda de la interpretación conforme o sentencias interpretativas estimatorias en presencia de un derecho viviente.

³⁷⁹ Para algunos ejemplos pueden verse las siguientes sentencias de la Corte constitucional: n. 83 del 2011; n. 308 del 2008; n. 140 del 2006; n. 394 del 2005; n. 198 de 2003.

autorizar al juez a no aplicar (porque la norma declarada inconstitucional ya no es parte del ordenamiento jurídico) una disposición legislativa.

El Tribunal Constitucional español, probablemente gracias a la experiencia italiana ahora descrita (y sin dudas a la alemana, entre otras)³⁸⁰, empezó a utilizar el instrumento de las sentencias interpretativas desestimatoria ya desde sus primeras sentencias. El Alto Tribunal no titubeó en proporcionar una definición precisa de estas, reconociendo indirectamente que estaba entre sus facultades desestimar una CI y confirmar así la constitucionalidad de la norma enjuiciada, siempre que la misma se hubiese desde aquel momento interpretado en el sentido indicado en la resolución. Aunque de un lado el TC se reconoció una importante facultad, de otro no tardó en puntualizar que se trataba de una labor que habría necesitado mucha atención y escurpulosidad por su parte, al definir las sentencias interpretativas “*un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso*”³⁸¹.

Si puede parecer que al principio el Alto Tribunal solo contemplaba la utilización de este instrumento en casos de desestimación de un juicio de legitimidad constitucional³⁸², más adelante se han dictado también sentencias interpretativas estimatorias, en las que el TC ha declarado la inconstitucionalidad del precepto impugnado “*en cuanto se interprete*” con un determinado sentido³⁸³.

³⁸⁰ El mismo TC ha reconocido la influencia de las experiencias extranjera en sus resoluciones, al afirmar por ejemplo en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6 que: “*Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas [...] son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento [...]*”.

³⁸¹ STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6: “*Las llamadas en parte de la doctrina Sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución*”.

³⁸² El caso descrito en la nota anterior se refiere a un recurso de inconstitucionalidad, así como la STC 11/1981, de 8 de abril, otra de las decisiones más conocidas en tema de sentencias interpretativas. Así que esta categoría de decisiones puede utilizarse en ambos procesos de control de constitucionalidad de las leyes.

³⁸³ El fallo de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta con la STC 105/1988, de 8 de junio, decidió “*Declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito*”.

En España es frecuente encontrar dos diferentes modalidades con las que el TC trasmite sus interpretaciones. De un lado es posible así encontrar directamente en el fallo de la sentencia expresiones parecidas a la que podemos leer, por ejemplo, en la STC 3/2015, de 19 de enero, en la que se declara que “*el párrafo segundo del art. 623.1 del Código penal es constitucional en tanto se interprete que [...] las faltas de hurto han de haber sido objeto de condena firme en otro proceso, o ser enjuiciadas y objeto de condena en el proceso en el que se plantee la aplicación de aquel precepto*”. O de otro, encontrar en el fallo una simple remisión a las consideraciones incluidas en un determinado fundamento jurídico, como en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta en la STC 94/2014, de 12 de junio: “*No es inconstitucional el resto del art. 138.2 [de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo del País Vasco], siempre que se interprete conforme a lo establecido en el fundamento jurídico 6*”.

Huelga repetir la finalidad de la utilización de este instrumento, dirigido evidentemente a tutelar la seguridad jurídica y el principio de conservación de la ley en la tentativa de evitar una decisión de inconstitucionalidad y la consiguiente expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, que puede crear una laguna legislativa susceptible de provocar la lesión de derechos o intereses de los individuos. Sin embargo, este intento de salvar la disposición enjuiciada de una declaración de inconstitucionalidad, no puede llegar hasta el punto de superar el sentido literal y evidente de una disposición, desfigurándolo hasta incluir, en la misma, lecturas o contenidos novedosos³⁸⁴.

Para VILLAVERDE MENÉNDEZ la frecuente utilización de la técnica de las sentencias interpretativas no es otra cosa que otro testimonio de la naturaleza concreta de la CI. Teniendo que analizar una ley en su momento aplicativo, y no en su abstracción, no es inusual que el TC proporcione la interpretación que mejor se adecue a las circunstancias y a la resolución del caso concreto, convirtiendo así las sentencias interpretativas en un instrumento de gran utilidad para los jueces ordinarios y sobre todo para la protección de los derechos y los intereses de los individuos³⁸⁵.

2. Las sentencias manipulativas y los límites a su utilización

³⁸⁴ La doctrina constitucional sobre este punto se ha reiterado desde las primeras sentencias, y se da hoy por absolutamente sentada. Véase por ejemplo el FJ 4 de la ya citada STC 11/1981, de 8 de abril.

³⁸⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003, p. 251.

Una tipología de decisiones, muy notoria tanto en el ordenamiento italiano como en el español, sobre la que ha habido en la doctrina constitucionalista³⁸⁶ un debate muy amplio ha sido aquella de las denominadas sentencias “manipulativas” (o “manipuladoras”, según la preferencia de los Autores), categoría que hoy resulta sin dudas consolidada³⁸⁷ y particularmente eficaces para la tutela de los derechos. En efecto, a través de estas decisiones, el Constitucional obtiene una directa modificación del texto normativo sometido a su enjuiciamiento. De esta forma el texto termina por obtener un contenido diferente, válido *erga omnes* desde el día siguiente a la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad en el Boletín Oficial del Estado.

Dependiendo del “nuevo” contenido, puede hablarse de decisiones “aditivas”, cuando la Corte constitucional incorpora a la norma un contenido que antes no tenía, o de decisiones “sustitutivas” cuando se declara inconstitucional el contenido de la norma y se sustituye por otro redactado por la Corte³⁸⁸.

³⁸⁶ Entre los numerosos Autores que se han ocupado del tema, podemos mencionar: COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Pisa, 1991; CARNEVALE, P., MODUGNO, F., *Sentenze additive, “soluzione costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta di addizione*, en *Giur. cost.*, 1990, pp. 519 y ss.; D’ORAZIO, G., *Le asentenze costituzionali Additive tra esaltazione e contestazione*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 61 y ss.; D’AMICO, M., *Sulla “costituzionalità” delle decisioni manipolative in materia penale*, en *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 254 y ss.; BIGNAMI, M., *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1996, pp. 1243 y ss.; PANZERA, C., *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, en RUGGERI, A. (coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 497 y ss.; PISANA, S.M., *Le pronunce additive e sostitutive della Corte costituzionale*, en *Riv. cortei dei conti*, 2006, I, pp. 309 y ss.; PANZERA, C., *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2013.

³⁸⁷ En un primer periodo hubo reacciones negativas también por parte de algunos jueces; en Italia, por ejemplo, el caso más notorio es el caso de los jueces militares que consideraron de no tener que acatar la parte de la sentencia 409/1989 que fijaba directamente una pena nueva después de declarar la inconstitucionalidad de la sanción prevista en la norma impugnada. Algunos tribunales estimaron que fuera conveniente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la nueva normativa surgida después de la sentencia de la Corte, dado que esta última se había sustituido al legislador eligiendo una de las soluciones posibles para modificar una norma penal. La Corte constitucional ha declarado manifiestamente inadmisibles estas cuestiones porque dirigidas a una fiscalización sobre el fondo de una pronuncia estimatoria y a eludir la fuerza obligatoria de la declaración de inconstitucionalidad (Corte const. nn. 27, 93, 203 de 1990).

³⁸⁸ Para proporcionar un ejemplo: con respecto al juramento del testigo en el proceso civil, la Corte ha sustituido la fórmula original “consciente de la responsabilidad que con el juramento aceptáis ante Dios, si creyente y a los hombres, juráis de decir la verdad, nada más que la verdad” con otra que afirma “consciente de la responsabilidad moral y jurídica que acepto con mi declaración, me comprometo a decir toda la verdad y a no esconder nada de lo que está entre mis conocimientos” (Corte const. n. 149 de 1995).

En la doctrina pueden verse: AGUIAR DE LUQUE, LUIS, *Control de normas en el “modelo europeo de justicia constitucional”*, en LÓPEZ GUERRA, LUIS (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002; Augusto MARTÍN DE LA VEGA en su monografía *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

La indudable eficacia de estas decisiones respecto a la tutela (inmediata) de los derechos fundamentales ha puesto y pone el problema de las relaciones entre las cortes constitucionales – su naturaleza de “juez” y su legitimación en el sistema constitucional – y el legislador, sujeto tradicionalmente encargado de elegir el contenido de las leyes en total autonomía en sus elecciones políticas respecto del Juez constitucional.

Por estas razones, en Italia, la Corte constitucional ha querido evidenciar y reiterar con mucha frecuencia que sus intervenciones “creativas” derivan directamente de una aplicación-interpretación obligada de la Carta constitucional y no de una libre elección de la Corte; esta misma rechaza la posibilidad de proporcionar una solución precisa en los casos en los que la cuestión planteada por el juez pueda ofrecer una pluralidad de soluciones posibles pero ninguna constitucionalmente exigida u “obligada” (es decir ninguna que sea, utilizando la terminología de Crisafulli³⁸⁹ que desde hace años ha entrado a formar parte del vocabulario de la Corte, “*a rime obbligate*”)³⁹⁰.

Por lo general, la Corte constitucional ha reputado tener que “detenerse” ante cuestiones de inconstitucionalidad con las que se pedía que ella misma interviniese de forma intrusiva en aquellas elecciones discrecionales que tienen que entenderse como necesariamente reservadas al poder legislativo.

En otras ocasiones la Corte se ha encontrado ante casos en los que era necesario llevar a cabo una ponderación entre dos o más valores, todos reconocidos a nivel constitucional pero que, en el caso específico, no podían actuarse de forma conjunta; el Alto Tribunal llegó entonces a afirmar que es necesario que la mencionada actividad esté reservada al Parlamento por ser el órgano representativo y políticamente responsable al que únicamente corresponde tomar decisiones complejas a través de una interpretación combinada de elementos y valores de una sociedad en continua evolución³⁹¹.

³⁸⁹ CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1984, p. 408.

³⁹⁰ En opinión de ROMBOLI, R., *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, en *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno, n. 21, Torino, 2012, pp. 131 y ss., la justificación de las “rimas tasadas” por la que la Consulta se limitaría a exteriorizar un significado ya presente en el ordenamiento y que deriva totalmente y directamente del texto constitucional, se manifiesta en realidad muy ingeniosa pero poco realista; en efecto, muchos son los casos en los que las intervenciones creativas de la Corte no siguen el dictado de la Constitución.

³⁹¹ Algunos ejemplos de cuestiones declaradas inadmisibles por la Consulta por concernir, en opinión de la misma, a elecciones reservadas al legislador son las sentencias de la Corte constitucional nn 117 y 274 de 2011; 138, 220 y 285 de 2012; 136, 279 y 281 de 2013.

En realidad la línea divisoria entre las circunstancias en las que la Corte constitucional decide de intervenir con una sentencia manipulativa y los casos en los que la misma se echa atrás en razón de la existencia de un espacio de elecciones discrecionales reservado al legislador es muy sutil; parece así que exista en este contexto un margen muy amplio de discrecionalidad de la Corte en la elección de seguir una vía u otra.

III. Consideraciones conclusivas en mérito al cometido de los tribunales constitucionales:

Las influencias de la actividad de los Tribunales constitucionales en las relaciones con los demás poderes del Estado

La mayoría de los supuestos ahora analizados (tanto con respecto a la creación de nuevas tipologías de decisiones por parte de las Cortes constitucionales, como a la posibilidad de modular los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas), han llevado la doctrina a señalar las peculiaridades y los problemas relacionados con inserción de los mismos en el sistema de control de constitucionalidad en vía incidental y a la compatibilidad de estos nuevos instrumentos con los principios que fundamentan la cuestión de inconstitucionalidad³⁹².

Se ha hecho evidente, por ejemplo, que a través de alguna de estas decisiones los Altos Tribunales en la práctica desatienden casi completamente a los intereses sustanciales presentes en el juicio *a quo* y a los sujetos titulares de estos mismos y que tienen la legitimación para comparecer en el juicio *ad quem*.

En efecto la Corte en cuestión, aunque reconozca el efectivo contraste entre la norma impugnada y la Constitución, no declara la inconstitucionalidad de la primera y obliga así el juez a aplicar aquella disposición en el juicio *a quo*; consecuentemente las partes tendrán la solución de su controversia fundada en una disciplina inconstitucional, o que lo será dentro de poco.

Además, muchas de esta tipología de decisiones levantan dudas sobre la posición de los Tribunales constitucionales en la forma de Gobierno y sobre todo de la relación de estos con los demás poderes del Estado (específicamente con el legislativo y el ejecutivo)³⁹³.

Por ejemplo, con respecto, de un lado, a las relaciones con la autoridad judicial, la decisión de “aún constitucionalidad” conlleva inevitablemente que cualquier juez que tenga que aplicar la disposición en cuestión tendrá que reenviarla inmediatamente y de oficio al examen de la Corte, ya que después de las afirmaciones ya pronunciadas por la

³⁹² La experiencia alemana demuestra como sea posible que la creación de nuevas técnicas y tipologías de decisiones pueda tener su origen en la jurisprudencia constitucional para luego concretarse en un momento sucesivo en la legislación.

³⁹³ PÉREZ ROYO, JAVIER, *Tribunal Constitucional y division de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.

Corte en relación con la incompatibilidad y sobre todo de la amenaza de una futura, muy probable, declaración de inconstitucionalidad, no podrá claramente considerar la cuestión como “notoriamente infundada”.

De otro lado, con las decisiones de inconstitucionalidad “averiguada pero no declarada” la Corte constitucional promueve principalmente un dialogo con el legislador; la eficacia concreta de esta tipología de decisión depende entonces, y claramente, del entendimiento y de la “armonía” que se realice entre el Juez de las leyes y el Parlamento.

Es evidente, también, como la utilización de las sentencias manipulativas (aditivas especialmente, pero también ablativas, como hemos apuntado) o de las interpretativas (a través de las cuales el Juez constitucional propone una lectura de la disposición enjuiciada que puede no corresponder con las intenciones del Parlamento – o, en su caso, del Gobierno-) suele suponer una invasión del ámbito de intervención del legislador, único representante directo de los ciudadanos y por esta razón sujeto institucional que más está legitimado para definir el contenido de las leyes. La intervención de las Cortes constitucionales en la producción del Derecho iría claramente en contra de la concepción clásica kelseniana que inspiró el desarrollo del modelo europeo de jurisdicción constitucional y que concibe los Altos Tribunales como legisladores negativos³⁹⁴. El rol primordial de estos entre las instituciones del Estado es garantizar que las leyes, legítimamente aprobadas por los órganos representativos del cuerpo electoral, respeten el contenido de la Constitución; en caso contrario, se les confía el poder de expulsar del ordenamiento las normas constitucionalmente ilegítimas. Conducta fundamentalmente diferente de la utilización de las sentencias manipulativas, en cuya ocasión los Tribunales constitucionales tienen la posibilidad de actuar como legislador positivo. Consideramos sin embargo que esta praxis, como hemos intentado explicar a través de los ejemplos propuestos en estas páginas, responde en la mayoría de los casos a situaciones de necesidad en las que los Jueces constitucionales han tenido que resolver supuestos de ineficiencia de los órganos legislativos, en la tentativa de evitar la vulneración de los derechos e intereses de los individuos.

Al mismo tiempo los órganos de la jurisdicción constitucional se han preocupado de promover la colaboración entre ellos mismos y el legislador. Esta forma de proceder es especialmente clara en aquellas sentencias en las que el Constitucional

³⁹⁴ KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.

incluye mandatos o exhortaciones al legislador (que sin embargo en algunos casos no han sido aceptados o incorporados por este último) o cuando la declaración de nulidad de una norma se haga efectiva solo después de la intervención del legislador para modificar la doctrina declarada inconstitucional.

En Italia, la Corte constitucional suele utilizar esta tipología de decisiones, dirigiendo así al legislador unos “avisos”, unas “advertencias” (“*monito*” en la doctrina italiana), es decir unas exhortaciones a que el legislador se active y modifique la normativa objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Se suele utilizar la técnica de las “advertencias” sobre todo cuando la Corte considera, por distintas razones, de no poder llegar a una decisión de inconstitucionalidad pero sí deduce la existencia de una situación de “necesidad”, de insuficiencia en lo que concierne el desarrollo legislativo de los principios constitucionales; el Alto Tribunal cierra así el juicio con una declaración de falta de fundamento o de inadmisibilidad pero dirige, en las motivaciones, una exhortación al legislador para que este intervenga en la regulación de la materia y elimine determinadas incongruencias presentes en la normativa.

Los avisos pueden ser, según los casos, más específicos o muy generales.

En todo caso la “amenaza” más o menos explícita que la Corte suele dirigir al legislador es que, en caso de su inercia, ella volverá a pronunciarse sobre la misma normativa, esta vez declarándola sin falta inconstitucional³⁹⁵.

En España también ésta técnica configura un instrumento bien conocido por el Tribunal Constitucional, utilizado por lo menos desde los finales de los años ochenta³⁹⁶.

Por lo que concierne las relaciones con el poder judicial, venimos defendiendo desde el principio de este trabajo la importancia de una sana colaboración entre estas dos jurisdicciones, sobre todo en los procesos de control de la legitimidad de las leyes en vía incidental. Las sentencias interpretativas de las Cortes constitucionales, si de un lado pueden impulsar esta relación abriendo a una mayor comunicación e intercambio, de otro pueden suponer una invasión del ámbito del juicio de legalidad que corresponde

³⁹⁵ Para algunos ejemplos con respecto a avisos “fuertes” de la Corte constitucional, pueden verse (entre otras) las siguientes sentencias de la Corte constitucional: n. 279 del 2013; n. 23 del 2013; n. 301 del 2012; n. 129 del 2008; n. 155 del 2004; n. 291 del 2001; n. 188 de 1996.

³⁹⁶ En España los mandatos al legislador empezaron ya con la citada STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; otro caso muy significativo de exhortaciones al poder legislativo se hubo en la notoria STC 31/2010, de 28 de junio, sobre la legitimidad constitucional de algunos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

a los jueces ordinarios, y terminar por comprometer el espacio de maniobra del Poder legislativo en materia de interpretación de las leyes.

Las sentencias aditivas de principio, que hemos analizado en otro Capítulo de este trabajo en relación con el papel del juez en la protección de los derechos en la cuestión de inconstitucionalidad (pero que nos parece oportuno mencionar en este contexto), pueden sin embargo llevar al problema inverso; si la Corte constitucional en cuestión emite una decisión de este tipo sin precisar de forma oportuna los principios que tienen que guiar tanto el juez ordinario en la resolución del caso concreto como el legislador en su sucesiva producción normativa, podría crearse una situación de incertidumbre en la que sobre todo el juez ordinario podría encontrar dificultades a la hora de cerrar el proceso garantizando una apropiada protección de los intereses de las partes.

En los casos de las sentencias de mera inconstitucionalidad, además, el juez ordinario se encuentra con el significativo problema de tener que aplicar una ley declarada inconstitucional que sin embargo persiste en el ordenamiento jurídico y es por lo tanto perfectamente válida. Las consecuencias negativas resultan probablemente aún más evidentes en el caso de aquellas sentencias que declaran la inconstitucionalidad y nulidad de la norma enjuiciada, pero los efectos de la resolución de los Alto Tribunales no se aplica en el juicio *a quo*. En todos estos casos, en efecto, a las partes se le aplicará una ley declarada inconstitucional, con indiscutible menoscabo en la protección de sus derechos e intereses. Sin embargo, la probable vulneración de estos suele justificarse en la tutela de intereses generales.

CAPITULO V

La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” supranacionales; la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-limites”

CAPITULO V

La prejudicial constitucional y las “prejudiciales” supranacionales y la protección de los derechos fundamentales a través de los “contra-limites”

1. Premisa. La tutela multinivel de los derechos y el “dialogo” entre Cortes a través del instrumento prejudicial

1. Premessa. La tutela multilivello dei diritti ed il conseguente “dialogo” tra le Corti attraverso lo strumento della pregiudizialità.

Oggetto della tesi, come più volte ricordato, è quello di porre un parallelo tra la esperienza italiana e quella spagnola, analoga ma ideata in un contesto diverso, dopo trenta anni dalla prima e quando quest’ultima funzionava da ormai più di venti anni.

Lo scopo è stato quello di verificare il livello di tutela dei diritti fondamentali realizzato nelle due differenti esperienze attraverso il controllo della legge in via incidentale, funzione, come detto, caratterizzante il modello c.d. misto di giustizia costituzionale, stante le caratteristiche ad un tempo di concretezza e di astrattezza che lo caratterizzano.

Le due esperienze esaminate, pur collocate entrambe come “miste” nella tradizionale modellistica dei sistemi di giustizia costituzionale, si distinguono per la presenza in quella spagnola di una competenza specificamente diretta alla tutela dei diritti fondamentali (ricorso diretto individuale), mentre in quella italiana la via incidentale risulterà essere l’unico accesso possibile per garantire i diritti costituzionali.

Elemento caratterizzante la competenza del Giudice costituzionale esaminata risulta, come ampiamente trattato, il sistema pregiudiziale, attraverso il quale un soggetto, ad un determinato momento della sua attività giurisdizionale, chiede l’intervento di altro soggetto, dotato di competenza speciale, al fine di risolvere un suo dubbio.

La risoluzione del dubbio consente quindi al primo soggetto di riprendere la sua attività e, tenendo conto della risposta ricevuta, di portare a termine la stessa.

Per questi motivi e stante il ricordato oggetto, la tesi è stata svolta con riguardo esclusivamente alla tutela offerta ai diritti fondamentali a livello statale, procedendo ad

un confronto dei problemi emersi dagli studi della dottrina ed affrontati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e del Tribunal constitucional.

Le stesse ragioni hanno pertanto condotto a non prendere in esame il livello di tutela dei diritti fondamentali quale esso risulta dagli interventi a livello sovranazionale o internazionale, nonostante che questo tema sia, specie negli ultimi anni, al centro dell'attenzione e dell'interesse degli studiosi e che pure abbia determinato una decisiva influenza sul modo di operare dei Giudici costituzionali nazionali.

Mi riferisco ovviamente a quella che viene comunemente chiamata la tutela multilivello dei diritti fondamentali³⁹⁷, fino ad un certo momento trascurata o non

³⁹⁷ La dottrina in materia è assai ampia si vedano, tra gli altri, ROLLA, G., *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001; STAIANO, S., *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione europea*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2002; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, in www.archivio.rivistaaic.it, 2004; CARTABIA, M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in CASONATO (a cura di), C., *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004; D'ATENA, A., GROSSI, P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004; BILANCIA, P., DE MARCO, E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Atti del Convegno Milano, 4 aprile 2003, Giuffrè, Milano, 2004; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, pp. 365 y ss.; PANUNZIO, S. P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005; ZAGREBELSKY, V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro. It.*, 2006, V, pp. 353 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, pp. 317 y ss.; CARTABIA, M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007; CARDONE, A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir.*, Annali IV (2011), pp. 336 y ss.; MANES, V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, pp. 864 y ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012; TEGA, D., *I diritti in crisi - Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012; RUGGERI, A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento, "intercostituzionale"*, in www.rivistaaic.it, 2013; SILVESTRI, G., *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2013, pp. 905 y ss.; GAMBINO, S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 13/2014, pp. 1 y ss.; CARTABIA, M., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, intervento in occasione dell'«Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014», reperibile su www.cortecostituzionale.it, 2014; GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; RUGGERI, A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 579 y ss.; MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015; D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., UGGERI A. y SAIITA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016; CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016, pp. 89 y ss.; RUGGERI, A., *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in www.giurcost.org, 2016; ZAGREBELSKY, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il

adeguatamente valorizzata, visto che, come ha recentemente rilevato Giuliano Amato, pur dopo l'entrata in funzione della Corte costituzionale, si riteneva che la sovranità fosse più o meno intatta e che pertanto la giurisdizione delle Corti sovranazionali potesse fare poco per porla seriamente in discussione³⁹⁸.

La tutela dei diritti era infatti considerata come un'attività di esclusiva competenza statale ed espressiva proprio della sovranità nazionale, tanto che il principale ostacolo alla realizzazione di organismi sopranazionali era infatti costituito proprio dai concetti di sovranità statale³⁹⁹.

Le esperienze autoritarie alle quali con chiarezza si contrappongono le costituzioni del secondo dopoguerra, determinano, tra l'altro, una apertura di queste verso l'esterno e verso ambiti ed autorità sovranazionali, allo scopo proprio di garantire il rispetto di quei diritti dell'uomo tragicamente negati da quelle esperienze ancora ben presenti ai costituenti.

Un garante "esterno" che possa quindi intervenire per il caso in cui le garanzie "interne" non avessero a funzionare adeguatamente.

Il livello sovranazionale si esprime in particolare attraverso la approvazione di Carte dei diritti e la previsione di un loro Giudice con il precipuo compito di garantire la loro osservanza.

Si tratta all'evidenza, al di là della denominazione e della loro efficacia giuridico-formale di testi aventi una chiara natura costituzionale ed un contenuto spesso analogo a quello delle costituzioni nazionali.

In ragione di ciò si determina la necessità di un raccordo a livello di fonti del diritto circa la collocazione della Carta sovranazionale rispetto al sistema delle fonti nazionali e, a livello di strumenti di tutela, nei rapporti tra i diversi giudici ed in particolare tra quelli europei e quelli statali.

La necessità di dare un ordine ha inevitabilmente condotto a ricercare un criterio e molte sono state in proposito le ipotesi avanzate: da quella di fondarsi su un principio

Mulino, Bologna, 2016; SCIARABBA, V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in www.rivistaaic.it, 2017.

³⁹⁸ AMATO, G., *Corte costituzionale e Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 20.

³⁹⁹ Osserva ZAGREBELSKY, V., *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 125 y ss., come "il riconoscimento dei diritti fondamentali ha conosciuto un vero rivolgimento concettuale quando nel dopoguerra si sono tratte le conseguenze politiche e giuridiche dalla loro natura pre-statuale. La comunità internazionale ha assunto l'onere di esserne garante ed è divenuta giustificata o addirittura doverosa l'interferenza negli 'affari interni' degli stati".

di gerarchia⁴⁰⁰, a quella invece di farlo sulla diversa competenza delle autorità chiamate ad intervenire⁴⁰¹.

Sul presupposto che la previsione e quindi la tutela dei diritti fondamentali non possa ritenersi una competenza specifica da attribuire a questo o quel giudice, ma al contrario una finalità generale da perseguire allo scopo di giungere al risultato del massimo grado di realizzazione possibile, il criterio che in fondo ha nettamente prevalso sugli altri è stato quello della necessaria collaborazione/cooperazione fra tutti i differenti livelli di tutela, in ambito nazionale, sovranazionale ed internazionale.

In ragione di ciò si è parlato – ed il tema costituisce oggetto di una molteplicità di iniziative, convegni, studi, ricerche o quanto altro⁴⁰² – di “dialogo” fra i giudici⁴⁰³,

⁴⁰⁰ In applicazione di questo principio si tratterebbe di individuare un giudice – inevitabilmente quello europeo – con la funzione di porsi al vertice di una struttura ordinamentale unica ed al quale assegnare precise funzioni di giudice di ultima istanza, rispetto alle decisioni degli altri giudici, cui sarebbe quindi assegnata una funzione di giudici locali o “inferiori”.

Particolarmente delicato, in questa ottica, risulta ovviamente stabilire il rapporto che dovrebbe intercorrere tra Giudici europei, quali la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

⁴⁰¹ Il criterio di competenza porterebbe alla possibilità di ritenere che ogni giudice deve ritenersi competente a garantire i diritti stabiliti da una determinata Carta e verso i soggetti che hanno accolto di sottoscrivere un apposito Trattato (La Corte europea di Strasburgo per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino - da adesso Cedu -, la Corte di giustizia di Lussemburgo per quanto previsto dai Trattati istitutivi della Cee, poi Unione europea e, dopo l'approvazione, dalla Carta dei diritti fondamentali, le Corti costituzionali ed i giudici nazionali per le Costituzioni dei singoli Stati).

A livello sovranazionale, l'applicazione del criterio di competenza potrebbe condurre a distinguere tra una “Corte dei diritti” ed una “Corte dei rapporti economici”, semmai i due campi potessero davvero essere separati con un taglio netto.

⁴⁰² Il grande successo del tema si può far derivare in primo luogo dal fatto che la nozione di “dialogo” porta con sé un significato all'evidenza “positivo” rispetto ad esempio a quello contrapposto di “guerra tra giudici”, evocato in altre occasioni (v., *retro*,.....).

A ciò si aggiunga che il tema del dialogo viene a connettersi con altri fattori che contribuiscono ad esaltarne il significato ed a decretarne quindi il successo. Tra questi certamente, come puntualmente osservato, l'attuale fenomeno della globalizzazione delle fonti del diritto, quello della internazionalizzazione della tutela dei diritti che ha superato il monopolio statale in materia, nonché l'attualità e la natura “sensibile” dei temi trattati, molto legati alla realtà sociale, quali la omosessualità, la libertà religiosa, l'inizio e fine vita ecc. (v. CAPONI, R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753 y ss.)

⁴⁰³ Come ricorda SAIZ ARNAIZ, A. (*La interaccion entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el dialogo*, en *Lo Stato*, 2015, pp. 109-110), “*la primera utilizacion del sintagma 'dialogue des juges' se atribuye a Bruno Genevois, quien sostuvo que en las relaciones entre el juez nacional y el juez comunitario (el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en aquella época) no tendria que haber lugar “ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges, mais pour le dialogue des juges”. En otras palabras: el dialogo se presenta como la alternativa a dos patologias bien conocidas en la historia del Estado constitucional, a saber, el gobierno de los jueces y la guerra entre tribunales*”.

Secondo SAIZ ARNAIZ il dialogo giudiziario può ritenersi caratterizzato dal fatto di esprimersi in uno spazio di “pluralismo costituzionale” (determinato dalla esistenza di più carte costituzionali, senza che l'una derivi la propria efficacia dall'altra), da una forma del dialogo che è quella di un processo deliberativo, alla ricerca di una soluzione condivisa, non verso la identità, ma verso una armonizzazione

non nel senso quindi di un "actio finium regundorum", bensì di un confronto, per alcuni quasi senza limite⁴⁰⁴, tra le diverse giurisprudenze e quindi le differenti motivazioni.

La necessità di un "dialogo" tra giudici ripete, se vogliamo, una esperienza che già ha avuto modo di porsi proprio con riguardo alle esperienze esaminate nella tesi, seppure a livello nazionale.

La previsione infatti, come abbiamo visto, di un giudice speciale (Corte costituzionale o Tribunal constitucional) con il compito specifico di controllare la legittimità delle leggi, a fronte di una costituzione rigida o anche di risolvere i ricorsi diretti a tutela dei diritti fondamentali, ha determinato la necessità appunto di un "dialogo", in molti casi tutt'altro che facile, tra i giudici comuni ed il Giudice costituzionale, ponendosi anche in questi casi il problema di applicare un criterio di competenza (alla Corte o al Constitucional il compito di interpretare la "nuova" Costituzione, al giudice comune quello di interpretare la legge) oppure di cooperazione/collaborazione nel proporre le questioni di costituzionalità e nell'interpretare la legge alla luce della Costituzione. Anche in questi casi, come visto, si è posto un problema di "guerra tra giudici" contrapposta al "dialogo".

Il problema successivamente si è riproposto a livello sopranazionale, con riferimento questa volta ai rapporti tra i giudici nazionali (ordinari e costituzionale) e quelli europei, specificamente la Corte europea di Strasburgo e quella di giustizia di Lussemburgo, soprattutto a partire dal momento in cui anche la seconda ha iniziato sempre con maggiore frequenza ad interessarsi della tutela dei diritti fondamentali, prima come principio generale dell'ordinamento comunitario, poi a seguito dell'approvazione ed entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

ed infine di un dialogo come forma per eliminare e superare il conflitto, ammortizzandolo in un processo di costante adeguamento.

⁴⁰⁴ In questo senso si veda l'ampia produzione di RUGGERI, A., il quale in più occasioni ed a più riprese è tornato sull'argomento, sostenendo attraverso una molteplicità di argomentazioni la necessità e soprattutto la grande utilità dell'incessante dialogo.

Si vedano, tra gli altri interventi dell'Autore, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)* e *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei dritti fondamentali?*, entrambi riprodotti in "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. *Studi dell'anno 2015*, XIX, 157 ss. e 533 ss.

Posizione in parte analoga è stata espressa da SAIZ ARNAIZ, A., *La interaccion entre los tribunales cit.*, p. 113, secondo cui "en el momento presente no existe soberano en nuestros países n materia de derechos fundamentales: no hay ningun sujeto (tampoco estatal) que pueda concretar como ultima e incuestionable autoridad el catalogo de estosederechos y el contenido de cada uno de ellos; antes bien uno y otro se construyen desde las interacciones y los condicionamientos reciprocos que se manifiestan en el doble plano, normativo y mas aun judicial, al que se acaba de aludir".

Tra i differenti strumenti impiegati per realizzare in pratica il “dialogo” un posto di primissimo piano è svolto proprio dal meccanismo della pregiudizialità, oggetto di specifico esame in questa tesi.

Esso ha assunto, come noto, una posizione preminente con riguardo ai rapporti tra giudici nazionali e la Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 267 del Trattato di funzionamento dell’Unione europea (da ora TFUE) ed è attualmente al centro delle discussioni con riferimento al Protocollo 16 alla Cedu, che prevede un rinvio pregiudiziale alla Corte europea di Strasburgo per avere criteri in ordine alla interpretazione della Cedu.

L’affermazione in pratica del metodo del dialogo ha inevitabilmente prodotto conseguenze sul modo di operare del giudice nazionale, anche, per quanto riguarda il tema della tesi, nella sua attività di garante dei diritti fondamentali attraverso lo strumento del controllo delle leggi in via incidentale.

Accanto ad un evidente apporto alla espansione in generale del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico⁴⁰⁵, il dialogo tra interpreti appartenenti a differenti livelli di tutela e a differenti forme processuali ha prodotto una prima conseguenza individuabile in quello che è stato indicato come un senso di disorientamento del giudice nel suo ruolo di garante dei diritti⁴⁰⁶, che viene a doversi atteggiare in modi e forme differenti a seconda che si trovi a dover verificare il rapporto tra la legge nazionale e la Costituzione del proprio Stato⁴⁰⁷, tra la stessa legge e la Cedu⁴⁰⁸ oppure tra la legge ed il diritto euro unitario⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Se è vero che il diritto politico ha iniziato a perdere terreno nei confronti del diritto giurisprudenziale, allorchè è entrata in funzione la giustizia costituzionale, attraverso la quale le soluzioni adottate dal legislatore sono state sottoposte ad una verifica di “ragionevolezza” da parte dei giudici, nelle loro differenti funzioni (v., per tutti, PIZZORUSSO, A., *Un’invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, pp. 37 y ss.), pare altresì indubbio che il metodo del dialogo pone in primo piano la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e si risolve in un dialogo tra interpretazioni, con una netta prevalenza quindi della ratio decidendi rispetto alla ratio legis.

⁴⁰⁶ GALLO, F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 maggio 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it, il quale ricorda il frequente caso in cui un giudice ha proceduto a disapplicare direttamente una legge nazionale per contrasto con la Cedu, a volte supponendo un effetto di avvenuta comunitarizzazione della stessa.

⁴⁰⁷ In questo caso si tratta, come noto, di un sistema accentrato che vede un solo giudice nella Corte o Tribunale costituzionale, attivabile da parte del giudice ordinario nel corso di un giudizio secondo il modello della pregiudizialità, in presenza di determinate condizioni e quando non possa risolvere il dubbio di costituzionalità attraverso l’uso dei propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme). La interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della stessa, fornita dal Giudice costituzionale, seppure autorevole, non è vincolante per il giudice.

⁴⁰⁸ Trattasi ancora di controllo di tipo accentrato, ma non attivabile direttamente da parte del giudice, ma dalla parte del giudizio. La decisione della Corte europea non incide sulla validità dell’atto impugnato (quando trattasi di atto normativo) che continua pertanto a risultare valido ed efficace, ma produce solo

Il giudice si trova ad operare, seppure con diverse varianti, secondo un modello accentrato nei primi due casi ed invece secondo un modello diffuso nel secondo ed in senso di disorientamento, se non di vera e propria confusione, può indurre lo stesso, in maniera spesso involontaria ed inconsapevole, ad operare secondo le regole di una delle tre relazioni sopra indicate, quando invece è chiamato a decidere secondo un diverso ordinamento.

Anche in relazione a ciò è stata avanzata la proposta di ripensare i differenti modelli, creati in periodi diversi e fondati su presupposti e ragioni, molti dei quali oggi potrebbero ritenersi ormai superati⁴¹⁰.

Un'altra conseguenza del metodo del dialogo deriva dal fatto che, come vedremo meglio tra poco, negli ultimi anni abbiamo assistito, da un lato, ad una progressiva sensibilizzazione dei Giudici costituzionali verso lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, dall'altro, ad una maggiore valorizzazione della Cedu come parametro del giudizio di costituzionalità e quindi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Di conseguenza il contatto ravvicinato non poteva che aumentare la possibilità di divergenze su specifiche questioni o casi, quale conseguenza anche delle differenti normative di riferimento o delle diverse sensibilità costituzionali⁴¹¹.

una condanna dello Stato con riferimento allo specifico comportamento denunciato. Il riconoscimento del valore giuridico e della efficacia della Cedu comporta, per gli Stati aderenti, anche il riconoscimento dell'esistenza di un giudice speciale a garanzia del rispetto della medesima ed impone quindi di tenere conto della interpretazione da questo fornita della Cedu.

⁴⁰⁹ Il modello assume in questo caso i caratteri di un sistema diffuso, dal momento che in applicazione dei principi dell'efficacia diretta del diritto eurounitario e del primato dello stesso, è riconosciuta al giudice comune, in casi contrasto con la legge nazionale, la possibilità di disapplicare (o non applicare) direttamente quest'ultima. Il giudice comune, secondo quanto costantemente affermato dalla Corte di giustizia, è tenuto a sperimentare il tentativo di una interpretazione conforme al diritto eurounitario, mentre l'interpretazione contenute nelle sentenze della Corte di Lussemburgo assumono efficacia erga omnes, vincolante per tutti, e quindi la posizione di una vera fonte del diritto.

⁴¹⁰ ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, en Rassegna n. 3/2014, 1 ss., il quale avanza l'ipotesi di un passaggio delle esperienze continentale ad un sistema interamente diffuso oppure ad un sistema duale, sul tipo di quello seguito in Perù, dove, accanto ad un sistema accentrato, opera anche un sistema diffuso.

⁴¹¹ In considerazione di ciò il tema maggiormente trattato negli ultimi anni è quello delle modalità attraverso le quali prevenire oppure ridurre i momenti di contrasto al fine di armonizzare i risultati delle differenti giurisprudenze (nazionali, della Corte di giustizia e della Corte Edu).

In questo senso, limitandomi solo ad una loro mera elencazione, sono stati indicati diversi strumenti di composizione dei conflitti:

- il margine di apprezzamento, allo scopo di potersi discostare dalla giurisprudenza di Strasburgo, con la tecnica di distinguere il caso deciso da quello nazionale oppure, anche quando addirittura il caso è lo stesso, far valere le particolarità del giudizio davanti alla Corte europea rispetto a quello davanti al giudice costituzionale nazionale (una visione sistemica rispetto ad una invece casistica e quindi frazionata);

- il criterio della tutela più intensa della nostra Costituzione rispetto a quella offerta dalla Cedu o dalla Carta dei diritti dell'Ue;

Nonostante ciò il bilancio del “dialogo” non può che ritenersi certamente positivo, si pensi solamente, con riguardo al tema della tesi, alla sensibile incidenza che negli ultimi anni ha avuto il riferimento alla Cedu, sia ovviamente allo scopo di proporre questioni di costituzionalità motivate sulla base di una presunta violazione della medesima, ma altresì allo scopo di fornire una interpretazione della legge nazionale costituzionalmente (o convenzionalmente) conforme da parte dei giudici comuni⁴¹².

Appare evidente come il tema della c.d. tutela multilivello dei diritti fondamentali e del conseguente “dialogo” fra le corti ed i giudici non può costituire oggetto di specifico esame nel corso di questa tesi, anche in considerazione dell’oggetto e delle finalità della stessa ricordate all’inizio di questo paragrafo.

Nonostante ciò appare opportuno, in questo capitolo conclusivo, svolgere alcune riflessioni in ordine ad alcuni aspetti della suddetta tematica che rivelano a mio avviso un più stretto collegamento e riflesso sull’oggetto della tesi.

Nelle pagine seguenti saranno pertanto esaminati più in particolare tre aspetti relativamente:

a) ad un confronto tra la pregiudizialità costituzionale, ampiamente trattata nel corso della tesi e l’analogo meccanismo sul quale è fondato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo o sul quale dovrebbe fondarsi quello davanti alla Corte di Strasburgo, quando sarà operativo il Protocollo n. 16 alla Cedu;

b) alla ipotesi in cui ad un giudice comune venga a porsi, contemporaneamente e con riguardo allo stesso giudizio, sia l’esigenza di sollevare una questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, sia quella di proporre un rinvio alla Corte di giustizia (la c.d. doppia pregiudizialità). Ad essa già nota da tempo alla

- il criterio della valutazione “sostanziale” della giurisprudenza europea;

- la distinzione, di recente introdotta dalla Corte costituzionale italiana (Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49), tra una giurisprudenza consolidata e non, della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Nella stessa ottica si è parlato, da ultimo, di atti di “disobbedienza istituzionale” ad indicare le ipotesi di una contrapposizione con la giurisprudenza europea oppure di conflitti creati non tanto come espressione di un atteggiamento di chiusura, bensì ispirati ad una logica di dialogo (MARTINICO, G., *Corti costituzionali (o supreme) e “disobbedienza funzionale”*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015).

Si decide di discostarsi ad esempio dalla giurisprudenza della Corte Edu con argomenti che vorrebbero indurre la Corte ad un ripensamento, evidenziando una lettura non corretta del dato normativo interno o la difficoltà di trapiantare una determinata giurisprudenza nell’ordinamento giuridico nazionale.

Tra gli strumenti sopra citati, viene con sempre maggiore insistenza inserito anche quello di una valorizzazione dei controlimiti, nei riguardi delle interpretazioni della Corte Ue alle quali è attribuita, come noto, l’efficacia di fonte del diritto. Questo ci conduce, come anticipato, alla segnalazione delle caratteristiche del “caso Taricco” e dei problemi che esso ha finora evidenziato.

⁴¹² AMATO, G. (*Corte costituzionale e corti europee cit.*, p. 88) ha parlato di un lavoro affascinante delle corti nazionali e sovranazionali per accorciare le distanze fra culture diverse verso la condivisione di principi comuni che nutrono le diverse carte dei diritti.

giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola, potrebbe tra breve venirsi ad aggiungere quella della richiesta di parere alla Corte europea, secondo quanto prevede il Protocollo 16 alla Cedu, la quale potrebbe dar luogo, per il giudice nazionale, ad una situazione qualificabile come di “tripla pregiudizialità”;

c) al caso in cui, nell’ambito di un giudizio di costituzionalità in via incidentale, la tutela dei diritti fondamentali della persona vengono a costituire la ragione in base alla quale i giudici comuni e/o il Giudice costituzionale pongono un limite alla limitazione della sovranità nazionale di fronte al diritto sovranazionale e euro unitario in particolare. Mi riferisco ovviamente al noto fenomeno dei c.d. controlimiti, i quali sembrano vivere proprio in questi ultimi tempi una nuova stagione, nel senso di una loro valorizzazione.

II. Il meccanismo della pregiudizialità nel rinvio interpretativo alla Corte di giustizia dell’Unione europea e la possibilità di qualificare come tale la richiesta di parere alla Corte europea secondo il protocollo n. 16 allegato alla Cedu.

Il meccanismo della pregiudizialità caratterizza, come noto, sia la questione di costituzionalità, sollevata da un giudice nel corso di un giudizio, sia il rinvio alla Corte di giustizia.

Nella loro impostazione “pura”, mentre il giudizio del Giudice costituzionale, a seguito dell’esperimento della via incidentale, aveva ad oggetto essenzialmente un controllo circa la validità delle leggi e degli atti aventi forza di legge e quello della Corte di Lussemburgo un giudizio in ordine alla corretta interpretazione del diritto euro unitario, la loro applicazione concreta ha molto riavvicinato i due giudizi, rendendo quindi utile ed opportuna una loro comparazione.

Nel caso infatti della pregiudiziale costituzionale, le sentenze interpretative prima e l’obbligo di sperimentare l’interpretazione conforme successivamente, ha valorizzato alquanto l’attività interpretativa posta spesso quale necessaria alternativa da preferire rispetto ad un intervento demolitorio che segue alla dichiarazione di incostituzionalità. Tanto che si è parlato di una trasformazione delle questioni di costituzionalità in questioni di interpretazione.

Dall’altro lato la Corte di giustizia - sotto la forma di una interpretazione del diritto euro unitario che lascia poi l’applicazione al giudice nazionale – ha finito sempre

più con l'esercitare un vero e proprio controllo di "comunitarietà" del diritto nazionale, aprendo in tal modo alla sua disapplicazione da parte del giudice.

Il medesimo meccanismo di pregiudizialità fonda altresì – sulla base di quanto diremo tra poco – anche la possibilità di richiesta di pareri alla Corte europea dei diritti dell'uomo che può essere avanzata da parte di autorità giudiziarie statali e che è prevista dal protocollo n. 16 alla Cedu, il quale, seppure non ancora entrato in vigore, ha già molto fatto discutere⁴¹³. Da più parti è stato infatti sostenuto che quest'ultimo istituto sia stato modellato, nonostante le molte differenze, proprio sul ricorso alla Corte di giustizia, definito in tal senso il "fratello maggiore"⁴¹⁴.

Il rinvio pregiudiziale è regolato dall'art. 267 TFUE, il quale riconosce alla Corte di giustizia la competenza a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla interpretazione dei trattati e degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione, nonché sulla validità dei medesimi atti. La competenza ad investire della questione la Corte di giustizia è riconosciuta agli organi giurisdizionali degli stati membri, nel corso di un giudizio, quando ritengano la questione necessaria a decidere il proprio processo. L'esercizio di questa funzione è obbligatorio quando trattasi di organo giudiziario avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno.

Il procedimento quindi viene ad articolarsi in tre fasi: la prima davanti al giudice a quo, la seconda davanti alla Corte di giustizia e la terza (la fase discendente) nuovamente davanti al giudice, il quale, in considerazione ed applicazione della risposta fornita dalla Corte, dovrà decidere se procedere attraverso la disapplicazione della normativa statale oppure se risulta possibile una sua interpretazione conforme al diritto euro unitario o ancora se necessita l'intervento della Corte costituzionale e quindi la proposizione di questione di costituzionalità⁴¹⁵.

La grande importanza svolta in questi anni dal rinvio pregiudiziale è unanimemente riconosciuta, tanto che si è parlato di esso come dell'"istituto giuridico di maggiore notorietà dell'intero panorama dei rimedi giurisdizionali apprestati

⁴¹³ Sobre las características de la "opinión consultiva" que ha introducido el protocolo de Reforma n. 16 al CEDH y que analizaremos en estas páginas, véase LÓPEZ GUERRA, LUIS MARÍA, *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, pp. 11-29.

⁴¹⁴ Così CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014, p. 6.

⁴¹⁵ In proposito CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, en *Questione giustizia online*, 2012.

dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea⁴¹⁶ o di "compito cruciale" da questo svolto⁴¹⁷ o ancora come di "uno dei pilastri su cui si è costruita la Comunità europea come Comunità di diritto"⁴¹⁸.

Se è vero che il rinvio pregiudiziale trova la sua finalità nella necessità di garantire una uniforme interpretazione, e quindi applicazione, del diritto eurounitario, è altresì vero che questo – come accaduto, con le dovute differenze, con riguardo alla questione di costituzionalità, tendente in via diretta al controllo della legge e quindi alla eliminazione di leggi incostituzionali – si è rivelato come uno strumento di assoluto rilievo anche per la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli, nel caso di supposta violazione dei medesimi da parte di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione europea. La cosa è poi risultata ancora più evidente a seguito dell'approvazione e poi entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il ricorso in via preventiva alla Corte europea dei diritti dell'uomo invece, come noto, al momento non ha ancora ricevuto attuazione e consegue all'approvazione del Protocollo n. 16 allegato alla Cedu⁴¹⁹, il quale prevede una competenza "consultiva"

⁴¹⁶ DOMENICUCCI, D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, ERA – Accademia di diritto europeo (Trier 12-13 novembre 2012), <http://www.era-comm.eu>.

⁴¹⁷ GUARNIER, T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di giustizia*, en *Federalismi.it*, 17 febbraio 2017, pp. 1 y ss.

⁴¹⁸ CHITI, M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2012, pp. 745 y ss. Nelle Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia (2016/C, 439/01, pubblicate sulla Gazz. uff. dell'Unione europea del 25 novembre 2016), il rinvio pregiudiziale è definito come "un meccanismo fondamentale del diritto dell'Ue. Esso mira a garantire la interpretazione e l'applicazione uniformi di tale diritto in senso all'Unione, fornendo ai giudici degli Stati membri uno strumento che consenta loro di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea in via pregiudiziale, questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione o la validità di atti adottati dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione".

⁴¹⁹ Il tema fu esaminato nel Rapporto del gruppo dei Saggi al Comitato dei ministri del 15 novembre 2006, nell'ambito del quale fu proposto di prevedere la possibilità di richiedere pareri alla Corte europea da parte delle corti nazionali di ultima istanza. Successivamente si giunse alle High Level Conferences di Interlaken del febbraio 2010, di Izmir dell'aprile 2011 ed infine alla Conferenza di Brighton dell'aprile 2012. La Conferenza ha invitato il comitato dei ministri a predisporre il testo di un Protocollo facoltativo alla Cedu entro la fine del 2013. Il compito è stato poi affidato al Comité directeur pour les droits de l'homme. Il Protocollo ed il rapporto esplicativo sono stati trasmessi al Comitato dei ministri che li ha approvato il 10 luglio 2013 ed il Protocollo è stato aperto alla firma a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

Il protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo ad un periodo di tre mesi decorrenti dalla data in cui almeno dieci Stati lo avranno ratificato.

Ad oggi (20 aprile 2017) gli stati firmatari sono stati diciotto (Armenia, Albania, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Italia, Lituania, Moldavia, Norvegia, Olanda, Romania, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Turchia, Ucraina), ma quelli che hanno operato la ratifica solo sette (Armenia, Albania, Finlandia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia).

della Corte, che va ad aggiungersi a quella, scarsamente produttiva, prevista dagli artt. 47-49 Cedu⁴²⁰.

Il parere consultivo può essere richiesto dalle più alte giurisdizioni di ogni Stato membro, indicate da quest'ultimo al momento della ratifica, nell'ambito di un giudizio pendente davanti alle stesse e relativamente a questioni di principio circa l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà previsti nella Cedu.

La richiesta subisce un filtro ad opera di un collegio di cinque giudici della Grande camera e, se ammessa, il parere viene poi pronunciato dalla Grande camera. Sia del collegio ristretto come della Grande camera fa parte, di dritto, il giudice eletto dallo Stato interessato.

Il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e lo Stato interessato hanno diritto di presentare osservazioni scritte e di partecipare alle udienze, mentre altri soggetti possono essere invitati dal Presidente della Corte.

I pareri sono motivati ed è riconosciuta anche la possibilità di opinioni dissenzienti, ma non hanno efficacia vincolante⁴²¹.

⁴²⁰ Trattasi del parere che può essere richiesto alla Corte europea da parte del Comitato dei ministri relativamente a questioni giuridiche circa l'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli, che non deve però riguardare il contenuto o la portata dei diritti e delle libertà in essa contenuti. Il parere deve essere motivato e prevede anche la possibilità di opinioni dissenzienti.

⁴²¹ In ordine al Protocollo n. 16 allegato alla Cedu si vedano, tra gli altri, BARNABO', M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en Federalismi.it, 2013, n. 4; ASTA, G., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en La Comunità internazionale, 2013, 4, pp. 773 y ss.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, en Riv. AIC, 7 febbraio 2014; POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en Forumcostituzionale, 2 aprile 2014; CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014; CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en Dir. pen.contemporaneo, 2014; MARCHINI, M., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en Eurojus.it, 13 novembre 2014; CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue*, en Europeanrights.eu; LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre*, en www.cortedicassazione.it /23 ottobre 2014); LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015; ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en Eius, 4 luglio 2016; RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en Studi sull'integrazione europea, 2016, 455; PIRRONE, P., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en Leggi d'Italia Legale, 2017.

L'approvazione di questa nuova competenza consultiva è stata accolta generalmente in maniera positiva o addirittura entusiastica da parte della dottrina, anche se non sono mancati coloro che hanno invece sollevato riserve e preoccupazioni in proposito⁴²².

Nel primo senso qualcuno ha parlato di una vera e propria “rivoluzione copernicana” per gli ordinamenti degli stati membri⁴²³ o della possibilità che venga a crearsi un utile circolo virtuoso, in quanto la Corte europea verrà a conoscere in maniera più completa le particolarità dei casi specifici e potrà instaurarsi un proficuo rapporto tra Giudice costituzionale e la stessa Corte⁴²⁴, fino a spingersi a prevedere che questo istituto potrebbe fungere da chiave di volta dell'intero sistema europeo dei diritti umani⁴²⁵.

E' stata sottolineata l'estrema importanza di realizzare - a differenza di quanto finora avvenuto e di quanto invece realizzato attraverso la pregiudiziale costituzionale ed eurounitaria - un dialogo diretto tra i giudici nazionali e la Corte europea, con benefici risultati in diverse direzioni.

Innanzitutto una prevedibile diminuzione del contenzioso davanti alla Corte di Strasburgo, superando la innegabile difficoltà per i giudici di trarre principi o regole generali da un giurisprudenza casistica, legata spesso al caso concreto, favorendo una maggiore diffusione della cultura della Cedu e la possibilità che la loro tutela avvenga

⁴²² RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di “rinvio convenzionale” alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in Studi sull'integrazione europea, 2016, pp. 455 y ss., la quale sottolinea l'esistenza di alcune contraddizioni presenti nell'istituto del parere pregiudiziale e diagnostica una difficile applicazione del medesimo causa l'assenza di meccanismi in grado di garantirne l'attivazione su base nazionale e la razionalizzazione a livello europeo; ONIDA, V., *Introduzione*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. IX, secondo cui la riforma non pare basarsi su una logica chiarissima ed immediatamente percepibile, dal momento che prefigura un giudice, che viene chiamato ad intervenire in ultimissima istanza, il quale è chiamato ad esprimere un parere su un caso ancora pendente; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., pp. 68 y ss., la quale osserva come, allo stato attuale, la presenza contemporanea di un parere preventivo alla Corte europea e di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia paiono difficilmente conciliabili; ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 95), secondo cui i quesiti rivolti alla Corte europea saranno pochissimi e l'esito dell'istituto si rivelerà insoddisfacente rispetto alle finalità che hanno ispirato il Protocollo n. 16; SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri* cit., pp. 145 y ss., che palesa il rischio che la richiesta di pareri finisca con il trasformarsi in una sorta di doppione del ricorso individuale.

⁴²³ CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

⁴²⁴ CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., 4, i quali parlano di “dirompente novità per l'ordinamento convenzionale”.

⁴²⁵ ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 788.

principalmente a livello locale, da parte degli stessi Stati membri, divenendo quasi eccezionale o comunque riducendosi molto il ricorso alla Corte europea⁴²⁶.

Quest'ultima verrebbe così a subire una inevitabile trasformazione, da giudice del caso concreto a giudice del problema più generale, che fissa i principi generali che poi saranno tenuti in conto dal giudice del caso concreto per dare la specifica soluzione del medesimo⁴²⁷.

La Corte europea tenderebbe così ad aumentare le proprie caratteristiche di Corte costituzionale, attraverso una funzione che verrebbe in qualche misura a connettersi all'istituto delle c.d. sentenze-pilota o alle decisioni, a suo tempo esaminate⁴²⁸, attraverso le quali la Corte costituzionale dichiara una legge incostituzionale, senza procedere ad una integrazione, ma limitandosi a fissare un principio, cui il legislatore ed i giudici dovranno attenersi.

Il protocollo n. 16 è stato chiamato, per tali caratteristiche, il “protocollo del dialogo”⁴²⁹ e comunque, quando entrerà in vigore, è chiaro che molto dipenderà dalla sua applicazione pratica, nonché evidentemente dal ruolo e posizione che la Cedu assume nell'ordinamento degli stati membri⁴³⁰.

⁴²⁶ In tal senso, tra gli altri, PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 3 y ss.; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., pp. 79 y ss.; SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit. pp. 145 y ss.

⁴²⁷ Così POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, in *Forumquadernicostituzionali*, 2 aprile 2014; CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., pp. 8 y ss., secondo i quali la nuova competenza è destinata a mutare la fisionomia della Corte europea, la quale viene chiamata ad intervenire ex ante e non più solo ex post, realizzando una vera “nomofilachia europea e trasformandosi da giudice del caso concreto a giudice della legalità convenzionale, cercando un punto di equilibrio fra le diverse giurisdizioni; DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri* cit., pp. 1 y ss.

⁴²⁸ Mi riferisco alle c.d. sentenze additive di principio, sulle quali v., retro, testo e nota

⁴²⁹ La definizione è stata data dal Presidente della Corte di Strasburgo Dean Spielmann alla 123° Sessione del Comitato dei ministri del 16 maggio 2013 (www.echr.coe.int)

⁴³⁰ In Italia per molto tempo la Cedu è stata ritenuta una fonte parificata alla legge ordinaria del parlamento, con la conseguenza che la stessa non poteva essere richiamata come parametro per il controllo delle leggi statali, ma solo citata “ad abundantiam” accanto a parametri formalmente costituzionali.

Il significato ed il “peso” reale della Cedu sono aumentati sensibilmente a seguito del mutamento giurisprudenziale che si è avuto attraverso quelle che sono state chiamate le “sentenze gemelle” (Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39-40).

Attraverso tali decisioni la Corte ha valorizzato quanto previsto dall'art. 117, 1° comma, Cost., nel testo introdotto dalla riforma costituzionale del 2001, secondo cui le leggi debbono rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, derivandone che la violazione della Cedu comporta quindi indirettamente la violazione di tale disposizione.

La Cedu viene quindi a poter essere utilizzata come parametro, seppure attraverso la tecnica della c.d. norma interposta.

L'esame delle caratteristiche della pregiudiziale eurounitaria e di quella convenzionale, in raffronto alla pregiudiziale costituzionale, deve essere logicamente preceduto dalla risoluzione di un aspetto ad esso preliminare, vale a dire la reale natura della richiesta di pareri alla Corte di Strasburgo, se cioè sia davvero possibile in questo caso parlare di questione pregiudiziale.

In proposito infatti è stata rilevata la natura "ibrida" della competenza assegnata alla Corte europea, con tratti che caratterizzano le procedure consultive ed altri quelle pregiudiziali, per cui si è parlato in proposito di "procedimento consultivo-pregiudiziale" o di "pareri pregiudiziali"⁴³¹ oppure di "rinvio pregiudiziale sui generis"⁴³² o ancora di "parere parapregiudiziale"⁴³³.

L'aspetto che viene ad assumere in proposito un significato dirimente è quello concernente la sussistenza in capo alla autorità giudiziaria richiedente dell'obbligo o meno di procedere alla sospensione del giudizio in corso in attesa della risposta alla richiesta di parere.

In altri termini il problema è quello di definire se il parere possa (o debba) essere utilizzato anche da parte dell'autorità rimettente oppure debba valere solo pro futuro.

La soluzione negativa viene sostenuta facendo leva sulla natura sussidiaria del ricorso alla Corte di Strasburgo, al fatto che il Protocollo (art. 1.1) parla di pareri su "questioni di principio" e per evitare il rischio che il parere sia trasformato in un doppione del ricorso individuale⁴³⁴.

Ritengo che gli argomenti addotti a favore invece di una soluzione in senso positivo siano assolutamente prevalenti.

La Corte costituzionale ha altresì affermato la necessità che il giudice segua quindi una interpretazione della legge nazionale conforme alla Cedu, sottolineando come per quest'ultima debba valere la interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Successivamente questa posizione è stata precisata e meglio puntualizzata, richiamando il criterio della "tutela più intensa" tra quella fornita dalla Cedu e dalla Costituzione nazionale, della necessità comunque di esercitare una valutazione "sostanziale", nonché "sistemica e non frazionata" dei diritti fondamentali, in modo da assicurare comunque la massima espansione di tutti i principi rilevanti (v. Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317, in Foro it., 2010, I, 359, 22 luglio 2011, n. 236, in Giur. cost., 2011, 3021, con nota di PINELLI, C. e 18 luglio 2013, n. 202, in Foro it., 2013, I, 3376).

⁴³¹ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 9 y ss.

⁴³² CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomistiche*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri* cit., pp. 49 y ss., secondo cui trattasi di una soluzione di compromesso data dalla presenza di due spinte inconciliabili: quella ad armonizzare i sistemi e quella ad ampliare il margine di apprezzamento degli stati.

⁴³³ SQUAZZONI, A., *Qualche suggestione. Se un ponte tra giudici si fa diretto*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri* cit., p. 135.

⁴³⁴ In tal senso POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale"* cit. e, seppure dubitativamente, SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit., pp. 145 y ss.

La richiesta infatti può essere avanzata “solo nell’ambito di una causa pendente” (art. 1.2) e debbono essere prodotti “gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente” e parrebbe pertanto davvero irrazionale, nonché antieconomico, che un giudice, nell’ambito di un giudizio, richieda un parere circa l’interpretazione di una disposizione della Cedu e poi proceda a chiudere il giudizio senza neppure attendere la decisione della Corte europea.

A ciò si aggiunga la dichiarata finalità deflattiva che il protocollo dovrebbe poter determinare e quanto espressamente scritto nel Rapporto esplicativo del protocollo, dove si legge: “la procedura non è pensata, ad esempio, per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente” e che lo scopo è quello di “conferire all’autorità giudiziaria che presenta la richiesta i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione durante l’esame della causa pendente dinanzi ad essa”⁴³⁵.

Parrebbe difficile, su questa base, escludere la necessaria sospensione del giudizio, anche se possiamo concordare con chi ha sostenuto l’opportunità di una specifica disposizione che obbligasse l’autorità giudiziaria alla sospensione⁴³⁶.

Assai discutibile pertanto appare il disegno di legge, attualmente pendente davanti alla camera dei deputati italiana, che lascia alla facoltà del giudice di sospendere o meno il procedimento⁴³⁷.

III. Un raffronto tra le caratteristiche delle pregiudizionalità costituzionale, eurounitaria e convenzionale: a) i criteri di individuazione dei soggetti legittimati

Una volta accolta la tesi, come detto assolutamente predominante in dottrina, secondo la quale l’autorità richiedente il parere alla Corte europea ha l’obbligo di

⁴³⁵ In senso favorevole, in modo espresso o implicito, alla necessaria sospensione del giudizio, v. CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., pp. 8 y ss.; CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale* cit., pp. 49 y ss.; RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., pp. 455 y ss.

⁴³⁶ In tal senso PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 6, mentre non è possibile concordare con RIVERA, I. (*Il Protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 463), la quale ritiene allo scopo necessaria una modifica della legge n. 87 del 1953 nel caso in cui la richiesta di parere provenisse dalla Corte costituzionale, se non altro nella considerazione che nessuna modifica di tale legge è stata ritenuta necessaria per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁴³⁷ Disegno di legge recante "Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013", il quale prevede (art. 3) che “il giudice può disporre che il processo sia sospeso fino alla ricezione del parere consultivo della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo” (corsivo aggiunto).

sospendere il giudizio in corso in attesa della risposta, possiamo concludere che sia possibile, anche nel caso previsto dal protocollo n. 16 alla Cedu, parlare di una forma di pregiudizialità, seppure certamente, come diremo, con caratteristiche particolari.

Nel procedere quindi come anticipato ad un raffronto tra la pregiudizialità costituzionale, esaminata in maniera approfondita nella tesi, e le pregiudizialità euro unitaria e convenzionale, cercherò di puntualizzare una serie di momenti qualificanti delle ultime due, soffermandomi su: a) i criteri di individuazione dei soggetti legittimati ad investire della questione la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo, b) il carattere obbligatorio o facoltativo del rinvio o della richiesta; c) l'oggetto del rinvio o della richiesta; d) il contraddittorio ed il ruolo delle parti del giudizio a quo; e) la decisione e la sua efficacia.

Iniziando quindi dal primo di questi aspetti, l'art. 267 TFUE di "organo giurisdizionale" di uno degli stati membri. Si tratta pertanto di un termine generico, il quale necessitava di essere meglio puntualizzato dal momento che ciascuno degli stati membri ha un proprio ordinamento giudiziario e, conseguentemente, un diverso modo di qualificare una autorità come "organo giurisdizionale".

Quasi inevitabile quindi che la Corte di giustizia procedesse alla elaborazione di una "propria" definizione di "organo giurisdizionale", da ritenersi valida ai limitati fini della legittimazione a esercitare il rinvio pregiudiziale e che, pertanto, può non coincidere con quella seguita, a scopi analoghi, a livello nazionale⁴³⁸.

In particolare la Corte di giustizia ha ritenuto necessaria la presenza di alcuni requisiti per potersi parlare di "organo giurisdizionale", vale a dire: 1) l'origine legale; 2) il carattere permanente; 3) l'obbligatorietà della giurisdizione; 4) la natura contraddittoria del procedimento; 5) il fatto che applichino norme giuridiche e non giudichino secondo equità; 6) l'indipendenza e la terzietà⁴³⁹.

⁴³⁸ Così, con riferimento alla legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale – nozione di "giudice" e di "giudizio", v., retro, testo e nota... – per molti anni il Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato non è stato ritenuto legittimato, mentre è stato considerato tale per il rinvio pregiudiziale. Al contrario, mentre l'arbitro è stato legittimato a proporre questioni di costituzionalità, lo stesso è stato escluso dalla nozione di "organo giurisdizionale" dalla Corte di giustizia, in considerazione della possibilità di proporre il rinvio nel corso della eventuale fase giurisdizionale di impugnazione del lodo arbitrale davanti all'autorità giudiziaria.

⁴³⁹ Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali cit., punto 4.

Per alcuni riferimenti giurisprudenziali v., tra le molte, Corte just. 30 giugno 1966, Vaassen-Gobbels, 61/65, Racc., 408; 10 dicembre 2009, Umweltanwalt von Karnten, C-205/08, Racc., I-11525; 14 giugno 2011, Miles, C-196/09, Racc., punto 37.

La Corte ha poi inteso in maniera ampia la nozione di “giudizio”, escludendo solamente quei procedimenti in cui l’autorità giudiziaria è chiamata a svolgere una funzione prettamente di tipo amministrativo.

Il Protocollo n. 16 prevede che legittimate a richiedere un parere alla Corte europea siano “le più alte giurisdizioni” di un’alta parte contraente (art. 1) e che queste (indicate come “autorità giudiziarie”) siano individuate da ciascuna parte al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione.

In questo caso i termini impiegati nell’atto normativo finiscono per risultare di scarso rilievo, se non quasi del tutto insignificanti, dal momento che, rispetto alla pregiudiziale costituzionale ed a quella euro unitaria, in questo caso a cambiare è il criterio di fondo scelto per la identificazione dell’autorità legittimata a rivolgersi alla Corte.

Nei primi due casi infatti la nozione indicata dal legislatore (“giudice”, “autorità giudiziaria”, “organo giurisdizionale”, “giudizio”) era tale da prestarsi, come accaduto, ad essere poi concretamente specificata attraverso l’interpretazione giurisprudenziale, che in ciò può tener conto altresì delle posizioni espresse in proposito dalla dottrina.

Niente di tutto questo accade invece nel caso del Protocollo n. 16, in quanto la individuazione delle autorità giudiziarie legittimate è fatta attraverso una scelta politica che le indica in maniera inevitabilmente tassativa, togliendo qualsiasi spazio alla interpretazione.

A sottolineare la natura politica e quindi discrezionale della scelta, il protocollo stabilisce altresì che la dichiarazione con cui vengono individuate le autorità giudiziarie “può essere modificata in qualsiasi momento” (art. 10), potendo questo sollevare qualche dubbio in ordine alla indipendenza di tali autorità⁴⁴⁰.

In proposito qualcuno si è pure chiesto se siano prefigurabili limiti a tale discrezionalità e se siano pensabili controlli sulla stessa esercitati “dall’esterno”, paventando la possibilità di abusi e strumentalizzazioni, escludendo ad esempio le Corti costituzionali in quei paesi in cui esse rappresentano un elemento di estrema importanza per il rinnovamento e per la transizione alla democrazia⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ In tal senso v. POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit., secondo cui una simile previsione rischia di divenire una pericolosa spada di Damocle ad esempio per i giudici costituzionali di paesi che ancora non hanno completato il processo democratico.

⁴⁴¹ Così RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., p. 460.

Circa le ragioni della previsione contenuta nel Protocollo, nel relativo “rapporto esplicativo” viene precisato che l’espressione “le più alte giurisdizioni” è volta ad evitare potenziali complicazioni, permettendo una certa libertà di scelta. Essa fa riferimento alle autorità giudiziarie al vertice del sistema giudiziario nazionale e l’uso del plurale, al posto del singolare, permette la potenziale inclusione di quelle autorità giudiziarie che, sebbene inferiori alla Corte costituzionale o alla Corte suprema, sono tuttavia di particolare rilevanza in quanto sono “le più alte” per una particolare tipologia di cause.

Certamente è da considerare l’incidenza in proposito sia della natura sussidiaria del ricorso alla Corte di Strasburgo, sia l’opportunità di limitare il numero delle richieste di pareri, che potrebbe risultare eccessivo, qualora potessero avanzarle qualsiasi autorità giudiziaria nazionale⁴⁴².

Un elemento quindi da sottolineare: mentre nella pregiudiziale costituzionale ed eurounitaria qualsiasi autorità giudiziaria, nel corso di un procedimento che si svolge davanti alla stessa, è legittimata a proporre questione di costituzionalità o effettuare un rinvio interpretativo, nel caso del protocollo n. 16, il numero delle autorità giudiziarie legittimate è estremamente ridotto a soggetti espressamente e tassativamente indicati a livello politico dagli stati membri.

Anche in considerazione di ciò in dottrina sono state fatte “previsioni” su quelli che potrebbero essere indicate come “più alte giurisdizioni” nell’atto di ratifica del protocollo n. 16.

In questa operazione, si fa normalmente riferimento alle autorità giudiziarie di vertice dell’ordinamento, così ad esempio per l’Italia alla Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti in sede giurisdizionale, Corte unica militare di Roma, tribunale superiore delle acque⁴⁴³.

Sul ruolo delle Corti costituzionali nei processi di transizione alla democrazia, v. BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

⁴⁴² PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 7 y ss.

⁴⁴³ PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 4 y ss.; CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

Secondo CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 4, sarebbe preferibile limitare la legittimazione, oltre che alla Corte costituzionale, alle sole sezioni unite della cassazione; in senso contrario alla proposta si è invece espresso M. CAIANIELLO, *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale* cit., 57, nota 20, secondo cui, proprio perché sempre intrisa di elementi fattuali, la questione da sottoporre a Strasburgo potrebbe emergere a prescindere dalla necessità di risolvere un contrasto interpretativo o dalla “speciale importanza” della decisione in diritto.

A giudizio di MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., p. 74, anche il Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario al Capo dello Stato dovrebbe essere inserito tra le “più alte giurisdizioni”.

Per quanto concerne il Giudice costituzionale nel “rapporto esplicativo” del protocollo n. 16 viene precisato come “una più alta giurisdizione non debba necessariamente essere una autorità alla quale presentare un ricorso per soddisfare il requisito dell’esaurimento delle vie di ricorso interne, ai sensi dell’art. 35.1 Cedu”.

Tale precisazione pare scritta con il pensiero rivolto a realtà quale quella italiana, dove non essendo previsto un ricorso diretto del cittadino alla Corte costituzionale, il giudizio costituzionale non viene ritenuto un procedimento di necessario esperimento per completare i mezzi di ricorso a livello nazionale (principio di sussidiarietà)⁴⁴⁴.

Le opinioni finora espresse in dottrina sono pressoché unanimi nel ritenere che la Corte costituzionale debba essere inserita tra le “più alte giurisdizioni” abilitate a richiedere un parere alla corte di Strasburgo⁴⁴⁵.

E’ stato anche sottolineato come, dopo l’apertura fatta dalla giurisprudenza costituzionale alla possibilità di utilizzare la Cedu come parametro, seppure interposto, per il controllo di costituzionalità delle leggi⁴⁴⁶, non sarebbe certo possibile escludere la Corte costituzionale dai soggetti legittimati⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ In proposito in una recente decisione della Corte eur. dei diritti dell’uomo (sent. 27 agosto 2015. Parrillo c. Italia) la minoranza del collegio in una opinione separata ha mostrato un’apertura verso il riconoscimento del giudizio costituzionale come rimedio necessario, a seguito del riconoscimento della Cedu quale parametro interposto per il controllo di legittimità delle leggi.

Si vedano in proposito le puntuali osservazioni di RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 617 y ss.

Una sorta di “raffreddamento” rispetto a questa apertura è derivato dalla sentenza della Corte costituzionale con la quale ha sostenuto che nei rapporti tra giudici nazionali e Corte europea, i primi non debbono ritenersi passivi recettori di un comando esegetico impartito in una pronuncia della seconda ma - proprio la logica del confronto costruttivo tra diversi giudici e quindi del carattere progressivo del diritto giurisprudenziale, privo di un vertice - impone che solo un “diritto consolidato”, generato dalla giurisprudenza europea, il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo, tranne nel caso di “sentenza pilota” (sent. 26 marzo 2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, I, 1623).

Su tale decisione v. SORRENTI, G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forumquadernocostituzionali*, 2015; MARINICO, G., in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015.

⁴⁴⁵ In tal senso, tra gli altri, PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 4 y ss.; POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 12; LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali* cit., pp. 82 y ss.

⁴⁴⁶ Cfr. retro, testo e nota.....

⁴⁴⁷ In tal senso CONTI, R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea* cit.

Sempre in proposito, altri hanno sostenuto che la richiesta di parere da parte della Corte costituzionale appare “come l’unica ipotesi in cui il parere potrebbe rivestire un rilievo ‘in astratto’”⁴⁴⁸.

Nonostante questo il legislatore italiano è stato di diverso avviso e nel disegno di legge predisposto per la ratifica del protocollo n. 16 sono indicate come autorità legittimate solo la Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti ed il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia⁴⁴⁹, con esclusione quindi della Corte costituzionale.

Una simile scelta appare in verità poco comprensibile⁴⁵⁰ e certamente contraria allo spirito che sembra animare il protocollo n. 16, il quale risulta ispirato ad un dialogo proprio fra le più alte giurisdizioni, incentivato dal carattere facoltativo della richiesta di parere e dall’efficacia non vincolante dello stesso.

La speranza è quello che avvenga, prima dell’approvazione, un ripensamento da parte del legislatore italiano, dal momento che in caso contrario, diversamente da quanto sostenuto da alcuni⁴⁵¹, non pare in questo caso che l’elenco dei soggetti legittimati, per le ragioni dette poco fa, possa essere integrato successivamente attraverso l’interpretazione e l’attività giurisprudenziale.

Pertanto da sottolineare come il Giudice costituzionale, mentre è ritenuto senz’altro legittimato a sollevare davanti a se medesimo questione di costituzionalità come giudice a quo ed a operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la sua legittimazione a richiedere pareri a Strasburgo è rimessa alle scelte degli organi politici ed è quindi possibile, come nel caso italiano, che non sia ad esso riconosciuta la relativa legittimazione.

Nell’ipotesi in cui si realizzi la prevista adesione della Unione europea alla Cedu, un soggetto che certamente parrebbe doversi inserire tra quelle legittimate a richiedere un parere alla Corte europea è la Corte di giustizia di Lussemburgo, ma su questo tema torneremo più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

⁴⁴⁸ ONIDA, V., *Introduzione* cit., p. X, il quale osserva come però non sembra facile in questo caso da capire il carattere non vincolante del parere.

⁴⁴⁹ Disegno di legge recante "Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013".

⁴⁵⁰ Per una valutazione negativa circa la esclusione della Corte costituzionale tra le autorità legittimate a richiedere il parere alla Corte di Strasburgo v. ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea* cit., p. 3.

⁴⁵¹ In tal senso si è espressa RAVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 470.

b) il carattere obbligatorio o facoltativo del rinvio o della richiesta.

Il secondo aspetto da esaminare concerne la natura obbligatoria o facoltativa del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia o della richiesta di parere alla Corte europea.

Nel caso della questione di costituzionalità abbiamo visto come qualsiasi giudice sia legittimato a proporla al Giudice costituzionale, allorchè sussistano alcune condizioni espressamente previste per legge o introdotte per via giurisprudenziale (rilevanza, non manifesta infondatezza, interpretazione conforme). Per questo contrariamente a quanti hanno sostenuto che al giudice sia riconosciuta la facoltà di sollevare la questione di costituzionalità⁴⁵², al contrario dobbiamo ritenere che, una volta verificato che questione risulti essere rilevante per il giudizio in corso ed altresì non chiaramente priva di fondamento e che il dubbio di costituzionalità non possa essere superato attraverso l'utilizzo dei poteri interpretativi ad esso riconosciuti, il giudice abbia l'obbligo (e non la mera facoltà) di portare la questione all'esame del Giudice costituzionale.

Ai sensi dell'art. 267 TFUE la Corte di giustizia può essere investita da parte del giudice nazionale, nel corso di un giudizio, di questione relativa alla corretta interpretazione del diritto euro unitario oppure alla validità dello stesso.

A fronte di una assoluta parificazione di tutti i soggetti qualificabili come "organo giurisdizionale" a effettuare un rinvio pregiudiziale per richiedere la corretta interpretazione o l'annullamento di un atto normativo, viene introdotta una diversificazione tra i giudici, a seconda che si tratti di giudici di ultima istanza oppure no.

Per i primi infatti – ad evitare che venga a consolidarsi una giurisprudenza nazionale in contrasto con la normativa dell'Unione europea – è previsto un obbligo di effettuare il rinvio, mentre per gli altri trattasi solo di una facoltà.

Questa previsione, contenuta nel ricordato art. 267 TFUE, è stata in realtà integrata e modificata da parte della giurisprudenza e dell'attività paranormativa della Corte di giustizia.

Con riguardo alle questioni di validità, la Corte ha ritenuto che i giudici non possono dichiarare illegittimo un atto eurounitario senza averla previamente investita di

⁴⁵² In tal senso SCODITTI, E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2012, III, p. 371; CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione della normativa "comunitaria": i poteri del giudice nazionale*, in *Quaderni europei*, agosto 2012, n. 43.

una questione pregiudiziale di validità. Il giudice quindi se ha un dubbio circa la validità dell'atto deve necessariamente effettuare il rinvio, anche se non trattasi di giudice di ultima istanza⁴⁵³.

Sempre per via giurisprudenziale, attualmente del tutto consolidata⁴⁵⁴, sono state introdotte una serie di limitazioni rispetto all'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza.

Questi infatti non sono tenuti al rinvio allorchè il dubbio interpretativo risulti: a) non pertinente per il giudizio in corso (c.d. rilevanza); b) agevolmente superabile attraverso il riferimento ad una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (c.d. *acte éclairé*); c) di chiara inconsistenza, per cui la corretta applicazione del diritto eurounitario discenda con assoluta evidenza (c.d. *acte clair*)⁴⁵⁵.

Anche nella considerazione che il procedimento davanti alla Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale, assume, seppure in via indiretta, un significato anche per la tutela dei diritti delle parti del giudizio concreto nell'ambito del quale è stato effettuato il rinvio, nonché della responsabilità che potrebbe conseguire in capo allo Stato, si è posto in varie occasioni il problema di verificare quando, oltre alle indicate ipotesi derivanti dalla giurisprudenza Cilfit, sia possibile al giudice di ultima istanza non effettuare il rinvio pregiudiziale.

In Italia, per esempio, un caso si è verificato allorchè un giudice amministrativo di ultima istanza ha ritenuto di non essere obbligato al rinvio dal momento che la soluzione da dare al dubbio interpretativo propostogli dalle parti derivava da una sentenza della Corte costituzionale, la quale aveva operato attraverso una sentenza additiva a garanzia e tutela di un diritto fondamentale. Una eventuale diversa interpretazione – anche proveniente dalla Corte di Lussemburgo - non sarebbe stata comunque accettabile dal momento che in questo caso si sarebbero dovuti far valere i

⁴⁵³ Corte giust. Ue 22 ottobre 1987, Foto-Frost, 314/85, Racc., p. 4199.

Questa giurisprudenza, assolutamente costante, è giustificata dal fatto di evitare divergenze tra i giudici degli stati membri, compromettendo così, non solo l'uniformità, ma anche la certezza del diritto eurounitario.

⁴⁵⁴ Identificata come giurisprudenza Cilfit, dal nome della decisione che ha puntualizzato le limitazioni indicate nel testo (Corte giust. Ue 6 ottobre 1982, n. 283/81, Soc. Cilfit c. Min. sanità, in Foro it., 1983, IV, p. 63)

⁴⁵⁵ Per il terzo (sub c) la Corte di giustizia richiede che la nozione di chiarezza si realizza allorchè il giudice “matura il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri stati membri ed alla stessa Corte”, venendo quindi a domandare una specie di “probatio diabolica” tenendo conto che le norme euro unitarie sono redatte in differenti lingue e debbono essere collocate nel loro specifico contesto.

c.d. controlimiti, i quali furono quindi fatti valere quale “limite” all’obbligo di rinvio pregiudiziale ed alla disapplicazione del diritto nazionale⁴⁵⁶.

L’importanza della osservanza, da parte dei giudici nazionali di ultima istanza, dell’obbligo del rinvio pregiudiziale, ha posto il problema dei rimedi nel caso in cui questo non avvenga, individuando gli stessi nella possibile attivazione del procedimento di infrazione, nella responsabilità dello Stato⁴⁵⁷, nel ricorso alla Corte europea dei diritti dell’uomo per violazione dell’art. 6 Cedu⁴⁵⁸ o nel ricorso diretto, ove previsto, al

⁴⁵⁶ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207, *Foro it.*, 2008, III, p. 188, il quale, a fronte della richiesta delle parti di disapplicare la disciplina nazionale in quanto contrastante con il diritto comunitario oppure di proporre una pregiudiziale alla Corte di giustizia, escluse la prima ipotesi e ritenne di non dover sollevare questione pregiudiziale, in quanto “non pertinente” e non rilevante per il caso da decidere.

La motivazione fu fondata sulla osservazione che la disciplina in discorso era il risultato di una sentenza additiva della Corte costituzionale – quindi a “rime obbligate” – che imponeva un determinato contenuto in attuazione del principio di tutela del diritto alla salute, per cui, quale che fosse stata la risposta di Lussemburgo, il giudice non avrebbe mai potuto disapplicare la normativa nazionale, dal momento che comunque la statuizione della Corte costituzionale avrebbe vincolato il giudice amministrativo all’applicazione della norma in questione, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, il quale avrebbe pertanto operato come controlimite.

La dottrina si espresse principalmente in senso critico verso la decisione, cfr., per tutti, RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario*, in *“Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, Studi dell’anno 2005, Torino, 2006, p. 397; DAL CANTO, F., *Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, in *Giur. it.*, 2007, pp. 587 y ss.

⁴⁵⁷ La Corte di giustizia, attraverso una serie di pronunce, ha precisato come anche l’attività del giudice nell’esercizio delle sue funzioni interpretative può essere causa di responsabilità dello Stato, quando ciò conduca ad una violazione dei principi del diritto dell’Unione europea e, fra questi, dell’obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali di ultimo grado.

Per tale giurisprudenza v. Corte giust. Ue 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C9/90, *Francovich*, *Foro it.*, 1992, IV, p. 145; 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur*, *ivi*, 1996, IV, p. 185 e 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, *ivi*, 2004, IV, p. 4.

La legislazione italiana fu pertanto dichiarata non conforme al diritto dell’Unione europea per la parte in cui escludeva la responsabilità dello Stato per l’attività del giudice, anche quando questa potesse essere qualificata come “colpa grave” (per non aver il giudice di ultimo grado operato il rinvio pregiudiziale) per l’esistenza di una clausola di salvaguardia che escludeva comunque da responsabilità l’attività interpretativa del giudice (Corte giust. Ue 13 giugno 2006, causa C-170/03, *Traghetti del Mediterraneo*, *Foro it.*, 2006, IV, 417 e, in un procedimento di infrazione, Corte giust. Ue 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione c. Governo Italia*, *ivi*, 2012, IV, p. 13.

Il legislatore italiana, anche in considerazione delle condanne ricevute, ha poi approvato la nuova legge sulla responsabilità civile del giudice (l. n. 18 del 2015) la quale ha fatto rientrare la manifesta violazione del diritto euro unitario nella nozione di colpa grave ed ha proceduto a definire la nozione di “manifesta violazione” del diritto, rifacendosi in larghissima parte ai criteri fissati dalla giurisprudenza di Lussemburgo.

In dottrina v. per tutti AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, pp. 281 y ss.

⁴⁵⁸ La giurisprudenza della Corte europea è ormai consolidata nell’affermazione dei seguenti principi: a) l’articolo 6.1 Cedu pone a carico degli organi giudiziari interni un obbligo di motivare rispetto al diritto applicabile le decisioni con le quali essi rifiutano di sottoporre una questione pregiudiziale; b) quando su questo terreno viene adita per una violazione di tale disposizione, il compito della Corte consiste nell’assicurarsi che la decisione di rifiuto contestata dinanzi a lei sia debitamente accompagnata dai motivi richiesti; c) se le spetta procedere rigorosamente a questa verifica, non le spetta esaminare gli eventuali errori che avrebbero commesso i giudici interni nell’interpretare e applicare il diritto pertinente; d) nel quadro specifico del terzo comma dell’art. 267 TFUE, ciò significa che i giudici nazionali le cui decisioni non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale di diritto interno sono tenuti, quando si rifiutano di sottoporre alla Corte di giustizia a titolo pregiudiziale una questione relativa all’interpretazione del

Giudice costituzionale per violazione del diritto di difesa⁴⁵⁹ o del principio del giudice naturale⁴⁶⁰.

Nel sistema della pregiudizialità convenzionale, delineato dal Protocollo n. 16, le “alte giurisdizioni” delineate al momento della ratifica hanno solo facoltà di richiedere pareri e mai obbligo. Come indicato nel “rapporto esplicativo” le autorità giudiziarie “possono” richiedere alla Corte un parere, nel senso che “tale richiesta è facoltativa e in nessun caso obbligatoria. A tale proposito è importante anche chiarire che l’autorità giudiziaria che presenta la richiesta può ritirarla in ogni momento”.

Logica conseguenza della natura facoltativa la impossibilità di trasferire anche a questo caso le deroghe della giurisprudenza Cilfit.

Volendosi chiedere le ragioni di una simile scelta, in contrasto con quanto invece previsto per la pregiudiziale costituzionale e per quella eurounitaria, queste sono state individuate nella diversa tipologia di norme rispetto al rinvio alla Corte di Lussemburgo. In questo caso infatti si tratta spesso di norme specifiche per le quali si pone la necessità di una interpretazione uniforme per tutti gli stati membri, mentre le norme della Cedu hanno un contenuto più ampio e pongono spesso obblighi di risultato e non la ricerca di una sola soluzione uguale per tutti. Al contrario, purchè raggiungano un certo risultato, sono consentite soluzioni differenti, nel che si esprime il “margine di apprezzamento” riconosciuto agli stati membri⁴⁶¹.

Nel sistema di pregiudizialità convenzionale, in considerazione del principio di sussidiarietà e della necessità quindi dell’esperimento di tutte le istanze percorribili, il giudice “non selezionato” nell’atto di ratifica del Protocollo n. 16 non avrà alcuna

diritto dell’UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto riguardo alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte stessa. Essi devono dunque indicare le ragioni per le quali ritengono che la questione non sia pertinente, o che la norma di diritto della UE in causa sia già stata oggetto di un’interpretazione da parte della Corte di giustizia, o ancora che l’applicazione corretta del diritto della UE si impone con una evidenza tale da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio.

Corte eur. diritti dell’uomo 20 settembre 2011, Ullens de Schooten s Rezacbek c. Belgio; Corte eur. diritti dell’uomo 21 luglio 2015, Ric. 38369, Schipani c. Italia.

In dottrina ROVAGNATI, A., *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto euro unitario e diritto ad un giusto processo ex art. 6 Cedu*, in Ric. AIC, 2012/1, 14 marzo 2012; RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu*, www.europeanrights.eu.

⁴⁵⁹ Così in Spagna, a partire dalla ordinanza n. 58 del 2004, che analizzeremo nelle prossime pagine, il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto possibile utilizzare lo strumento dell’amparo costituzionale per denunciare gravi violazioni dell’obbligo del rinvio pregiudiziale. V. *Infra* testo nota ←

⁴⁶⁰ Così in Austria ed in Germania.

Per i relativi riferimenti v. RORIG, M.T., in PASSAGLIA, P. (cur.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, Servizio studi della Corte costituzionale*, Roma, aprile 2010.

⁴⁶¹ In tal senso v. PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione cit.*, pp. 3 y ss.; DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu cit.*, pp. 7-8.

possibilità di richiedere pareri alla Corte di Strasburgo. L'unica possibilità di porsi in qualche maniera in contatto con una delle autorità legittimate a farlo è che tra queste sia indicato il Giudice costituzionale. In questo caso avrà infatti la possibilità di sollevare una questione di costituzionalità, attraverso la quale chiedere al Giudice costituzionale di esercitare la facoltà di chiedere il parere, ponendo quindi in contatto la pregiudizialità costituzionale con la pregiudizialità convenzionale.

In situazioni, quale quella italiana, in cui, almeno finora, la Corte costituzionale non è stata indicata tra le “alte giurisdizioni” abilitate a chiedere il parere, neppure questa possibilità sarà offerta al giudice comune⁴⁶².

Mi pare da sottolineare, nel confronto tra i tre meccanismi pregiudiziali, come la diffusione dei principi e dei valori per la cui realizzazione e garanzia operano le autorità giudiziarie legittimate ad attivare i meccanismi stessi risulti pienamente realizzata dalla pregiudiziale costituzionale in cui tutti i giudici hanno l'obbligo, in presenza di certi presupposti, di sollevare questione di costituzionalità, in misura sufficiente anche se più ridotta dalla pregiudiziale eurounitaria, stante la sola facoltà per i giudici non di ultima istanza ed in forme del tutto insufficienti in quella convenzionale, ispirata solo ad un dialogo tra autorità di vertice che lascia del tutto fuori la grandissima parte dei giudici nazionali.

c) l'oggetto del rinvio o della richiesta

Passando adesso a considerare l'oggetto del rinvio pregiudiziale e quindi della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo, per quanto concerne il primo la Corte di giustizia ha puntualizzato, attraverso la costante giurisprudenza riassunta e formalizzata nelle “raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali” che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve riguardare l'interpretazione o la validità del diritto dell'Unione, e non l'interpretazione delle norme del diritto nazionale o questioni di fatto sollevate nell'ambito del procedimento principale e che la Corte di giustizia può statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale soltanto se il diritto dell'Unione è applicabile nel procedimento principale. A tale riguardo ha ulteriormente precisato come sia

⁴⁶² Più in generale è stato sostenuto che qualora il giudice non ritenga possibile una interpretazione costituzionalmente conforme, sarà del tutto inutile chiedere il parere, dal momento che, quale che sia la risposta della Corte europea, il giudice dovrà sempre sollevare la questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, non avendo la possibilità di disapplicare la normativa nazionale per contrasto con quella convenzionale (così CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, in LAMARQUE, E. (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 45.

indispensabile che il giudice del rinvio esponga tutti gli elementi pertinenti, di fatto e di diritto, che lo inducono a ritenere che determinate disposizioni del diritto dell'Unione siano applicabili nel caso di specie.

E' noto come, nella applicazione pratica, la netta distinzione tra interpretazione del diritto dell'Unione europea, interpretazione del diritto nazionale ed applicazione di entrambi da parte del giudice comune sia stata assai attenuata, sia a seguito dell'obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale alla luce di quello eurounitario, sia del modo come il rinvio pregiudiziale è stato in concreto posto e poi risolto. La Corte di giustizia infatti ha finito in realtà per pronunciarsi in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del diritto nazionale, venendo a svolgere un tipo di controllo che si è avvicinato, per alcuni versi, a quello di costituzionalità, dando luogo altresì ad una forma di controllo di tipo diffuso attraverso il potere di disapplicazione del giudice nazionale.

Con riferimento ai rinvii pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte di giustizia ha sottolineato che in forza dell'articolo 51, § 1, della stessa, le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Sebbene le ipotesi di una siffatta attuazione possano essere diverse, è tuttavia necessario che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulti in maniera chiara e inequivoca che una norma di diritto dell'Unione diversa dalla Carta è applicabile nel procedimento principale. Posto che la Corte non è competente a statuire su una domanda di pronuncia pregiudiziale se una situazione giuridica non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta eventualmente richiamate dal giudice del rinvio non possono giustificare, di per sé, tale competenza⁴⁶³.

Per quanto concerne il rinvio convenzionale, l'art. 1.1 del Protocollo n. 16 indica l'oggetto del parere consultivo in "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli".

Nel "rapporto esplicativo" ci si limita ad affermare "sarà la Corte ad interpretare la definizione al momento di decidere se accettare o meno la richiesta di un parere consultivo".

⁴⁶³ In applicazione di questi principi v. Corte giust. 6 marzo 2014, n. 206/13 (in Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2014, p. 1161) in cui ha precisato che la nozione di "attuazione del diritto euro unitario" richiede l'esistenza di un collegamento dotato di una qualche consistenza che vada al di là della semplice affinità tra le materie presa in considerazione o della influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra.

Il rapporto tra una Corte che giudica in astratto su “questioni di principio”, ma sulla base di un caso concreto e specifico – da qui la necessaria rilevanza e la ripetuta affermazione che non debba trattarsi di liti finte – che deve essere presentato alla Corte e che però costituisce solo l’*occasione* per la pronuncia del parere, potrebbe richiamare in qualche misura la questione incidentale di costituzionalità.

Una richiesta quindi che fa riferimento ad un caso specifico, anche se dovrebbe riguardare situazioni e problemi di carattere più generale, i quali tendono a riproporsi nella realtà cui si riferisce il processo *a quo*.

D’altro lato il riferimento alla interpretazione solo della disciplina dei diritti e delle libertà presenti nella Cedu e non certamente della normativa nazionale, fa pensare al sistema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, proprio sulla base di quella esperienza, fa dubitare che poi in concreto anche il giudizio della Corte di Strasburgo finisca per vertere sulla convenzionalità di norme o prassi interne di un paese.

Ciò che viene particolarmente posto in dubbio è la capacità della Corte europea di attenersi ad un piano astratto di interpretazione dei principi, quando finora la sua attività è stata un’attività di decisione su casi concreti⁴⁶⁴.

Il timore, da alcuni manifestato, è che la richiesta di parere si trasformi in una sorta di “ricorso in prevenzione”, in vista di un successivo ricorso contenzioso ed in un giudizio concreto sul caso, con conseguente stravolgimento del sistema fondato sul necessario esperimento di tutte le vie giudiziarie⁴⁶⁵.

Dal rilievo che la richiesta va fatta solo su questioni di principio, mentre spesso la Corte europea ha il compito di sussumere questioni e casi anche minuti sotto il principio della Cedu, la cui interpretazione nessuno pone in dubbio, essendo il problema principalmente quello del caso, è stata avanzata l’ipotesi di ritenere che sussumere un caso ad una questione di principio sia di per sé una questione di principio⁴⁶⁶.

Se da un lato il parere non può essere invocato per dare una risposta al caso concreto, dal momento che questo snaturerebbe l’istituto e tradirebbe il principio di sussidiarietà e dall’altro il parere non può essere del tutto astratto, in quanto originato da un caso, si è sostenuto che la Corte europea dovrà pertanto dare indicazioni di principio,

⁴⁶⁴ CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 6; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria* cit., p. 84.

⁴⁶⁵ In tal senso POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale”* cit.

⁴⁶⁶ CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu* cit., p. 45.

spettando poi al giudice di ricavarne le conseguenze, adattando il principio indicato al caso di specie⁴⁶⁷.

d) il contraddittorio ed il ruolo delle parti nel giudizio a quo e davanti alle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo

Venendo adesso al contraddittorio ed al ruolo delle parti nella pregiudiziale eurounitaria e convenzionale, con riguardo alla prima è innegabile che il rinvio, pur se direttamente esercitato allo scopo di ricevere la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e di uniformità, offre seppure in maniera indiretta una tutela ai diritti fatti valere davanti al giudice nazionale, essendo quello del rinvio l'unico strumento attraverso il quale è possibile portare una determinata situazione a giudizio della Corte di giustizia⁴⁶⁸.

Il rinvio può essere deciso dal giudice d'ufficio oppure accogliendo un'apposita istanza della parte, anche se è il primo ad essere l'assoluto dominus nel decidere tempi e modi del rinvio pregiudiziale, anche se nelle "raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali", al punto 16, la Corte di giustizia osserva come il rinvio deve contenere, se del caso "una breve esposizione degli argomenti rilevanti delle parti del procedimento principale".

In una occasione il Consiglio di Stato, a scopo precauzionale per evitare di incorrere in responsabilità, chiese alla Corte di giustizia se è possibile, da parte del giudice, valutare la rilevanza e svolgere un'opera di filtro rispetto ad istanze formulate in maniera generica o mal formulate, anche quando ciò parrebbe doversi escludere in applicazione delle regole processuali che definiscono i limiti all'intervento del giudice rispetto ai motivi fatti valere dalle parti nei loro ricorsi⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit., p. 159.

⁴⁶⁸ In tal senso v. SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?*, in Osservatorio europeo, dicembre 2016, p. 7, secondo la quale per questo la richiesta della parte non può essere vista come un tentativo strumentale di eludere il divieto di ne bis in idem o di impugnare una sentenza della Corte costituzionale, quando questa sia intervenuta in precedenza.

Secondo CONTI, R. (*Rinvio pregiudiziale alla Corte Ue del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco chiaro?*, in Pol. del dit., 2012, p. 93, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive si pone solamente sullo sfondo, visto che la finalità e la ratio del rinvio pregiudiziale risiede nella salvaguardia dell'unità del sistema. In proposito si vedano pure CONDINANZI, M. e MASTROIANNI, R. (*Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 190, secondo i quali "attribuire al meccanismo del rinvio pregiudiziale il compito di contribuire alla tutela dei privati comporta che il meccanismo medesimo venga, per un verso, sopravvalutato, per altro verso, in qualche modo, snaturato").

⁴⁶⁹ Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244, Foro it., 2012, III, p. 350.

Appariva evidente in questo caso l'accostamento con la questione di costituzionalità, per la quale il giudice può procedere – e di regola procede – ad una totale riformulazione e trasformazione dell'istanza della parte con cui si chiede di sollevare questione di costituzionalità.

La Corte di giustizia ha risposto che il giudice è tenuto ad effettuare il rinvio solo quando ritengono che lo stesso assuma rilevanza nel giudizio a quo ed ha affermato che l'obbligo di rinvio, per qualsiasi questione venga in essere, è espressione della cooperazione tra Corte europea e giudici nazionali, attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa di parte, per cui la determinazione e la formulazione delle questioni spetta al giudice e le parti non possono modificarne il tenore. Solo al giudice spetta decidere da ultimo sia sulla forma sia sul contenuto. Le norme processuali nazionali non possono ridurre questo compito del giudice, il quale, se del caso, deve disapplicare direttamente le norme di procedura contrastanti⁴⁷⁰.

Le parti del giudizio principale possono svolgere le loro difese scritte o orali nell'ambito di un contraddittorio allargato all'intervento delle istituzioni e degli Stati membri che vorranno partecipare.

Anche nel caso della pregiudiziale convenzionale è da ritenere che la richiesta di parere alla Corte di Strasburgo possa essere decisa d'ufficio da parte della "alta giurisdizione" oppure dietro istanza di una parte del giudizio.

Per quanto concerne il contraddittorio di fronte alla Corte europea, l'art. 3 del Protocollo indica alcuni soggetti cui riconosce "il diritto di presentare osservazioni per scritto e di prendere parte alle udienze", individuandoli nel Commissario per i diritti

Secondo Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131 (in Vita not., 2013, p. 1223) non sussiste un diritto incondizionato del cittadino a vedere sollevata una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia.

⁴⁷⁰ Corte giust. Ue 18 luglio 2013, C-136/12, Foro it., 2014, IV, p. 154.

In dottrina sulla vicenda v. CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* cit.; CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea* cit.; PIGNATELLI, N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in Foro it., 2012, III, p. 367; RUGGERI, A., *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale*, in Dir. unione europea, 2012/1, pp. 95 y ss.; ZAMPETTI, G., *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfu e conseguenze della sua mancata osservanza*, in Riv. AIC, Osservatorio, 2014; FOA', S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, Report annuale 2015. Italia*, in *Ius publicum network review*, 2015.

Corte giust. Ue 5 aprile 2016, causa C-689/13 (in Foro it., 2016, IV, p. 324, con nota di SIGISMONDI, G.) ha ritenuto che, ai fini della interpretazione del diritto eurounitario e del conseguente obbligo di rinvio, quando la singola sezione del Consiglio di Stato non condivida quanto sostenuto dall'Adunanza plenaria dello stesso, non è tenuto a rimettere la causa a quest'ultima, ma a effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

dell'uomo del Consiglio d'Europa e lo Stato cui appartiene l'autorità giudiziaria che ha richiesto il parere.

E' poi prevista la possibilità per il Presidente della Corte di invitare "altre parti contraenti o persone a presentare osservazioni per scritto o a prendere parte alle udienze".

Si tratta quindi di una mera possibilità che il Presidente sarà chiamato a valutare con riguardo al parere richiesto ed alla sua incidenza sul giudizio rimasto sospeso⁴⁷¹.

Certamente i soggetti che saranno chiamati a partecipare lo faranno nella veste di "amici curiae"⁴⁷², dovendosi ciò derivare inequivocabilmente dal fatto che la decisione del presidente dovrà essere presa in considerazione "dell'interesse di una buona amministrazione della giustizia".

Il riferimento a non meglio identificate "persone" può certamente ricomprendere, anche se non certo in maniera esclusiva, le parti del giudizio a quo e nel "rapporto esplicativo" si legge in proposito: "si deve ritenere che le parti di una causa nell'ambito della quale sia stato richiesto un parere consultivo saranno invitate a prendere parte al contraddittorio".

La Corte europea ha pure precisato che, per il rispetto del principio di eguaglianza, essa si propone di inserire un'apposita disposizione nel proprio regolamento che preveda che le parti del giudizio a quo siano invitate d'ufficio a partecipare al procedimento consultivo-pregiudiziale⁴⁷³.

e) la decisione e la relativa efficacia.

Con riguardo infine alla decisione ed alla relativa efficacia, il Protocollo n. 16 prevede che il procedimento decisionale sia suddiviso in due distinti momenti che si concludono con due diverse pronunce: una fase che potremmo chiamare di ammissibilità della richiesta ed una seconda, qualora la prima sia conclusa positivamente, relativamente al parere consultivo su questioni di principio relative alla Cedu.

⁴⁷¹ In senso critico v. ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea* cit., p. 4, secondo il quale anche alle parti del giudizio principale si sarebbe dovuto riconoscere il diritto a presentare osservazioni scritte ed a partecipare alle udienze.

⁴⁷² Analogamente ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 781.

⁴⁷³ Avis de la Cour sur le projet d protocole n. 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, paragrafo 11.

Per la prima fase la decisione è affidata a cinque giudici della grande camera, i quali dovranno pronunciarsi con una decisione motivata circa la sussistenza delle condizioni previste dal medesimo protocollo per la richiesta di pareri.

In realtà il protocollo non fissa certo con precisione quali debbono essere i requisiti di ammissibilità della richiesta, ma possiamo presumere che la inammissibilità della richiesta potrà essere pronunciata principalmente per ragioni di carattere processuali, quali ad esempio la mancata legittimazione del soggetto che richiede il parere, la mancanza o insufficienza di motivazione (l'art. 1.3 del protocollo richiede infatti che la domanda sia motivata), la mancata produzione di elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico o fattuale della causa pendente o comune la non adeguata motivazione della rilevanza.

Potremmo pensare – in analogia con quanto accade nella pregiudiziale costituzionale ed in quella euro unitaria (*acte clair e acte éclairé*) – ad una inammissibilità (o forse meglio non ricevibilità) per ragioni attinenti al merito. Mi riferisco al caso della manifesta infondatezza della richiesta, in considerazione del fatto che la Corte europea si è già pronunciata su questione del tutto analoga o identica oppure della chiara soluzione del quesito posto.

Una volta ritenuto ricevibile, la Corte di Strasburgo emetterà il proprio parere con pronuncia motivata, rispetto alla quale è espressamente previsto (art. 4.2 del protocollo) che, in assenza di unanimità, ogni giudice ha il diritto di allegare al parere la propria opinione separata⁴⁷⁴.

Un autorevole ex componente della Corte europea ha osservato come la stessa, con ogni probabilità userà nelle sue risposte una formula necessariamente generica, in modo tale da lasciare poi che sia il giudice a valutare come tenerne conto nella soluzione del caso concreto⁴⁷⁵.

Circa gli effetti delle decisioni con cui si definisce la fase davanti alla Corte e con riferimento alla pregiudiziale eurounitaria, l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo viene comunemente ritenuta avente efficacia erga omnes al pari di una fonte del diritto, quindi tale da vincolare i giudici nazionali i quali avranno solamente la

⁴⁷⁴ In proposito ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani cit.*, p. 95) ricorda come finora la prassi della Corte, in tema di pareri ai sensi dell'art. 47 Cedu, di non allegare, nonostante sia prevista la possibilità, opinioni separate, perché ha voluto dare “una” opinione a chi chiedeva un parere.

⁴⁷⁵ ZAGREBELSKY, V., *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani cit.*, p. 96.

possibilità di adire di nuovo la Corte per chiedere ulteriori chiarimenti oppure per addurr nuovi elementi sopravvenuti o comunque non tenuti di conto nella pronuncia.

La sentenza interpretativa viene quindi a svolgere in sostanza l'effetto di una interpretazione autentica della fonte eurounitaria, di fronte alla quale è possibile solamente oppure l'esistenza dei controlimiti, nei termini che preciseremo nelle prossime pagine.

In quanto interpretazione autentica l'efficacia della pronuncia viene a svolgere effetti retroattivi, che possono in certi casi venire a porsi in contrasto con il principio del legittimo affidamento del cittadino specie a fronte di interpretazioni che non potevano essere pacificamente derivabili dal testo. In considerazione di ciò alla Corte di giustizia (e solo ad essa, con esclusione che ciò possa essere operato dal singolo giudice) è stata riconosciuta la possibilità di limitare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce fino al punto di poter statuire che gli effetti della propria decisione non debbano valere per il giudice che ha effettuato il rinvio e quindi per il giudizio nell'ambito del quale esso è stato proposto⁴⁷⁶.

Nel caso della pregiudiziale convenzionale al contrario è espressamente stabilito che “i pareri consultivi non sono vincolanti” (art. 5 del protocollo)⁴⁷⁷.

Nel “rapporto esplicativo” si rileva come i pareri sono emessi nell'ambito di un dialogo tra la Corte e le autorità giudiziarie nazionali e che “l'autorità richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale”.

Viene altresì precisato che – potremmo dire a maggior ragione - i pareri non hanno effetto diretto sugli eventuali successivi ricorsi, ma con la aggiunta che essi “andranno a fare parte della giurisprudenza della Corte, insieme alle sentenze e alle decisioni. L'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni”.

Queste affermazioni - se lette unitamente alla ricordata giurisprudenza costituzionale⁴⁷⁸ secondo la quale i giudici nazionali nel riferirsi alle disposizioni della

⁴⁷⁶ Sulla conformità di tale previsione al fondamentale diritto di difesa (richiamato nella funzione di controlimite) si è pronunciata Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1001, la quale, pur manifestando chiaramente dubbi in proposito, ha concluso il giudizio con una decisione processuale di inammissibilità per difetto di rilevanza.

⁴⁷⁷ Nel senso che il carattere non vincolante del parere sarebbe da considerare una logica conseguenza del fatto che il contenuto del parere debba mantenersi ad uno stadi di vaghezza e generalità proprio delle indicazioni di principio, v. SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali?* cit., pp. 156 y ss.

⁴⁷⁸ Cfr., retro, testo e nota....

Cedu debbono interpretare le stesse nel significato alle stesse attribuito dalla Corte di Strasburgo – fanno concludere nel senso di ridimensionare alquanto l’affermazione della natura non vincolante dei pareri⁴⁷⁹.

Certamente l’ “interpretazione autentica” che proviene da Strasburgo non può raggiungere l’effetto di quella che arriva da Lussemburgo, nel senso che non consente al giudice nazionale di disapplicare, sulla base della medesima, il diritto statale, ma sicuramente la lettura fornita dalla Corte europea sarà senz’altro utilizzabile dal giudice per seguire una interpretazione convenzionalmente conforme oppure per sollevare davanti al Giudice costituzionale una questione di costituzionalità denunciando la violazione della Cedu, nell’interpretazione derivante dal parere della Corte europea.

In ogni caso, come è stato sottolineato⁴⁸⁰, non appare trascurabile, quale elemento che viene ulteriormente a ridurre l’effetto non vincolante del parere, il fatto che il parere è pronunciato dalla Grande camera e la possibilità quindi delle parti interessate, per il caso in cui il parere non venga rispettato dal giudice a quo o dagli altri giudici nazionali, di ricorrere, in via contenziosa, alla stessa Corte europea⁴⁸¹, la quale, dismesso il cappello di organo consulente assumerà quello di organo decidente. Dal momento che sotto il diverso cappello starà la medesima testa, appare di tutta evidenza in questi casi l’alta probabilità di successo del ricorso.

A conclusione di questo raffronto che abbiamo tentato di operare tra la pregiudizialità costituzionale, quella eurolunitaria e quella convenzionale, potremmo chiederci se l’istituto della pregiudizialità possa essere considerato come uno strumento

⁴⁷⁹ Per l’affermazione secondo cui l’interpretazione contenuta in un parere avrà un valore certamente pari o superiore a quello di una sentenza-pilota della Corte europea, v. P. PIRRONE, *Il protocollo n. 16 alla Convenzione cit.*, 5, secondo il quale, nel caso in cui il giudice ritenga di non seguire il parere della Corte europea dovrà ritenersi obbligato a spiegarne le ragioni.

⁴⁸⁰ In tal senso v., tra gli altri, LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea cit.*, p. 5; RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu cit.*, pp. 468 y ss.; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa cit.*, pp. 61 y ss.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti cit.*, p. 10.

Nel senso che, per questo aspetto, potrebbe risultare frustrata la finalità di un alleggerimento del carico di lavoro per la Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale potrebbe, al contrario, veder aumentati i ricorsi, v. RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu cit.*, p. 460; MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa cit.*, p. 62; CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria*, pp. 83 y ss.

⁴⁸¹ Nel “rapporto esplicativo” si rileva come il fatto di aver emesso un parere consultivo “non impedisce a una parte di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale (...), vale a dire che essa può comunque portare la causa dinanzi alla Corte. Tuttavia, laddove un ricorso venga proposto successivamente all’emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbono essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati”.

di dialogo – o tale da favorire il dialogo – oppure come una inevitabile gerarchizzazione fra i diversi giudici ed i differenti livelli in senso di una sopra o sotto ordinazione dei giudici e delle corti.

Pare indubbio che, mentre il sistema delle impugnazioni tende ad esprimere più propriamente un sistema gerarchico, quello della pregiudizialità appare orientato maggiormente nel senso della collaborazione-cooperazione tra due diversi soggetti, uniti dal perseguimento di uno scopo unitario espresso al fondo da un'unica decisione finale. Un unico giudizio, nel corpo del quale viene innestato un altro giudizio strumentale alla risoluzione del primo.

Nella pregiudiziale costituzionale è apparso evidente come le esperienze italiana e spagnola esaminate nella tesi mostrano a sufficienza che molto dipende da come in concreto si sono venuti a realizzare i rapporti fra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale, tanto che abbiamo individuato fasi, anche temporalmente, diverse, passando da una situazione di “guerra” oppure di “diffidenza” ad una di consonanza più o meno piena.

La previsione di un sistema accentrato, ma ad iniziativa diffusa, con il riconoscimento ad ogni autorità giudiziaria della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ha certamente contribuito ad indirizzare lo strumento verso forme di collaborazione e di dialogo con il Giudice costituzionale. Un dialogo che può rischiare di essere interrotto allorchè quest'ultimo ritenga di privilegiare la sua “anima politica” a danno di quella “giurisdizionale”, spingendo così i giudici comuni e le parti dei giudizi a ricercare un “giudice” a livello sovranazionale.

Nella pregiudiziale eurounitaria la finalità di uniformare l'interpretazione del diritto dell'Unione europea e quindi la distinzione fra giudici di ultimo grado e non, l'efficacia erga omnes delle interpretazioni della Corte di giustizia, unitamente a certi comportamenti “autoritari” della stessa, hanno finito per determinare una maggiore sensazione di sopra-sotto ordinazione⁴⁸², evidenziando un elemento che certamente è implicito nel sistema pregiudiziale e nel fatto stesso che un soggetto, sospenda il suo

⁴⁸² CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* cit., secondo cui è opinione comune che quando viene in considerazione la portata normativa del diritto dell'Unione europea, l'influenza ed il potere della Corte di giustizia si atteggiano con tratti di sovra ordinazione rispetto al giudice nazionale, anche se proprio il sistema di pregiudizialità parrebbe escludere la presenza di un vincolo gerarchico, mentre secondo TIZZANO, A., *I diritti fondamentali e la Corte in Europa*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 843, lo strumento del rinvio pregiudiziale risponde più a un *ethos* collaborativo che gerarchico.

giudizio in attesa di una decisione di competenza di altro soggetto e che verrà ad influire sulla risoluzione del suo processo.

Nella pregiudiziale convenzionale il dettato normativo sembrerebbe assolutamente tale da far pensare ad un modello ideale per favorire un dialogo fra le “alte giurisdizioni” e la Corte europea dei diritti dell’uomo, attraverso la previsione di una semplice facoltà di richiedere parere e della efficacia non vincolante dello stesso⁴⁸³, anche se, come abbiamo detto, solo l’esperienza pratica potrà dire quale potrà essere la vera efficacia dei pareri.

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

Il problema chiamato della “doppia pregiudizialità” è da tempo noto alla dottrina⁴⁸⁴ e fa riferimento al caso in cui il giudice comune si trova nella condizione di nutrire, contemporaneamente e con riguardo al medesimo procedimento pendente davanti ad esso, sia un dubbio in ordine alla conformità della legge da applicare ai principi costituzionali, sia circa la corretta interpretazione del diritto eurounitario rilevante per il caso da decidere.

In casi del genere viene inevitabilmente a porsi per il giudice il problema di quale criterio seguire ed a quale attività (questione di costituzionalità o rinvio pregiudiziale) dare la precedenza, a meno di non ritenere di dover procedere simultaneamente all’una ed all’altro.

L’esistenza di una situazione di “doppia pregiudizialità” può essere fatta risalire alla concezione dualista che - nonostante il noto “cammino comunitario” seguito da molte Corti costituzionali per adeguarsi alla posizione espressa dalla Corte di giustizia

⁴⁸³ Nel rilevare la presenza anche di un significato di sopra-sotto ordinazione nel sistema pregiudiziale, ROMBOLI, R. (*Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in CIANCIO, A. (cur.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014, p. 490) osserva che esso esiste “a meno di non ricostruire il rapporto in termini di mero parere non vincolante”.

⁴⁸⁴ CARTABIA, M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in Foro it. 1997, V, pp. 222 y ss. ; GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in Giur. cost., 2000, pp. 1193 y ss.; CELOTTO, A., *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria*, in Rass. dir. pubbl. eur., 2002, pp. 47 y ss.; MAZZUCCHI, S., *“Residui” di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, pp. 663 y ss.

in ordine al rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello interno – ha continuato a caratterizzare la concezione fatta propria dalla maggior parte dei Giudici costituzionali.

In conseguenza della stessa vengono individuati ambiti per i quali rimane un margine di controllo di costituzionalità in capo ai Tribunali costituzionali con riferimento ai rapporti tra i due ordinamenti.

Due ordinamento e due circuiti giurisdizionali facenti capo alle due corti e regolate dal fatto di avere le norme euro unitarie un effetto diretto oppure indiretto per l'ordinamento interno: nel primo caso sussiste la possibilità per il giudice nazionale di procedere alla disapplicazione, semmai a seguito di rinvio pregiudiziale, mentre nel secondo può restare (a seconda chiaramente dell'ordinamento in questione) la competenza della Corte costituzionale a giudicare sulla costituzionalità della legge per supposta violazione del diritto dell'Unione europea.

Sulla base di ciò è apparso difficile negare l'esistenza di un nesso tra la concezione dualista e la esistenza di situazioni nelle quali si pone un problema di “doppia pregiudizialità”, dato che nella visione monista, seguita invece dalla Corte di giustizia, appare scontato che le eventuali questioni di costituzionalità vengano considerate assorbite all'interno del giudizio sulla conformità eurounitaria⁴⁸⁵.

Con riguardo alla c.d. doppia pregiudizialità sono state elaborate in dottrina differenti possibili ipotesi nelle quali la stessa può essere identificata.

Per alcuni sarebbe in proposito da distinguere a seconda che si ponga un problema di conflitto fra la legge nazionale ed il diritto eurounitario derivato oppure tra la prima e la Carta europea dei diritti dell'Unione europea o i principio fondamentali della stessa. Nel primo caso (chiamato di “legalità europea”) il giudice dovrebbe proporre prioritariamente il rinvio alla Corte di giustizia, mentre nel secondo (“incostituzionalità costituzionale-europea”) dovrebbe sollevare questione di costituzionalità, in quanto i benefici derivanti dal coinvolgimento del Giudice costituzionale supererebbero di gran lunga il vulnus della diretta applicabilità del diritto euro unitario⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ Cfr. in particolare VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, in Giust. amm., 2010, 2, pp. 63 y ss., secondo il quale la strategia dualista ha trasformato il dialogo con il giudice euro unitario in una specie di doppio monologo; REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in Liber amicorum in onore di Augusto Cerri, Editoriale scientifica, Napoli, 2016, pp. 659 y ss.

⁴⁸⁶ CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

Altri hanno avanzato più articolate combinazioni. Potremmo, in effetti, trovarci di fronte a:

a) due differenti normative, entrambe applicabili per la soluzione del caso, per le quali si ponga la necessità di un ricorso pregiudiziale, in maniera del tutto indipendente, per l'una davanti alla Corte di giustizia, per l'altra davanti alla Corte costituzionale (chiamata "doppia pregiudizialità indipendente");

b) il dubbio concerne la medesima norma per supposto contrasto con il diritto eurounitario direttamente applicabile e quindi anche con l'articolo della Costituzione nazionale che establece la vinculacion del Estado a las obligaciones que deriven de los ordenamientos supranacionales, en este caso especialmente de la Unión Europea ("doppia pregiudizialità in senso stretto");

c) la stessa situazione di cui sopra, ma con riguardo al diritto eurounitario non direttamente applicabile;

d) la medesima norma venga ritenuta in possibile conflitto non solamente con il diritto eurounitario e quindi con la Costituzione, ma anche con altri principi costituzionali (ad esempio il principio di uguaglianza o quello del giusto processo) ("doppia pregiudizialità allargata);

e) una norma eurounitaria si pone in contrasto con il diritto euro unitario primario oppure con i c.d. controlimiti ("doppia pregiudizialità 'a parti invertite'")⁴⁸⁷.

1. Italia: dos casos de doble prejudicialidad

Passando dalla teoria alla prassi, per quanto riguarda l'ordinamento italiano ci limitiamo a ricordare due recenti casi, aventi entrambi aspetti di singolarità, relativi in qualche misura alla tematica della doppia pregiudizialità.

Il primo è rappresentato dal caso del Tribunale di Milano che, in una ipotesi ricollegabile a quella indicata sub b), ha adottato non un solo provvedimento inviato contemporaneamente a Lussemburgo ed alla Consulta, ma ha pronunciato due distinti

⁴⁸⁷ In particolare, GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni n. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 1315 y ss.; LOSANA, M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, in *Riv. Aic*, 24 gennaio 2014, n. 1; ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale cit.*, pp. 490 y ss.

provvedimenti in date diverse⁴⁸⁸, nei quali non si dà conto del fatto che sarebbe stato investita anche l'altra corte.

A seguito di ciò le due corti hanno proceduto in assoluta autonomia, l'una ignorando quindi l'operato dell'altra, giungendo, potremmo dire per fortuna, ad una analoga soluzione⁴⁸⁹.

La dottrina ha messo in evidenza in questo caso i rischi che si sarebbero potuto produrre in caso di contrasto di giudicato⁴⁹⁰ ed ha parlato della esistenza di una vera "falla del sistema", definendo la stessa particolarmente inquietante e sollecitando la approvazione di una disciplina processuale tale da fornire al giudice, in queste ipotesi di doppia pregiudizialità, riferimenti normativi certi ed un percorso per certi versi obbligato da dover seguire⁴⁹¹.

Un secondo, più recente, caso il Consiglio di Stato⁴⁹² ha posto un particolare problema in ordine all'obbligo, per i giudici di ultima istanza, di proporre, in caso di dubbio, la pregiudiziale interpretativa di fronte alla Corte di giustizia.

A fronte della richiesta di una delle parti di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il giudice amministrativo ha rilevato di dover fare applicazione di una disciplina nazionale (in tema di requisiti richiesti per l'esercizio e la raccolta non a distanza di giochi pubblici), la quale era già stata sottoposta, dal medesimo giudice e nell'ambito del medesimo giudizio, al controllo di costituzionalità della Corte costituzionale, che aveva dichiarato infondata la questione⁴⁹³.

Ciò era avvenuto con riferimento agli stessi parametri costituzionali per i quali adesso veniva richiesto il rinvio pregiudiziale.

Il Consiglio di Stato, anche con riguardo alla eventuale responsabilità dello Stato per mancato esercizio della pregiudiziale da parte di giudice di ultima istanza, ha posto alla Corte di giustizia la questione relativa alla possibilità di interpretare l'art. 267, par. 3, TFUE, nel senso che non sussiste l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale abbia valutato la

⁴⁸⁸ Trib. Milano, ord. 6 maggio 2008, con cui è stata sollevata la questione di costituzionalità e ord. 22 maggio 2008 con cui è stato effettuato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁴⁸⁹ Si vedano Corte cost. 27 marzo 2009, n. 86, in Foro it., 2010, I, 796, con nota di CAPPUCCIO L., e Corte giust. 17 marzo 2009, C-217/08, in Foro it., 2009, IV, p. 446.

⁴⁹⁰ In tal senso ROVAGNATI, A., *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)*, in Quaderni cost., 2009, pp. 717-718.

⁴⁹¹ Così VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di "doppia pregiudizialità"* cit., pp. 63 y ss.

⁴⁹² Cons. Stato, sez. IV, ord. 1° giugno 2016, n. 2334, in Riv. neldiritto, 2016, p. 1252.

⁴⁹³ Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, p. 488, con nota di CHIEPPA.

legittimità costituzionale della disciplina nazionale, nella sostanza, utilizzando gli stessi parametri normativi di cui si chiede l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché contenuti in norme della Costituzione e non nei Trattati europei. Ciò ad evitare il realizzarsi di un *ne bis in idem* e la lesione del principio della ragionevole durata del processo.

In proposito è stato posto in rilievo il carattere strumentale della richiesta della parte, tendente in realtà a superare una decisione della Corte costituzionale e ponendo le condizioni di un possibile contrasto di giudicati, dal momento che, contrariamente a quanto di norma avviene in Italia, l'intervento della Corte costituzionale aveva preceduto quello della Corte di giustizia⁴⁹⁴.

La posizione della Corte costituzionale in ordine alla "doppia pregiudizialità" si è sviluppata lungo gli ultimi quaranta anni e non sempre in maniera coerente, ma manifestando atteggiamenti e prese di posizione in alcuni casi anche contraddittorie.

In un primo momento la Corte si era limitata ad escludere la propria competenza a giudicare sulla conformità del diritto comunitario ai principi costituzionali, limitandosi ad affermare che questo doveva ritenersi un compito del giudice, da risolvere eventualmente a seguito di un rinvio pregiudiziale⁴⁹⁵.

Il fondamento, successivamente meglio elaborato ed affinato dalla giurisprudenza costituzionale, veniva trovato nella condizione processuale della rilevanza. Secondo la Corte costituzionale la soluzione relativa alla corretta interpretazione del diritto eurounitario portava con sé la conclusione circa la doverosità o meno di disapplicazione del diritto nazionale da parte del giudice procedente e, nel secondo caso, la conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità dal momento che il giudice non avrebbe dovuto quindi far applicazione della normativa nazionale. Da qui la conclusione per cui il giudice a quo avrebbe dovuto prima accertare l'applicabilità (attraverso, se del caso, il rinvio pregiudiziale) e solo successivamente, una volta escluso il contrasto con il diritto dell'Unione europea, investire della questione di costituzionalità la Corte costituzionale⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità* cit., 5; PURIFICATI, N., *L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza*, in Neldiritto.it, 2016.

⁴⁹⁵ Corte cost., ord. 28 luglio 1976, n. 206.

⁴⁹⁶ E' stato correttamente osservato come il riferimento alla rilevanza avrebbe comunque potuto giustificare solo le ipotesi in cui il giudice si fosse trovato di fronte a disposizioni euro unitarie direttamente applicabili, mentre lo stesso non poteva dirsi per quelle non direttamente applicabili. Per

Negli anni successivi la Corte costituzionale, fondandosi sulla suddetta motivazione circa la rilevanza, che qualcuno ha definito uno “strattagemma processuale”⁴⁹⁷, ha sempre fatto sì che fosse il giudice a effettuare il rinvio pregiudiziale⁴⁹⁸, ponendo quindi in essere un dialogo con la Corte di giustizia “per interposta persona”⁴⁹⁹.

In realtà forse la vera ragione sulla quale si fonda la ora ricordata giurisprudenza costituzionale risiede nella volontà della Corte costituzionale di non trovarsi obbligata nei confronti della Corte di Lussemburgo, vuoi nel momento del proporre il rinvio pregiudiziale (obbligata in quanto giudice di ultima istanza), vuoi rispetto alle interpretazioni da questa a lei direttamente fornite sul caso relativo alla questione di costituzionalità da giudicare.

queste ultime infatti il problema non poteva porsi in termini di “rilevanza”, bensì di “non manifesta infondatezza”, ma allora, secondo la logica comunitaria, avrebbe dovuto essere la Corte costituzionale, come giudice di ultima istanza, a sollevare il rinvio pregiudiziale, non potendolo chiedere anche in questo caso ai giudici, specie quelli di non ultimo grado che, come detto, hanno solo la facoltà, ma non l’obbligo del rinvio. Per tali rilievi, v. GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative* cit., pp. 1193 y ss.

⁴⁹⁷ VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”* cit., p. 66.

⁴⁹⁸ In tal senso il mancato ricorso da parte del giudice a quo alla Corte di giustizia è stato ritenuto motivo di restituzione degli atti con esplicito invito a procedere previamente al rinvio (v. ad es. Corte cost., ord. 26 luglio 1996, n. 319, in Giur. cost. 1996, p. 2618; 2 aprile 2009, n. 100, ivi, 2009, p. 912), la questione di costituzionalità, allorchè sia stato contemporaneamente effettuato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo è stata dichiarata inammissibile (Corte cost., ord. 21 marzo 2002, n. 85, ivi, 2002, p. 774), il sopravvenire di una decisione della Corte di giustizia è stata considerata come “ius superveniens” tale da legittimare la restituzione degli atti al giudice a quo (Corte cost., ord. 20 aprile 2004, n. 125, ivi, 2004, p. 1263), è stato deciso il rinvio a nuovo ruolo della questione di costituzionalità in attesa di una decisione della Corte di giustizia sulle stesse disposizioni impugnate (Corte cost. 1° giugno 2004, n. 164, ivi, 2004, p. 1722), le questioni di costituzionalità che coinvolgevano una disposizione comunitaria, contemporaneamente già sottoposta all’esame della Corte di giustizia da altro giudice o nell’ambito di un diverso procedimento sono state dichiarate inammissibili (Corte cost., ord. 16 giugno 1994, n. 244, ivi, 1994, 2013 e 13 febbraio 1995, n. 38, ivi, 1995, p. 386), la priorità del rinvio pregiudiziale è stata dichiarata anche nel caso in cui il giudice a quo aveva impugnato la legge statale facendo richiamo solamente alla supposta violazione di disposizioni costituzionali diverse dall’art. 117, 1° comma, Cost. (Corte cost., ord. 28 dicembre 2006, n. 454, ivi, 2006, p. 4590) o nel caso in cui il giudice affermava di attenersi al principio di diritto fissato dalla Corte di cassazione (Corte cost., ord. 2007, n. 284, ivi, 2007, p. 2780).

Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto v. GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010 e 2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 335 y ss. e 2014, pp. 401 y ss.

⁴⁹⁹ Per tale felice espressione, v. CARTABIA, M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in ZANON, N. (cur.), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scienti che italiane, Napoli, 2006, pp. 101-104.

Questo orientamento evolverà gradualmente, fino a che la Corte riconosca la sua legittimazione ad entrare in dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, utilizzando lei stessa il rinvio pregiudiziale eurounitario.

La dottrina italiana non ha mancato di porre in evidenza come le basi per affermare la priorità della pregiudiziale euro unitaria rispetto a quella costituzionale siano in realtà assai fragili, sottolineando come al fondo il criterio finisca per essere un criterio essenzialmente pratico di tipo storico-contingente e di economia processuale⁵⁰⁰ e giungendo quindi a giustificare l'atteggiamento della Corte costituzionale in considerazione dell'alto carico di lavoro della stessa con riferimento al giudizio in via incidentale⁵⁰¹.

Nella stessa linea è stato altresì sostenuto che sarebbe possibile revocare in dubbio che il rinvio alla Corte di giustizia sia veramente pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità e non invece "equiordinata" alla stessa, per cui spetta al prudente apprezzamento del giudice decidere quale sollevare prima o se farlo in maniera contemporanea⁵⁰² o altresì che, sul piano logico potrebbe verificarsi anche il contrario, vale a dire che sia la Corte di Lussemburgo a chiedere di risolvere prima la questione di costituzionalità sul presupposto che una eventuale dichiarazione di incostituzionalità potrebbe privare di rilevanza l'intervento della Corte di giustizia⁵⁰³.

2. España: los supuestos de "doble prejudicialidad"

La concurrencia (anterior, posterior o simultánea) de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo en España

Pasando ahora al examen del concreto desarrollo de este fenómeno también en el ordenamiento jurídico español, son muy escasas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tomado posición sobre la doble prejudicialidad, en concreto sobre los

⁵⁰⁰ CERRI, A., *La doppia pregiudizialità in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 2897 y ss.

⁵⁰¹ Così ONIDA, V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 47 y ss.

⁵⁰² GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale* cit., pp. 1315 y ss.

⁵⁰³ In tal senso MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 194.

supuestos de una simultánea o sucesiva formalización de cuestiones de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales europeas⁵⁰⁴.

Como se trata en los correspondientes apartados de este trabajo, el Tribunal español, al dar y definir la cobertura de los derechos fundamentales, no se ha resistido a la lógica de una tutela multinivel. Antes al contrario, aproximándonos a esa realidad en sentido amplio cabe decir que el Tribunal está comprometido plenamente en su dinámica.

A modo de ejemplo y sin ánimo de exhaustividad puede mencionarse, por ejemplo, como el Tribunal no sea ajeno a la jurisprudencia del TJUE en diversos asuntos y planos, amparándose no pocas veces en ella en los diversos procesos constitucionales; o el hecho que el Tribunal haya definido, ciertamente sin la nitidez que un tema de semejante envergadura demanda, los términos de la influencia o confluencia entre la jurisprudencia del TJUE y sus propios pronunciamientos internos, así como, con ello, su posición en los denominados contra-límites, en el debate, si se prefiere, entre primacía y supremacía. Además, como se expone en el lugar correspondiente en este trabajo, el Alto Tribunal ha apreciado incluso en ocasiones la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en escenarios de inaplicación manifiesta de la jurisprudencia del TJUE, de desconsideración del sistema de fuentes y abandono o dejación de la configuración jurídica y presupuestos de activación de la cuestión prejudicial, considerando siquiera (aunque con un canon de control indirecto y formal) la hipótesis de vulneración del art. 24 CE en supuestos de no planteamiento de la cuestión prejudicial. Y finalmente, aunque quede ahora referido lo enunciado a otros ámbitos de cobertura o estadios multinivel en la protección de los derechos, también es destacable que el Constitucional tome en consideración la jurisprudencia del TEDH, contemplando incluso la revisión de sus pronunciamientos previos después del dictado de Sentencias condenatorias por violación del CEDH (en supuestos de pervivencia de la lesión de derechos fundamentales).

⁵⁰⁴ Entre los Autores más destacados que han tratado este tema pueden mencionarse: CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, pp. 173-194; FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *El problema del “doble vicio” en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, pp. 57-61.

Sin embargo, pese a todo ello, llaman la atención en cambio las pocas oportunidades y la poca intensidad dada a su respuesta cuando ha tratado la doble prejudicialidad en sentido estricto, esto es, supuestos de confluencia o de concurrencia conflictiva entre la activación de una cuestión de inconstitucional y una cuestión prejudicial ante el TJUE, ya fuera de modo simultáneo o sucesivo.

i. Un caso de concurrencia: el planteamiento anterior de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo a la cuestión incidental ante el TC

Nuestro análisis empieza con el examen de un supuesto en el que un juez ordinario planteó primeramente una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo y sucesivamente, después de recibir una decisión en sentido favorable a la compatibilidad de la norma enjuiciada con el Derecho de la Unión, una cuestión de inconstitucionalidad sobre la misma norma.

La Sentencia más específica sobre el particular es todavía reciente, STC 35/2016, de 3 de marzo, dictada en una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el segundo párrafo del apartado 1 del art. 5 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva⁵⁰⁵.

El litigio procesal del que nace la cuestión de inconstitucional que resuelve esa Sentencia de 2016 se refería a un recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1652/2004, de 9 de julio, sobre la inversión obligatoria para la financiación anticipada de largometrajes y cortometrajes cinematográficos y películas para televisión, europeos y españoles.

Una vez tramitado y concluido el procedimiento, el órgano judicial acordó suspender el procedimiento principal y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 234 del Tratado CE (ahora art. 267 TFUE), plantear al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre diversos aspectos en los que no merece poner atención de detalle. El caso es que las citadas cuestiones fueron resueltas (en el sentido de la compatibilidad de

⁵⁰⁵ Aunque el dato no tenga especial relieve ahora, en concreto, la cuestión tenía por objeto la posible contradicción del art. 5.1 de la Ley 25/1994, en la redacción dada por la disposición adicional segunda de la Ley 15/2001, con los arts. 14 y 31.3, en relación con el art. 38, todos ellos de la Constitución española.

las normas internas con las comunitarias) por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 5 de marzo de 2009 (asunto C-222/07). Con posterioridad a dicha resolución del Tribunal de Luxemburgo, el órgano de la jurisdicción ordinaria, tras un trámite de alegaciones a las partes personadas, dictó Auto planteando ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo art. 5.1, párrafo segundo, de la Ley 25/1994 (que ya había sido objeto de la decisión citada de Luxemburgo).

Se trata, en consecuencia, de una sucesión de procedimientos incidentales, el prejudicial europeo y, a posteriori, la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. La Sentencia de referencia, más allá de las razones de fondo en las que sustenta la validez de la norma en los primeros fundamentos jurídicos, sobre lo que nos detiene aquí, en el FJ 6, afirma literalmente que, aunque con lo dicho en los fundamentos jurídicos anteriores ya bastaría para declarar la desestimación de la CI:

“Resulta pertinente efectuar alguna precisión adicional teniendo en cuenta que la presente cuestión de inconstitucionalidad se ha visto precedida por una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea planteada por el mismo órgano jurisdiccional (la Sala Tercera del Tribunal Supremo) en el curso del mismo procedimiento (recurso contencioso-administrativo núm. 104-2004) y en relación con la misma medida ahora cuestionada (la obligación de los operadores de televisión de invertir cierta parte de sus ingresos en determinadas obras audiovisuales). Una cuestión prejudicial que fue desestimada por el Tribunal de Justicia por considerar que la mencionada obligación es compatible con el Derecho de la Unión, y más en concreto con las libertades fundamentales consagradas en el Tratado fundacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2009, asunto C-222/07, UTECA).

Obviamente, la desestimación de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no impide el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal Constitucional en relación con el mismo precepto legal, pues una y otra jurisdicción tienen ámbitos diferentes (por todas, STC 28/1991, de 14 de febrero, FFJJ 4 a 6), ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal en esa cuestión de inconstitucionalidad.

Sin embargo, añade el TC:

“[...] tratándose de limitaciones a la libertad de empresa, la pertenencia de España a un espacio de libre circulación de personas, servicios y capitales, como es la

Unión Europea, y la conformidad de la medida cuestionada con esas libertades y principios apreciada por el Tribunal de Luxemburgo, hace que esta jurisdicción constitucional deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas por este último en ese proceso anterior sobre la misma medida ahora sometida a nuestro control, al haber sido esa medida contrastada en ese proceso anterior con normas que en última instancia persiguen preservar el mismo interés jurídicamente protegido en el art. 38 CE”.

Tras ello recoge las manifestaciones efectuadas por el Tribunal de Justicia en la materia, destacando que la medida nacional discutida no supone según aquél restricción alguna “*de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado*” o que los condicionantes que la norma española implica para la libre prestación de servicios, la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales y la libre circulación de trabajadores eran compatibles “*con el Derecho de la Unión*”. Dicho lo cual, justo a renglón seguido y sin añadidos, concluye que, por lo tanto, procede “*la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad*”.

Se desprenden de lo dicho una serie de evidencias.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional no encuentra ninguna objeción al planteamiento de una cuestión prejudicial con carácter previo a la incidental interna, sino todo lo contrario, lo que implícitamente tendría un claro e indiscutible fundamento, a saber: la competencia del TJUE en la materia, al tratarse de la compatibilidad de la norma nacional con la norma europea.

En segundo lugar, tampoco considera el Tribunal objetable el planteamiento sucesivo de la cuestión de inconstitucionalidad, que tendría su razón de ser en el diverso “*ámbito de las mismas*”.

Finalmente, declara el Tribunal no estar sometido en el juicio de constitucionalidad que le compete a lo establecido por el TJUE, si bien, pese a ello, realiza luego el juicio de constitucionalidad -plenamente y sin matices o prevenciones- de acuerdo con lo dicho por el TJUE, sin ningún añadido, justamente tras reconocer la trascendencia de lo resuelto por éste por razón de la materia y admitiendo la implicación directa en ella de la normativa europea que activa la competencia interpretativa del TJUE.

Entonces, nos preguntamos si de verdad queda un ámbito nacional, distinto del de la UE, así como afirma el Constitucional. En efecto, no dejan de llamar la atención, siendo así, algunas de las declaraciones de la Sentencia. Decir que uno no está obligado

por lo resuelto por el TJUE (a cuya doctrina sin embargo se somete luego sin matiz) o decir que se “tendrán presentes” sus determinaciones jurisprudenciales sobre la materia (como quien dijera que las atenderá pero no está forzado a hacerlo), más parece una declaración retórica, dirigida a afirmar una competencia propia que, en verdad, está atravesada por la auténtica competencia de quien tiene el monopolio interpretativo del Derecho de la Unión. Por ello, lo real y efectivo, lo que desvelaría una auténtica aceptación del estado de cosas en la tutela multinivel, sería afirmar lo siguiente (algo bien distinto a lo que hace la Sentencia a modo de vacía reivindicación): que desborda todo margen de autonomía jurisdiccional del Tribunal Constitucional cualquier dimensión de constitucionalidad del debate normativo que quede absorbida, o centrada de modo estructural, en la interpretación de Derecho de la Unión.

Así lo estimamos, con solo dos excepciones: la primera, que exista un fundamento o alegación autónomos en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, es decir, un plano ajeno e independiente, paralelo o distinto, al contenido deducido en la previa cuestión prejudicial europea; en suma, un prisma de enjuiciamiento de constitucionalidad que diferencie el objeto de la cuestión incidental nacional del sustanciado en la cuestión incidental europea (circunstancia la descrita que no dota, como se ve, de prioridad adicional alguna al Tribunal Constitucional en el debate multinivel, puesto que la competencia en esa hipótesis nacerá, en exclusiva, de la vertiente “no europea” de lo planteado, ajena por ello a las atribuciones del TJUE).

La segunda excepción, que en nuestra opinión posee incluso mayor alcance e implica una controversia jurídica superior, es que se acoja una determinada construcción en materia de contra-límites; esto es, que se postule una lectura del principio de supremacía⁵⁰⁶ de determinados contenidos propios del Derecho nacional (los “principios supremos”) que permita defender, frente a la capacidad exclusiva del TJUE, que sus interpretaciones de la normativa europea, cuando tengan efectos inmediatos o mediatos, directos o indirectos, sobre prescripciones de la Constitución (seguramente, sobre algunos contenidos concretos o principios esenciales de ésta), no lo podrán todo, no agotarán la potencialidad de un pronunciamiento de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

Con ese encuadramiento podría llegar el tiempo, pensamos, de dejar en el pasado las “guerras” de competencia, de asumir la realidad de las cosas. Y es que la

⁵⁰⁶ Para la relación entre primacía y supremacía, puede verse el DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

disputa queda reducida, seguramente, a la definición de los contra-límites y a la fijación del auténtico alcance del principio de supremacía porque, en resumidas cuentas, más allá del intenso y decisivo debate que en esos planos se concentra y que precisa de respuestas, no hay nada más que principio de primacía del Derecho Europeo, cuando éste concurra. No hay, a salvo de aquello, insistimos, un doble plano constitucional interno/europeo, sino un único trazado o mapa en el que, cuando, en un asunto, la dimensión constitucional coincida o quede atravesada y del todo condicionada por un neto perfil europeo en razón de la materia, la problemática de constitucionalidad será solo y únicamente la problemática de la interpretación del Derecho de la Unión, coincidiendo lo uno con lo otro y despejándose precisamente la cuestión con la respuesta interpretativa del TJUE. Todo lo demás es un combate retórico, hueco, de resistencias y egocentrismo jurisdiccional.

Por ello, más todavía en casos como el descrito en la Sentencia de referencia, STC 35/2016, en el que la cuestión prejudicial y la de inconstitucionalidad se referían a una misma medida normativa, suscitándose incluso en el mismo proceso, chocan las solemnes declaraciones del Tribunal Constitucional de no estar condicionado por la decisión de la cuestión prejudicial (“*ni condiciona el pronunciamiento de este Tribunal*”) o de que se “*tendrá en cuenta*” la doctrina europea, aunque se diga que mucho (“*deba tener muy presentes las conclusiones alcanzadas...*”). Más aún si es para acabar haciendo lo que hace el Tribunal Constitucional: someterse en suma, como no podría ser de otro modo, a la interpretación dada por el TJUE en una materia que es de su competencia.

Ese es, en todo caso, el discurso del Tribunal Constitucional. Dejando a salvo, en cuanto a España afecta, lo que afirmamos en este trabajo sobre los contra-límites, aquel es el discurso del Tribunal, que no sufre alteración en el resto de pronunciamientos que se han ocupado de esta materia.

ii. Sigue. el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de la cuestión prejudicial y los supuestos de planteamiento simultáneo (la doble prejudicialidad en sentido estricto)

Los AATC 202 a 205/2016, todos ellos de 13 de diciembre y referidos a supuestos de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad sin previa formalización de cuestión prejudicial, y los AATC 168/2016, de 4 de octubre, y 183/2016 y 185/2016,

ambos de 15 de noviembre, en supuestos de planteamiento simultaneo de una y otra, lo único que añaden a lo ya dicho es una consecuencia sobre el incumplimiento del requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea “aplicable al caso” (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). Para decir, en concreto, que no se cumple ese requisito si el órgano judicial apunta en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma impugnada puede entrar eventualmente en contradicción con el Derecho de la Unión Europea, sin haber elevado cuestión prejudicial, o si la ha planteado de forma simultánea a la cuestión de inconstitucional y está pendiente de resolución por el TJUE.

Así, los AATC 202 a 205/2016, que se detienen en la primera de la hipótesis, declaran que no se cumplía aquel requisito (la aplicabilidad) porque el Auto de planteamiento, al acotar su duda de constitucionalidad, ponía de manifiesto la eventualidad de una contradicción entre la norma cuestionada y el Derecho de la Unión Europea, circunstancia a despejar que prefería dilatar en el tiempo: *“se pronunciará esta Sala en el momento oportuno, si resulta menester, una vez cuente con la respuesta del Tribunal Constitucional”*. A la vista de ello, declara el Tribunal Constitucional que, *“al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal ‘aplicable al caso’, ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable”*.

En suma, no cabe suscitar una duda de inconstitucionalidad sobre un norma si se estima que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, ya que, en ese escenario, debe plantearse primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, y solo cuando haya sido descartada tal incompatibilidad por éste dirigirse, en su caso, ante el Tribunal Constitucional con la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte, en el supuesto del planteamiento simultáneo, el ATC 168/2016, como los AATC 183 y 185/2016, afirman la misma prioridad de la prejudicial europea y con un argumento plenamente coincidente con los ya expuestos, con independencia de las diferentes actuaciones de los órganos promotores. Y es que en nada difiere la idea fuerza, véase: *“estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con*

el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el TJUE resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea aplicable al caso (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC)”.

En esto queda la posición del Tribunal Constitucional hasta la fecha, aunque la problemática encuentre su plenitud solo una vez integrada con lo señalado en el apartado correspondiente sobre los contra-límites y el principio de supremacía de la Constitución.

iii. Sigue: Una particularidad que deriva del sistema de justicia constitucional español: el recurso de amparo contra la negativa del órgano jurisdiccional de plantear la cuestión prejudicial ante el Juez de Luxemburgo

I.- Cuestiones específicas que afectan a la tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia.

Hemos anteriormente tenido la ocasión de reconocer la existencias de algunas diferencias muy importantes entre el sistema de justicia constitucional elegido por el Constituyente español respecto del italiano. Diferencias que conciernen en especial medida la elección de las diferentes modalidades de acceso al Juez constitucional y que influyen sin dudas el examen del objeto principal de este trabajo de investigación.

También en lo que atañe al “entrelazamiento” de la protección de los derechos en la doble dimensión nacional e internacional, las particularidades del ordenamiento español (y veremos, especialmente, la presencia del recurso de amparo constitucional) han producido circunstancias y efectos de los que merece dejar constancia.

El Tribunal Constitucional español ha abordado desde diversos planos las cuestiones relativas a la tutela multinivel de derechos fundamentales, a la que nos hemos referido al principio de este capítulo. De forma más directa o a modo más indirecto, lo cierto es que las determinaciones de su doctrina enlazan con el objeto de estudio de este trabajo, ya sea porque muestran las interrelaciones entre órdenes y Tribunales en la tutela de esos derechos, ya porque revelan los criterios que inspiran la limitación o delimitación de los mismos, ya, en fin, porque exponen los márgenes de su competencia jurisdiccional, el objeto de la misma y la influencia exógena o externa en la identificación de la cobertura que la Constitución ofrece a dichos derechos o, incluso, los condicionantes externos que pueden modular los ritmos en los que la tutela sea otorgada. Veremos a continuación todos esos diversos aspectos.

Como ha quedado manifiesto con la lectura de las páginas anteriores, queremos situarnos en este punto en la tutela multinivel que encuadra el marco de influencia internacional y europeo. Quedarán fuera escenarios de otro tipo, por más que, desde un enfoque conceptual expandido o flexible, pudieran tener asimismo conexión con la problemática que tratamos en este momento. Como las que van a ser objeto de exploración, en efecto, otras hipótesis de enjuiciamiento y pronunciamiento

constitucional cuentan también con un fundamento o condicionante externo, exógeno, así como con una eventual influencia, implicación, proyección derivada o *vis atractiva* en un nivel diferente, que resultará afectado de manera directa o mediata.

Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con la problemática que tratamos al abordar los efectos de las declaraciones de inconstitucionalidad sobrevenidas sobre procesos judiciales en curso y sobre recursos de amparo pendientes de resolución. En aquel bloque, con el estudio de la STC 159/1997, de 2 de octubre, vimos que no sólo se razona en la doctrina constitucional sobre la influencia de una declaración del Tribunal de ese estilo en los recursos de amparo sin concluir, sino también sobre cómo puede afectar esa circunstancia en la reapertura de procesos en la vía judicial, de acuerdo con lo prescrito en el art. 40.1 LOTC, precepto del que se sigue que puede darse una reactivación del litigio cuando se trate de procesos penales o contencioso-administrativos relativos a un procedimiento sancionador, aunque hayan fenecido por sentencia con fuerza de cosa juzgada.

No dejamos de estar en ello, sin embargo, como esa cita temática acredita, en el campo de los efectos de los pronunciamientos constitucionales, que no es ahora el que nos ocupa.

Tampoco cabe hablar en sentido estricto de tutela multinivel en otros muchos planos o hipótesis. Bastaría citar en ello, por poner un ejemplo más, lo dispuesto en el art. 10.2 CE, según el cual *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a atender, por ejemplo, al Convenio europeo de derechos humanos, CEDH, y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o, entre otros muchos, también al Pacto internacional de derechos civiles y políticos. Como viene de anunciarse, no estamos ahí tampoco en el núcleo de nuestro debate, pues ese art. 10.2 CE no es sino un corpus de interpretación, que no afectará a la tutela en uno u otro nivel de protección sino, más bien, a la delimitación del canon de constitucionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE).

Por consiguiente, para conducirnos hacia lo que es la concreción del objeto a examinar, pondremos la atención únicamente en un escenario particularmente relevante: el de la doctrina constitucional sobre la cobertura que ofrece el art. 24 CE en supuestos de negativa al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

1. El dialogo entre TC y Tribunal de Luxemburgo

Las cuestiones prejudiciales y los derechos fundamentales

El examen de los más importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esta materia, señaladamente (en orden cronológico) las SSTC 58/2004, de 19 de abril; 145/2012, de 2 de julio; 27/2013, de 11 de febrero; 212/2014, de 18 de diciembre; 99/2015, de 25 de mayo, y 232/2015, de 5 de noviembre, informará de manera suficiente sobre el estado de la situación doctrinal en este punto, permitiéndonos además poner de manifiesto algunas preocupaciones que nos suscita dicha jurisprudencia.

Antes de entrar en ello, quizá convenga recordar otros datos próximos y conexos (aunque diversos) a este que ha sido enunciado como objeto de tratamiento en las siguientes páginas. Por ejemplo, que el Tribunal Constitucional ha declarado de manera reiterada y constante que no le corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, pues dicho control es atribuido a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores de dicho ordenamiento y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por ejemplo, STC 64/1991, de 22 de marzo).

Del mismo modo, que la eventual infracción del Derecho europeo por leyes internas, estatales o autonómicas, no derivará por sí, automáticamente, en un problema de constitucionalidad; se trata, antes bien, al menos en principio, de un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse, como sucedería en aquella otra y primera problemática, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (por ejemplo, STC 28/1991, de 14 de febrero).

Ha establecido también el Tribunal otro tipo de criterios; parámetros de control donde la tutela de los derechos fundamentales sí está comprometida, acercándose en consecuencia a la materia que hemos seleccionado para la investigación. Así, en concreto, el segundo pronunciamientos citados tres párrafos atrás representa uno de los puntos álgidos y más penetrantes de dicha tutela constitucional sobre la prejudicialidad europea. La STC 145/2012, en efecto, establece que el Tribunal Constitucional debe velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE. De modo que, por tanto, la desconsideración patente por parte de un juez ordinario del Derecho de la Unión en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia supondrá una decisión contraria a

derechos fundamentales, en este caso, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, al representar una “*selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso*”. Estamos, como puede advertirse, ante la concreción de la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias del TJUE se lleven a efecto, si bien, y es aquí lo relevante, con un efecto en el control de constitucionalidad y en el otorgamiento de una tutela subjetiva al afectado.

Todos esos aspectos, sin embargo, no afectan de forma demasiado directa a las cuestiones prejudiciales, que son las que ahora van a detenernos por tener mayor conexión con nuestro estudio en este capítulo relativo a la tutela multinivel. Es en los pronunciamientos constitucionales sobre la negativa o resistencia de un órgano judicial a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE donde podemos conocer con más claridad cómo opera ese multinivel en la tutela de los derechos fundamentales, siquiera sea en esta ocasión como resultado de una omisión –lo que no deja de ser un dato destacable-, ya que será el no planteamiento de la cuestión, privando al TJUE de su competencia, la que puede llegar a acarrear la lesión del derecho fundamental consagrado en la Constitución española. Puede parecer prometedor lo que se dice; sin embargo, después de una primera decisión del TC en la que éste se abre a la posibilidad de declarar vulnerado el art. 24 CE en los supuestos en los que no se haya planteado una cuestión prejudicial, la jurisprudencia siguiente (que será la que se irá consolidando hasta el día de hoy) terminará por cerrar casi completamente esta posibilidad.

El primero de ellos (STC 58/2004⁵⁰⁷), un caso relativo a la tasa fiscal del juego (ya analizada anteriormente), permitió al Tribunal Constitucional declarar que es contrario al art. 24 CE inaplicar una ley interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entendiendo el órgano jurisdiccional que esa ley es contraria al Derecho de la Unión Europea. En concreto, que esa circunstancia vulnerará el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, al que la

⁵⁰⁷ Entre los Autores que han comentado esta Sentencia pueden verse, por ejemplo: BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, mayo-agosto de 2004, p. 479; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, en *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero-diciembre de 2004, pp. 442 y ss. Sobre otros caso de vulneración del art. 24 CE en relación con el DUE puede verse SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, M., *STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la LIVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/.../2006_STC194_Sanchez.pdf.

vulneración se reconduce por estar en juego el sistema de fuentes, siempre que exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre la supuesta contradicción.

Nos ocupamos de este mismo pronunciamiento más atrás, al referirnos a la eventual lesión de derechos fundamentales por la negativa de un órgano judicial a plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Se recordará que allí describimos el caso: un empresario del sector del juego presentó un escrito dirigido al Jefe de la Sección del Juego de la Delegación Territorial de Barcelona (Generalidad de Cataluña) oponiéndose a la tasa fiscal que le correspondía abonar según lo dispuesto en el art. 38.2.1 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, así como, en segundo lugar, contra el recargo autonómico establecido sobre la misma por una Ley del Parlamento de Cataluña, la 2/1987, de 5 de enero, y los incrementos establecidos en aquélla en sucesivas Leyes presupuestarias de diversos ejercicios. Desestimada esa oposición y efectuada la liquidación correspondiente, presentó el interesado una reclamación económico-administrativa, que fue también rechazada, y seguidamente un recurso contencioso-administrativo, que resultó en cambio estimado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, anulando la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho y declarando el derecho de la recurrente a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

Lo que nos afecta en este apartado es lo que señaló el TC al enjuiciar la respuesta judicial sobre la "legalidad del recargo autonómico", establecido en la Ley 2/1987 antes citada. El órgano judicial que dictó la resolución recurrida en amparo examinaba la regulación jurídica autonómica a la luz de la Sentencia de 26 de junio de 1997 del Tribunal de Justicia de las Comunidades, llegando a la conclusión de que, en virtud de las decisiones prejudiciales contenidas en esa Sentencia europea (y a diferencia de lo que el TJUE señaló en ella respecto de los tributos franceses sobre máquinas automáticas de juego que allí se consideraron), en el caso español enjuiciado sí se darían todos los presupuestos que, según aquella jurisprudencia, determinan la incompatibilidad de la norma nacional con la europea comprometida (a saber: el art. 33 de la Directiva 77/378/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios de la sexta Directiva). Por todo ello, declaraba la Sentencia recurrida en amparo que no era ajustada a Derecho la liquidación practicada.

Para la STC 58/2004, la resolución judicial impugnada en amparo, recién descrita, lesionó el derecho de la Administración demandante a un proceso con todas las

garantías (art. 24.2 CE), por preterición del sistema de fuentes. Lo concluye de ese modo la sentencia constitucional porque, afirma, la decisión de inaplicar el Derecho interno por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario se actualizó por el órgano judicial sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial ante el TJUE. Decisión de inaplicación del Derecho nacional, añade, *“adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia -formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias-*“.

Veamos las aportaciones esenciales de la sentencia constitucional, que definen los márgenes de tutela, delimitación y limitación del contenido esencial de los derechos fundamentales y su eficacia en estos terrenos de la protección multinivel que nos ocupa.

Recuerda el Tribunal:

a) que el art. 234 TCE (que se cita en razón de la fecha de la Sentencia constitucional) regula la cuestión prejudicial y que, conforme a esa disposición, cuando un Juez nacional tenga una duda sobre la interpretación del Derecho comunitario *“ podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo”*, estando sin embargo obligado a hacerlo (y no solo facultado) *“cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuya decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno”*.

b) que esta obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece, también si la decisión judicial no es susceptible de un recurso judicial conforme al Derecho interno, si la cuestión planteada es materialmente idéntica a otra ya resuelta previamente en una decisión prejudicial dictada en caso análogo, o, además, si la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse *“con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión planteada”* (la muy conocida STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit).

c) que, por obvio que parezca el recordatorio (art. 96 CE), el Tratado de la Comunidad Europea -y concretamente, en este caso, la regulación de la cuestión prejudicial europea- forma parte del Ordenamiento interno, de suerte que no es al TC al que le corresponde asegurar la recta aplicación del Derecho europeo, sino, antes bien, al juez ordinario plantearla cuando proceda y al TJUE resolverla.

Bajo esas circunstancias, la regla será que no hay vulneración del art. 24 CE cuando, el Juez o Tribunal competentes en el caso de autos, entiendan que no procede plantear ante el TJUE la consulta que se le solicite porque no albergan duda alguna sobre la interpretación que *“haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio”*.

d) Que la regla anterior cuenta, sin embargo, con una excepción (o una primera excepción) que sí determinará la declaración de vulneración de aquel art. 24 CE; si se prefiere, con un plano que entra en intersección o concurrencia conflictiva con ese derecho fundamental. En concreto, puede el TC proceder *ex art. 24 CE* a revisar la valoración judicial realizada sobre la contradicción entre el Derecho europeo y el interno, siempre que, y únicamente si, haya podido suponer la lesión de alguno "de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]", esto es, susceptibles de amparo.

La razón de la eventualidad de la lesión, por tanto, no es otra que el efecto derivado que esa decisión de incompatibilidad entre norma interna y europea (que como tal resulta ajena a la competencia del TC) haya podido tener en la efectividad de derechos que corresponde tutelar a la jurisdicción constitucional. Es decir, un juicio que se despliega *“con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución”*

e) Entre los fundamentos de esa conclusión se encuentra, de modo nuclear y decisivo, el imperativo de que el juez que gobierna el litigio respete y no se exceda en el ejercicio debido de la jurisdicción que le es atribuida, puesto que, específicamente, en esas situaciones de colisión potencial entre norma interna y europea, no puede sustituir el pronunciamiento que corresponde al TJUE (salvo en los casos y las excepciones ya señalados anteriormente). Un principio de respeto a las competencias jurisdiccionales en el control de la validez de las normas que la Sentencia constitucional decide vincular con el proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE)

f) Con esas bases, la STC 58/2004 estima el amparo. Lo hace porque los diferentes órganos judiciales españoles, incluido el Tribunal Supremo, habían declarado la compatibilidad entre la tasa fiscal del juego y el art. 33 de la sexta Directiva, en aplicación de la doctrina de la STJCE de 26 de junio de 1997, y porque, al ir en contra de todos esos pronunciamientos judiciales, no podía permitirse el Tribunal interviniente, de forma aislada y ajena al resto de la doctrina judicial recaída en la materia, apreciar la

contradicción entre el Derecho interno y el comunitario sin plantear la cuestión prejudicial. Tanto que, dice el TC, el solo hecho de su discrepancia con un línea sostenida y generalizada en la jurisprudencia, introducía *“una duda en la aplicación del Derecho comunitario donde hasta ese momento no existía”*, por más que aquél órgano judicial del caso dijera no tener incertidumbre interpretativa alguna sobre la corrección de su tesis hermenéutica. Esa negativa al planteamiento, en condiciones como las descritas, es la que se declara lesiva del art. 24 CE.

Una construcción, como se ve, que gravita alrededor de un criterio objetivo, excluyendo una libre lectura del juez que soslaye los factores jurisprudenciales concurrentes. Dice sobre tal elemento el Tribunal: *“la existencia o inexistencia de una duda - a los efectos ahora considerados- no puede entenderse en términos de convicción subjetiva del juzgador sobre una determinada interpretación del Derecho comunitario (una apreciación subjetiva) sino como inexistencia objetiva, clara y terminante, de duda alguna en su aplicación. No se trata, pues, de que no haya dudas razonables sino, simplemente, de que no haya duda alguna”*.

No cabe, en fin, en situaciones como la dicha, inaplicar la norma interna; en otras palabras, no es posible sostener, con un criterio de convicción subjetiva, que no hay duda alguna sobre la incompatibilidad referida cuando otros órganos, de modo generalizado, disponen justamente lo contrario. Y si objetivamente la duda existe (empleando ese criterio de medida –la existencia de contradicción con la jurisprudencia existente-), tampoco cabrá oponer que ya se dictó una Sentencia por parte del TJUE en la materia, ya que al haber discrepancia no hay excusa para el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial.

En suma, la discrepancia con una línea interpretativa asumida con generalidad a raíz de una sentencia europea obligaría a plantear cuestión prejudicial, so pena de lesión del art. 24.2 CE en otro caso, por preterición del sistema de fuentes relativo al control de normas, ya que no cabe inaplicar una ley por supuesta contradicción con el Derecho europeo (existiendo dudas sobre su interpretación) privando a quien tiene competencia jurisdiccional del control correspondiente (TJUE).

La Sentencia es importante, sin duda, pero a nuestro juicio no agota el debate sobre esta problemática, como se verá en el examen de las siguientes que se recogen en el texto. Resuelve, eso sí, el marco potencial de cobertura del art. 24.2 CE en supuestos en los que pervive la duda sobre la aplicabilidad de la norma interna (atravesada por el Derecho europeo) y no se formula la cuestión prejudicial. Pero se hace, particularmente,

para determinados supuestos o sobre todo para una tipología de casos: aquellos en los que la duda se manifiesta por la contradicción de la doctrina entre diversos Tribunales, sin resolver en cambio, nos parece, la eventual vulneración del art. 24 CE en otros supuestos en los que no sea esa la fuente del debate, sino la concurrencia de otros factores (por ejemplo, por ser seguramente el que posee más recorrido, las situaciones de discordancia sobre la concurrencia de las excepciones recogidas en la STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, antes citada).

Estamos también aquí, no obstante, ante un nuevo espacio de fortalecimiento de los derechos fundamentales por razón del respecto, a la hora de aplicar la legalidad, de los instrumentos incidentales previstos para el control de la virtualidad de una norma, aquí de los de carácter europeo.

Después de unos años llegará la STC 27/2013, de 11 de febrero, que representa el referente principal de la doctrina consolidada sobre esa problemática del no planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Se ocupaba en ella el Tribunal Constitucional de una presunta lesión del art. 24 CE cometida por el Tribunal Supremo, que a juicio de la parte recurrente en amparo habría infringido al aplicar al supuesto de hecho (una reclamación sobre ayudas a cultivos, que fue denegada) la Orden de 21 de enero de 1999 de la Junta de Extremadura, obviando con carácter previo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por la eventual contradicción de esa norma autonómica con la normativa comunitaria.

El debate gravitaba alrededor de una previsión singular de dicha Orden, que condicionaba las ayudas económicas a la existencia de rotación de cultivos, cuando la normativa europea las sometía en realidad a la verificación de “buenas prácticas agrarias en las tareas normales de cultivo”, sin explicitar a qué equivalían esas buenas prácticas y sin precisar si implicaban la reseñada rotación, como prescribía la norma autonómica. El Tribunal Supremo, en la Sentencia recurrida en amparo, consideró que podía completar el concepto de “buenas prácticas” a debate, no siendo necesario a su juicio el planteamiento prejudicial controvertido al evidenciarse con toda nitidez, decía, *“cómo debe ser interpretada la disposición reglamentaria de la Comunidad Autónoma sin que la misma incida en una interpretación no uniforme o divergente del derecho comunitario a aplicar por los órganos jurisdiccionales nacionales, que es el fin último a evitar con la cuestión prejudicial”*. Interpretación que, por tanto, llevó a cabo,

concluyendo que la alternancia en los cultivos o el descanso de la tierra mediante el barbecho era necesaria para rellenar la noción, resultando en consecuencia acorde de la normativa autonómica con la comunitaria. En suma, el Tribunal Supremo rechazó el planteamiento prejudicial con base en la doctrina del “acto claro”, descrita con suficiencia en la STJUE, de 6 de octubre de 1982, asunto 283/1981 (Cilfit), y según la cual no existe una obligación a proceder al planteamiento de la cuestión (tampoco para la jurisdicción de última instancia) si no existen dudas a solventar, ni siquiera si, concurrente esa ausencia de incertidumbre, la norma europea no ha sido objeto de interpretación reiterada por el TJUE.

Las determinaciones de la Sentencia, que contiene de modo más o menos explícito su texto y procede destacar, son las siguientes.

En primer lugar, no cuestiona el Tribunal Constitucional que corresponda al órgano jurisdiccional nacional apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar Sentencia, como tampoco que le compete enunciar las concretas cuestiones en las que se concrete la duda, para así, tras la respuesta del TJUE, asegurar la aplicación correcta e interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros (así se sigue de sentencias como las de 7 de junio de 2005, *Eneco NV y otros*, apartado 34; 13 de julio de 2000, *Idéal tourisme*, apartado 20; 27 de noviembre de 1997, *Somalfruit y Camar*, apartado 40, o 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, apartado 59).

En opinión del TC, en segundo lugar, tampoco cabe dudar de que al Tribunal de Justicia no le incumbe pronunciarse, en el marco de la aplicación del art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora art. 267 TFUE), sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario, sino solo deducir de las cuestiones formuladas por el Juez nacional los elementos de Derecho comunitario de los que depende la resolución del caso que enjuicia el juez que la eleva (así se desprende también de Sentencias como la de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, apartado 60).

Finalmente, afirma el Alto Tribunal, *ad casum*, no hay lesión alguna en la decisión del Tribunal Supremo cuando entiende que no debe plantear la cuestión por ser la interpretación de las normas en presencia evidente y clara, ya que, conforme a la motivación que contiene su sentencia, no quedaba afectada la aplicación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, al no estar en duda la uniformidad aplicativa a cuya preservación la cuestión prejudicial se destina.

Podría entonces parecer que el criterio empleado para llegar a esas conclusiones en la sentencia constitucional sea, como mínimo, frágil. En efecto, afirma el Tribunal que la interpretación en la sentencia impugnada de la legalidad ordinaria y de la jurisprudencia aplicables en relación con la ejecución interna del Derecho de la Unión Europea *“está razonada y que no resulta manifiestamente irrazonable o arbitraria y, por tanto, se trata de una resolución judicial que no puede calificarse a primera vista como no fundada en Derecho”*. Un canon, como se ve, indirecto y exclusivamente formal, que puede tener la consecuencia de no atender de manera suficiente al relieve y sentido de la tutela multinivel, y que no acomete tampoco una revisión de los efectos de la decisión de no planteamiento de la cuestión desde el prisma del respeto al sistema de fuentes, *ex art. 24 CE*, conformándose con el empleo del canon de control estándar, indirecto o externo -de no manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad-, que es propio del examen en casos de legalidad ordinaria, cuando se invoca el derecho a la motivación o resolución fundada en Derecho que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Decir, como hace el Tribunal en esa Sentencia, que resulta en efecto *“plausible la premisa de la que parte el órgano sentenciador de que los reglamentos comunitarios aplicables al cultivo del cáñamo admiten un complemento normativo a cargo de las autoridades estatales competentes para su ejecución, de forma que pueden ser complementados con criterios específicos acordes con las características del lugar en que el que iban a ser aplicados”* o que *“resulta perfectamente entendible que, dentro de su capacidad para desarrollar el concepto de ‘faenas normales del cultivo’, la autoridad autonómica competente estableciera la exigencia de la rotación para el disfrute de las ayudas comunitarias al cultivo del cáñamo, requisito cuya lógica y adecuación agronómica no cabe cuestionar”*, en definitiva, afirmar que no hay lesión porque no están fijadas de una forma *“arbitraria las premisas”* del razonamiento judicial que llevó a concluir la compatibilidad con el Derecho comunitario y la exigencia de la rotación de cultivos, puede demostrarse una manera un tanto insuficiente o per lo menos incompleta de abordar esta tipología de casos (dado además que se trata de un supuesto que no permite recurso de apelación). No hay propiamente un test de la fundamentación jurídica de la decisión en contraste con el sistema de fuentes, solo una verificación de la concurrencia de una motivación, con la que no se produce ningún tipo de diálogo material o sustantivo.

Tan es así que llega a decir el Tribunal Constitucional que si el Tribunal Supremo manifestó que no tenía duda alguna sobre la interpretación de la normativa europea aplicable al caso, *“es claro que no existía la obligación de remitir ante la jurisdicción europea una cuestión de interpretación del Derecho comunitario que para el órgano sentenciador no existía”*, lo que es cierto según las premisas antes enunciadas pero, al mismo tiempo, expresivo de la ausencia de control constitucional.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional no es una tercera instancia y no le compete interpretar el Derecho comunitario al objeto de inferir la compatibilidad o no de la normativa nacional con la europea (en concreto, en el caso, la exigencia de la rotación de cultivos), pero también es verdad que le cumpliría examinar la resolución recurrida con un control efectivo y sustantivo de la motivación, no meramente formal o externo, si (como parece) considera que en este tipo de decisiones puede contravenirse el art. 24.1 CE por estar en juego el sistema de fuentes y la tutela multinivel (idea que compartimos ya que es obvio que una decisión judicial en ese marco debe estar fundada en Derecho, como el art. 24.1 CE demanda para todo pronunciamiento). Una verificación que, a nuestro criterio, no debería estar dirigida a juzgar la procedencia o improcedencia de la decisión de no planteamiento en términos de estricta corrección jurídica, pero sí a exteriorizar un test de motivación exigente, que permita concluir al menos si la resolución judicial recurrida, a la vista de la regulación y configuración jurídica de la cuestión prejudicial y su finalidad, contiene una motivación compatible con los derechos en presencia y el modelo normativo de tutela.

Frente a esa idea de fortalecimiento del canon de la motivación propio del art. 24.1 CE en estos casos, a la vista de las declaraciones de la Sentencia antes transcritas, parece haberse impuesto un control meramente indirecto (y por esto probablemente más débil), que se siente satisfecho con la mera concurrencia de una motivación. Debería, en nuestra modesta opinión, examinarse la sentencia impugnada, antes bien, en contraste con los criterios que el propio TJUE ha establecido para justificar el planteamiento de la cuestión prejudicial, analizando si cabe entender con razonable fundamento que existe un acto claro a tenor de las determinaciones jurisprudenciales del TJUE en la materia concreta. De otro modo, no hay control alguno y no tiene sentido considerar que se está realizando un visado de la decisión con base en el art. 24.1 CE.

Nos preguntamos, en suma, si no debería el Tribunal en estos casos cambiar el enfoque, pues la dimensión constitucional no radica, como es obvio, solo en definir cuál es el órgano competente para elevar la cuestión, ni en indagar la posibilidad de integrar

unas y otras normas en presencia o precisar cuáles sean las dudas, sino, desde el prisma del amparo y del art. 24.1 CE, indagar si se han satisfecho las garantías del sistema de fuentes, ya que la alteración de éste, de haber sido soslayado en el proceso con la decisión de no planteamiento, afecta a la cobertura del art. 24.1 CE⁵⁰⁸.

La labor del TC, es obvio, debe de ser verificar que los derechos *ex art. 24 CE* no queden comprometidos. Por esta razón consideramos que su intervención debería ir más allá de la comprobación de la mera existencia de motivación, y centrarse en si la resolución judicial es verdaderamente conforme con los elementos estructurales de la configuración normativa de la tutela multinivel.

Sin embargo hay que señalar que la actitud del Constitucional español se encuadra perfectamente en aquella doctrina analizada anteriormente en relación a la necesidad de que el juez ordinario motive su decisión de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, sobre todo en los casos en los que se había evidenciado una supuesta inconformidad entre la norma aplicable y la Constitución a instancia de parte.

La última Sentencia analizada ha asentado en la jurisprudencia constitucional una línea de control de las decisiones de no planteamiento de cuestiones prejudiciales que se ha consolidado, según puede verse en los tres pronunciamientos posteriores a 2013 relativos a estas cuestiones: las SSTC 212/2014, de 18 de diciembre, 99/2015, 25 de mayo, y 232/2015, 5 de noviembre.

El primero de ellos, la STC 212/2014, de 18 de diciembre, con cita y reproducción de aquella de 2013 (y también con voto particular de la minoría), reitera esa jurisprudencia con ocasión de un caso sobre el computo de antigüedad en concursos públicos en el que se invocaba la Directiva 1999/70, se denunciaba la inaplicación de la doctrina recogida en la STJUE de 8 de septiembre de 2011, que se estimaba asimilable al caso de autos, y la vulneración de diversos derechos fundamentales por no haberse procedido, ante la duda existente, al planteamiento de una cuestión prejudicial.

Recuerda el Tribunal, antes de desestimar el amparo, que *“desde la perspectiva del art. 24.1 CE, el canon de control establecido respecto del planteamiento de*

⁵⁰⁸ Dice el voto particular formulado por la propia Ponente de la Sentencia (la Magistrada D^a Adela Asua Batarrita): *“Efectivamente cuando la decisión de no plantear la cuestión prejudicial es incorrecta, el órgano judicial se auto-atribuye la función hermenéutica en relación con el Derecho de la Unión desplazando la que genuinamente corresponde al Tribunal de Justicia; al arrogarse una competencia que no le corresponde, incurre en una arbitrariedad por infracción de las normas que delimitan la competencia del Tribunal de Justicia, pues el legislador competente ha querido sustraer al Juez ordinario de última instancia la posibilidad de interpretar el Derecho de la Unión”*.

cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no difiere del que este Tribunal ha fijado, con carácter general, para las decisiones judiciales que son fruto de la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto”, es decir, como venimos diciendo, el canon estándar de no manifiesta irrazonabilidad o arbitrariedad en la motivación. Y termina el enjuiciamiento, a partir de ello, con la afirmación de que los argumentos expuestos por el órgano judicial respetan ese canon, “pues, al fin y al cabo, la referida argumentación explícita de manera suficiente las consideraciones de índole jurídica que sustentan la decisión finalmente adoptada, de cuyo contenido se desprende que la desestimación de lo pretendido por la demandante no contraviene lo estatuido por la Directiva 1999/70 ni la doctrina enunciada en la reiterada STJUE. Debemos insistir que a este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre el eventual acierto de la decisión finalmente adoptada, ni tampoco alumbrar otras interpretaciones que pudieran resultar más plausibles. Los órganos judiciales son los únicos competentes, ex art. 117.3 CE, para resolver sobre las materias de estricta legalidad ordinaria”.

Por lo tanto, no se analiza, tampoco en este supuesto, si se ha respetado el sistema de fuentes, si se ha soslayado la configuración jurídica de la cuestión prejudicial, si se ha caído en una flagrante negación de una duda interpretativa evidente, si se ha apropiado el órgano judicial de una competencia de interpretación del Derecho europeo que corresponde al TJUE. El Tribunal Constitucional se limita a comprobar si existe algún tipo de motivación y que no resulte abiertamente fuera de sentido por su arbitrariedad patente⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Para completar el análisis pueden verse las STC 99/2015, de 25 de mayo, en la que se aplica la misma doctrina analizada en el texto y la STC 232/2015, de 5 de noviembre, que estima el amparo con base en que, *ad casum*, no había duda alguna sobre la interpretación del Derecho europeo (por tratarse de un acto ya “aclarado” por el propio TJUE al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial “materialmente idéntica” planteada en un “asunto análogo” y que el órgano judicial desatendió).

V. La doble prejudicialidad” constitucional y convencional.

Si el problema de la “doble prejudicialidad” entre la prejudicial constitucional y la europea ha sido estudiado en teoría y ha manifestado en la practica toda una variedad de hipótesis y sus diferentes soluciones, como consecuencia de la aprobación del protocolo 16 del CEDH podría presentarse una segunda tipología de “doble prejudicialidad”, esta vez entre la constitucional y la convencional⁵¹⁰.

Con la intención de llevar a cabo algunas reflexiones en torno a una hipótesis todavía lejos de realizarse y que podría no tener nunca una aplicación práctica, parece necesario en primer lugar destacar que en este caso el problema de la doble prejudicialidad podría nacer solo en el ámbito de aquellas que se definan “altas jurisdicciones” en el acto de ratificación del Protocolo, configurando esto ya una cierta reducción del problema.

Asi que solo para los sujetos a los que acabamos de aludir – y solo para ellos – podría presentarse el interrogante de tener que decidir el orden de planteamiento entre la cuestión de inconstitucionalidad y la opinión del TEDH.

Se evidencia, entonces, la importancia determinante que asume el rol que el ordenamiento jurídico nacional reconozca al Convenio Europeo en el sistema de las fuentes del derecho.

Asi en Italia, después de las muchas veces mencionadas “sentencias gemelas” de 2007 y de la sucesiva jurisprudencia constitucional, la Corte constitucional ha sentado algunos puntos clave que merece la pena sintetizar:

a) El CEDH no ha llevado a la constitucion de un ordenamiento supranacional, parangonable al de la UE, y po tanto encuentra una colocación sub-constitucional en el sistema de fuentes;

b) El Convenio no es por lo tanto un parámetro directo para valorar la legitimidad constitucional de las leyes, pero puede considerarse una “norma interpuesta”, cuya violación determina de forma indirecta la vulneración del art. 117.1 de la Constitucion italiana⁵¹¹, que impone a la ley nacional la observancia de las obligaciones internacionales;

⁵¹⁰ España todavía no ha ratificado el Protocolo 16, por esta razón la elección de no desarrollar el debate sobre la triple prejudicialidad también en este País.

⁵¹¹ Art. 117.1 Const. italiana: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto*”

c) La utilización del CEDH como norma interpuesta está subordinado, por tratarse de fuente sub-constitucional, a una verificación previa por parte del juez de su conformidad a la Constitución, cuyo éxito negativo impone al juez de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Consulta de la ley de ratificación del Convenio.

d) La cuestión de inconstitucionalidad fundada en la presunta violación del CEDH tiene además que seguir a la previa tentativa, por parte del juez, de interpretar la ley nacional en conformidad con la disposición del Convenio en cuestión.

e) El juez ordinario tiene que dar a las disposiciones del Convenio el significado que le haya atribuido la Corte Europea de Estrasburgo en su jurisprudencia.

f) El juez tiene que seguir determinados criterios, como el de la tutela más intensa, del respeto del aspecto sustancial utilizando el margen de apreciación estatal, de la necesidad de una valoración sistemática y no fraccionada, del carácter consolidado de la jurisprudencia del TEDH, etc.

Vistos estos principios (y en particular los últimos tres), parecería lógico que el juez pidiese, en el caso de necesitarlo, antes la opinión del Tribunal de Estrasburgo y luego planteara la CI, para así poder aclarar, en su caso, la interpretación correcta de las disposiciones del Convenio, que a veces puede no resultar clara de las decisiones del TEDH, que se fundan casi siempre en las peculiaridades del caso concreto.

Una vez recibida la opinión, el juez podrá plantear la duda de constitucionalidad o cambiar de opinión, por ejemplo por haber encontrado la forma de llegar a una interpretación de la ley conforme al Convenio gracias a la lectura proporcionada por el TEDH.

La posibilidad de pedir la opinión solo después de haber planteado la cuestión de inconstitucionalidad parecería poderse realizar solo en el caso en que esta última se haya resuelto con una decisión de falta de fundamento, pues una sentencia de inconstitucionalidad convertiría evidentemente la petición de opinión en irrelevante, o por lo menos meramente abstracta.

En el primer caso la demanda de opinión podría suponer casi una forma de enmascarar una impugnación de la sentencia de la Corte constitucional, con la finalidad de llevar una segunda vez la cuestión ante ella con nuevas motivaciones o diferentes parámetros.

della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

Finalmente, nos parece oportuno afirmar que una clarísima influencia en el tipo de “doble prejudicialidad” ahora en examen deriva de si el Juez constitucional se haya o no incluido entre las “altas jurisdicciones” legitimadas para pedir la opinión al Tribunal de Estrasburgo.

En aquellos Países que hayan decidido o que decidan legitimar al Juez constitucional, los órganos de la jurisdicción ordinaria podrían decidir de plantear antes la cuestión de constitucionalidad, exhortando al Juez constitucional para que sea él quien pida la opinión al TEDH, considerando que sea el órgano más autorizado para dialogar con el Tribunal de Estrasburgo.

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

Con respecto a las dos hipótesis de “doble prejudicialidad” ahora examinadas (constitucional y europea; constitucional y convencional), el escenario podría verse ulteriormente complicado como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, y especialmente en relación con la parte en la que el Tratado atribuye a la Carta de los Derechos de la UE el mismo rango de los tratados y, aún más, con aquella que prevé la adhesión de la Unión Europea al Convenio.

En Italia una importante decisión de la Corte constitucional ha intentado proporcionar indicaciones precisas sobre ambos temas⁵¹².

Con respecto al primero de estos, la Corte ha negado que la Carta constiuya un instrumento de protección de los derechos fundamentales más allá de las competencias de la UE; por tanto, presupuesto de la aplicabilidad de esta misma será que el supuesto concreto que haya llegado a un juez ordinario sea sujeto a una regulación por parte del Derecho de la UE – porque inherente a un acto de la Unión, a un acto nacional que de actuación al derecho de la UE, o a un acto nacional justificado por la necesidad de no ser incompatible con una normativa eurolunitaria – y no solo al derecho interno sin ningún nexo con el DUE.

Respecto de la segunda problemática, la Corte constitucional ha sostenido que la prevista adhesión de la Unión Europea al Convenio refuerza la protección de los derechos humanos, autorizando la Unión como tal a someterse a un sistema

⁵¹² Corte cost. 11 marzo 2011, n. 80, Giur. cost., 2011, p. 1224.

internacional de control en orden al respeto de dichos derechos. Al mismo tiempo, sin embargo, ha precisado que, en el momento actual, la previsión del art. 6.2 del TFUE queda todavía sin producir efecto alguno, y que la identificación de estos efectos dependerá de las modalidades específicas con las que se irá realizando la adhesión misma.

Siempre en referencia a la posibilidad de la mencionada adhesión, es de especial relieve (sobre todo en relación a los temas tratados en este trabajo) el Dictamen del Tribunal de Justicia n. 2/13, de 18 de diciembre de 2014, del que entonces analizamos a continuación los aspectos más destacables.

La Corte de Luxemburgo expresa una opinión fuertemente negativa en relación con el proyecto de acuerdo de adhesión al Convenio, afirmando que la Union Europea no puede considerarse de la misma forma que un Estado que adhiera al ordenamiento supranacional en cuestión, siendo lo dicho en contraste con la naturaleza misma de la Union.

En particular, el TJUE rechaza la posibilidad de poder ser sujeta a un control “externo”, específicamente en lo que concierne a la interpretación de la Carta de los Derechos y del derecho de la UE, competencias exclusivas de él mismo.

El Dictamen se ocupa seguidamente de las consecuencias que derivarían, en el caso de que la UE adhiriese al CEDH, de los contenidos del Protocolo n. 16 y de la petición de opiniones ahí previstas. El Tribunal afirma que dicho mecanismo podría perjudicar la autonomía y la eficacia del procedimiento de la cuestión prejudicial prevista en el TFUE, sobre todo cuando los derechos reconocidos por la Carta DUE corresponden a aquellos contenidos en el Convenio; no se excluye, en efecto, que a demanda de una opinión consultiva *ex* Protocolo 16 por parte de un juez nacional pueda crear el riesgo de una elusión de la prejudicial europea.

Esta firme exclusión de la posibilidad de un control externo ha sido criticada por muchos Autores que han visto en esta actitud la negación por parte del TJUE del elemento fundamental del sistema del CEDH, “*erigiendo la autonomía del ordenamiento eurounitario como baluarte inexpugnable*” y volviendo a proponer “*la excepción de la ‘jurisdicción doméstica’ que el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa y fuera ha ya superado y negado*”, con la conclusión que el

dictamen del Tribunal de Justicia ha llevado a que “*el camino de la integración de la Unión en la Grande Europa del Consejo de Europa se haya interrumpido*”⁵¹³.

En la misma línea, se ha afirmado que el dictamen de 2014 vuelve a proponer cuanto ya expresado en otro dictamen de 1996, a pesar de toda la evolución que se ha verificado desde entonces, y que, paradójicamente, parecería que sea el Convenio quien termina por adherir a la UE y no lo contrario; a conclusión no puede que ser que la Unión Europea podrá adherir solo cuando acepte un control externo por parte de la Corte de Estrasburgo⁵¹⁴.

Para concluir, unas últimas consideraciones. Después del Tratado de Lisboa y de la aprobación del Protocolo n. 16 del Convenio, existe la concreta posibilidad de que se cree una “*encrucijada particularmente concurrido*”⁵¹⁵, sobre todo en el supuesto en el que una violación del CEDH, que determine un contraste indirecto con la Constitución, pueda derivarse de un acto normativo de la Unión Europea.

En este caso, en efecto, el juez de última instancia (es decir la “*alta jurisdicción*”) podría encontrarse en la inhecha situación que podríamos definir de “*triple prejudicialidad*”, es decir en la posibilidad (o en la necesidad) al mismo tiempo de plantear una cuestión de legitimidad constitucional en vía incidental, una prejudicial al Tribunal de Luxemburgo y una petición de opinión a la Corte de Estrasburgo.

En el momento actual no parece sencillo “*dirigir el tráfico*” que podría llegar a este cruce, pues la competencia del TEDH para interpretar el contenido del Convenio y aquella del Tribunal de Luxemburgo sobre la validez e interpretación del derecho aunitario hacen complicado establecer un preciso orden de preferencia.

La eventual, y poco probable actualmente, adhesión de la Unión al CEDH legitimaría sin dudas al Tribunal de Justicia para pedir opiniones consultivas a Estrasburgo no parece cambiar significativamente la situación⁵¹⁶, ya que el Protocolo 16 no contiene ningún criterio guía a este respecto.

⁵¹³ “*Erigendo l’autonomia dell’ordinamento europolitano a baluardo inespugnabile ed ha ricreato l’eccezione della ‘giurisdizione domestica’ che lo sviluppo dei diritti fondamentali in Europa e fuori ha ormai superato ed escluso*”, y también “*il percorso di integrazione dell’Unione nella Grande Europa del consiglio d’Europa sia interrotto*”, ZAGREBELSKY, V., *L’Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà* cit., pp. 125 y ss.

⁵¹⁴ De esta opinión CALVANO, R., *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull’adesione alla Cedu*, en Dir. pubbl. eur., Rassegna online, julio de 2015, pp. 3 y ss.

⁵¹⁵ La expresión es de CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi ed altre forme di cooperazione* cit., p. 84.

⁵¹⁶ MARCHETTI, B., *Il prot. 16 Cedu* cit., pp. 68 y ss.

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

En los párrafos anteriores hemos examinado las analogías y las diferencias, sobre todo en relación con la tutela de los derechos fundamentales, entre la prejudicial constitucional, objeto de este trabajo de investigación, y, de un lado, la prejudicial eurounitaria ante el Tribunal de Justicia, y de otro, aquella prevista en el Protocolo 16 del Convenio Europeo. Posteriormente hemos analizado el fenómeno de la denominada “doble prejudicialidad”, tanto en la relación entre prejudicial constitucional y eurounitaria, como entre la primera y la prejudicial “convencional”, además de la posibilidad que pueda presentarse de una “triple prejudicialidad”.

En este párrafo queremos analizar otras temáticas, siempre relacionadas con los argumentos principales de este trabajo de investigación.

Como mencionado al principio de este capítulo, puede ocurrir que un juez ordinario de un Estado miembro de la Unión Europea detecte, a la hora de tener que aplicar o controlar la validez de una normativa cuyo contenido descende directamente de una obligación europea⁵¹⁷, una incompatibilidad de esta misma con una disposición o un principio constitucional, muchas veces inherentes a derechos.

En estos casos ha sido frecuente que el juez en cuestión haya pedido la intervención de la Corte constitucional de su País (a través del juicio en vía incidental u otra tipología de acceso específica para la tutela de los derechos fundamentales, cuando prevista). La finalidad del órgano jurisdiccional es intentar así sustraerse a la eficacia directa y sobre todo a la primacía del Derecho de la Unión Europea gracias a la intervención de los Altos Tribunales que en su caso declaren la prevalencia (o supremacía) del Derecho constitucional interno.

⁵¹⁷ Utilizamos a propósito una expresión tan genérica porque la normativa que proviene del ordenamiento europeo aplicable al caso en cuestión puede tener diferente naturaleza y grado de efectividad. A saber: aplicación directa de un Tratado o de un reglamento, aplicación de una ley nacional que únicamente reproduce el contenido de una directiva eurounitaria, etc.

A este tema se enlaza estrechamente otro, como veremos, relativo a la utilización por parte del Juez constitucional del instrumento del reenvío prejudicial a la Corte de Luxemburgo, con la finalidad de recibir de esta las aclaraciones interpretativas que considere oportuna en orden a actos normativos de la Unión o a decisiones del TJUE mismo, que involucren derechos fundamentales o principios supremos de los ordenamientos nacionales.

En ambas clases de supuestos, los órganos nacionales en cuestión se encuentra, entonces, ante el recurrente problema del significado y alcance del principio de primacía del derecho de la Unión Europea, en contraste con el carácter “supremo” de las Normas Fundamentales nacionales, más alta expresión de la voluntad democrática de los ciudadanos de los Estados miembros.

No es esta claramente la sede para un análisis detallado del concepto de primacía, tema complejo al que numerosos Autores han dedicado sus contribuciones. Sin embargo, para los fines de este trabajo de investigación, es útil recordar sumariamente la doctrina de referencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la primacía del DUE cuando el contraste se presente con una normativa nacional de rango constitucional⁵¹⁸.

El Tribunal de Justicia sigue reiterando desde su sentencia de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*⁵¹⁹, que el Derecho interno de los Estados miembros en ningún caso podrá afectar a la primacía del Derecho de la Unión y a su eficacia en el ordenamiento jurídico nacional, tampoco en el caso de contraste entre este último y una norma o principio constitucional. Incluso, y esto nos interesa especialmente en relación con el objeto de esta tesis doctoral, cuando se vean perjudicados derechos fundamentales, al afirmar el Tribunal de Luxemburgo que “*la alegación de violaciones bien de los derechos fundamentales, tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, bien de los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado*”⁵²⁰.

⁵¹⁸ Para un análisis detallado de esta temática, véase, entre otros, DÍEZ-HOCHLEITNER, JAVIER, *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR n° 17, 2013, pp. 1-38.

⁵¹⁹ STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, n. 11/70.

⁵²⁰ STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, n. 11/70, apartado 3.

A pesar de estas afirmaciones tan rotundas, la jurisprudencia constitucional de la mayoría de los Estados miembros con tradición constitucional menos reciente (como Italia, Alemania, Francia y España) se ha opuesto con afirmaciones igualmente tajantes y categóricas a una aplicación “incondicional” del principio de primacía del DUE⁵²¹.

Se trata, como empieza a ser obvio, de cuestiones fuertemente conexas con el notorio tema de los “contra-límites”, que está experimentando en los últimos años una evidente valorización y que merece la pena de ser comentado, respecto del segundo de los aspectos indicados hace un momento, a través del estudio de dos importantes reenvíos al Tribunal de Justicia, el primero por parte del Tribunal Constitucional español (caso Melloni), el segundo de la Corte constitucional italiana (caso Taricco).

Los “contra-límites” se hallan y se concretan, como ampliamente sabido – y en extrema síntesis -, en los principios fundamentales y en los derechos inviolables de la persona y representan, sobre todo en la jurisprudencia constitucional italiana y alemana, aquellos límites a la penetración y en particular a la injerencia excesiva del Derecho de la Unión Europea e, indirectamente, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el ordenamiento nacional.

Los contra-límites se han considerado, durante mucho tiempo, como una suerte de afirmación de principio emitida por las Cortes constitucionales nacionales⁵²² con la finalidad de evidenciar las “fronteras” de su competencia, más que un instrumento al que de verdad, un día, poder recurrir, a la par de una suerte de “bomba atómica” que sirva de amenaza, pero que todo el mundo espera que no llegue nunca a ser utilizado.

El tema de los “contra-límites” ha experimentado una lenta pero progresiva transformación en su significado y en su efectiva potencialidad, y el mismo ha venido inevitablemente a entrelazarse con el tema de las relaciones entre jurisdicciones nacionales, en particular Tribunales constitucionales, y Tribunal de Luxemburgo, en la

⁵²¹ La expresión utilizada es aquella utilizada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la famosa sentencia *Lisboa* de 2009, en la que puede leerse en los apartados 331 y 332 que “*la República Federal de Alemania no reconoce una primacía de aplicación del Derecho de la Unión incondicional y dudosamente constitucional*” y que el Derecho de la Unión no puede, en caso de conflicto, pretender ningún tipo de preeminencia “*con respecto a la identidad constitucional de los Estados miembros*”.

⁵²² En Italia, para las primeras afirmaciones generales sobre los contra-límites pueden verse las sentencias de la Corte constitucional de 27 de diciembre de 1973, n. 183, y de 8 de junio de 1984, n. 170. En España la resolución más significativa es la DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

dirección de una colaboración entre ellas o, por el contrario, de una especie de lucha para la supremacía.

La decisión de los Jueces constitucionales de reconocer su propia legitimación para plantear una cuestión prejudicial y la concreta utilización de la misma ha determinado una suerte de “punto de contacto” con el Tribunal de Justicia; este no podía que llevar a un crecimiento de la posibilidad de divergencias sobre cuestiones o supuestos específicos, como consecuencia también de las diferentes normativas de referencia y de las distintas sensibilidades “constitucionales”.

En consideración de lo dicho, y como ya hemos puesto de relieve, uno de los temas más debatido en los últimos años es el de las modalidades para prevenir o reducir los supuestos de contraste con la finalidad de armonizar los resultados de las varias jurisprudencias (nacional, del Tribunal de Luxemburgo y del TEDH); entre los instrumentos idóneos para este fin, cada vez con más frecuencia aparece también la valorización de los contra-límites.

Emblemáticos, a este respecto, los dos casos ya recordados de reenvíos prejudiciales por parte del Tribunal Constitucional español y de la Corte constitucional italiana.

El examen de los mismos se dirige a verificar en que medida los jueces ordinarios y el Juez constitucional puedan efectivamente, más allá de las afirmaciones de principio, activar los contra-límites con la finalidad de garantizar la tutela de los derechos fundamentales, en estos casos no frente a leyes nacionales, sino con respecto al derecho eurounitario.

En ambos supuestos el Juez constitucional ha considerado oportuno plantear la cuestión al Tribunal de Justicia, en el caso español en ocasión de un recurso de amparo, y en el caso italiano justo en el marco del control incidental de constitucionalidad.

El distinto ámbito en el que concretamente se ha puesto el problema del planteamiento de la prejudicial eurounitaria (y de los contra-límites) no tiene evidentemente ninguna consecuencia en el tema que nos proponemos analizar, es decir en que medida el juez ordinario (en particular en el ámbito de un juicio en vía incidental) pueda proteger los derechos fundamentales frente a una eventual lesión que derive del derecho eurounitario, así como interpretado por la Corte de Luxemburgo, así como el significado y la utilización que realmente puede llevarse a cabo de los contra-límites por las jurisdicciones ordinaria y constitucional.

La experiencia española: el Tribunal Constitucional y la cuestión prejudicial ante el TJUE: el caso *Melloni*

En el ordenamiento jurídico español el principio de la supremacía de la Constitución de 1978 sobre la normativa que proviniese del ámbito supranacional ha sido, ya desde el proceso constituyente, muy claro. Y tan radicado que condujo a los constituyentes a establecer la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controlara la conformidad de los Tratados Internacionales (incluidos, claramente, los de la UE) a la Constitución en un momento previo a la ratificación de los mismos por parte de España⁵²³. El art. 95 CE, además de lo dicho, precisa en su apartado primero que “*la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional*”. Hasta la fecha, el TC ha tenido que intervenir solo en dos ocasiones, en 1992 y en 2004, pronunciando dos declaraciones⁵²⁴ fundamentales para la interpretación de las relaciones entre el ordenamiento de la UE y el español; una parte de sus contenidos, sobre todo de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, resultarán de utilidad en las reflexiones que siguen.

Siempre con respecto a las elecciones del constituyente del '78 y a las relaciones con el ordenamiento supranacional (y para seguir proporcionando un marco mínimo en el que introducir el caso *Melloni*), es importante mencionar que, con la aprobación del art. 93 CE, España se abre a la posibilidad de ceder una parte de su soberanía, a través de la autorización del Parlamento (mediante Ley Orgánica) de la atribución de competencias incluidas en la Constitución⁵²⁵.

Sin embargo, justo en la DTC 1/2004 antes indicada, el TC ha tenido ocasión de precisar que las cesiones de competencias (con respecto al sistema UE) permitidas por

⁵²³ Artículo 95 CE “1. *La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.* 2. *El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción*”.

No hay que olvidar que los Tratados Internacionales ratificados por España pueden siempre ser objeto de control de constitucionalidad en un momento posterior a su entrada en vigor, a través tanto del recurso como de la cuestión de inconstitucionalidad.

⁵²⁴ DDTTC 1/1992, de 1 de julio, y 1/2014, de 13 de febrero.

⁵²⁵ Art. 93 CE: “*Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*”.

el art. 93 CE y la consiguiente integración del Derecho de la Unión Europea en el sistema jurídico interno, no pueden considerarse exentas de limitaciones. Por el contrario, estas pueden aceptarse solo “*en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional*”, y que por esta razón “*la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión*”⁵²⁶.

Es incuestionable que el Alto Tribunal español, con estas enunciaciones, no está sino afirmando la existencia también en su ordenamiento de los contra-límites. Estos, en opinión del TC, se hallarían en aquellos “*límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)*”⁵²⁷.

Si entonces, de un lado, el Tribunal constitucional español acepta la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, por el hecho que España haya decidido formar parte de la institución supranacional, aceptando someterse a una limitación de su soberanía en determinadas materias⁵²⁸, al mismo tiempo proclama la pervivencia de unos espacios intangibles, de estricta pertenencia de los Estados.

El Constitucional español parece así no aceptar plenamente (con razón, podríamos añadir), la doctrina *Internationale Handelsgesellschaft*, bajo el presupuesto que en España aceptar una normativa eurounitaria (sea cual sea su naturaleza, a saber, derecho originario o derivado) que contrastara con la Constitución necesitaría proceder a una previa modificación de la misma, pues de lo contrario se desconocerían y vulnerarían aquellos caracteres fundamentales que constituyen la esencia del ordenamiento constitucional español.

En efecto, de acuerdo con cuanto afirmado por TOMÁS DE LA QUADRASALCEDO JANINI, “*las constituciones nacionales, expresión de la voluntad*

⁵²⁶ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

⁵²⁷ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2.

⁵²⁸ Véanse, entre otras, las SSTC 28/1991; 64/1991; 130/1995; 58/2004; 232/2015.

democrática de los pueblos de los Estados miembros”, tienen que seguir siendo “el fundamento del poder público, incluyendo el atribuido a las instituciones europeas” y que “la pretensión del Tribunal de Justicia de una primacía incondicionada, incluso frente a los derechos constitucionales nacionales, supone quebrar tal fundamento y por ende indirectamente quebrar la legitimidad del proceso de integración mismo”⁵²⁹.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en esta decisión llega a la conclusión que es intrínseco al mismo sistema jurídico de la Unión Europea haber llegado a un alto grado de integración de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en sus Tratados. Así que sería prácticamente imposible que se produjera un contraste entre los contenidos de las Constituciones nacionales y aquellos de los Tratados de la UE. Es notorio, en efecto, como los tratados vigentes hoy en día reconozcan que la Unión respeta la identidad nacional de los Estados, sobre todo en tema de derechos fundamentales⁵³⁰.

La visión optimista del Alto tribunal español se vio prontamente desmentida, en ocasión del supuesto al que ya hemos aludido y que será objeto de estudio en las páginas siguientes: el caso *Melloni*.

Como hemos apuntado en otros momentos de este trabajo y en relación con otras cuestiones, señaladamente al referirnos a la doctrina del TC en casos de doble prejudicialidad y, en particular, al analizar la STC 35/2016, de 3 de marzo, la principal disputa o la controversia de mayor alcance en los planos de la tutela multinivel (entre el TC y el TJUE, en lo que ahora importa) queda realmente reducida a la definición de los

⁵²⁹ TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR n° 23, 2015, p. 8.

⁵³⁰ Para profundizar el tema de las relaciones entre España y el derecho supranacional, prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema, pueden verse, entre muchos otros: SCARCIGLIA, R., *Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunal Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, en FERRARI, G. F. (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006, pp. 381-408; ALONSO GARCÍA, R., *Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea*, en AAVV, *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 107 y ss; y el ya citado Díez-Hochleitner, Javier, *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n° 17, 2013, pp. 1-38. Para una síntesis de la jurisprudencia constitucional en tema de derecho comunitario, v. DE MIGUEL BÁRCENA, JOSU, *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional*, en REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 631-648.

potenciales contra-límites que en su caso quepa concebir o postular frente a determinadas decisiones del TJUE. Esto es, la fijación del auténtico alcance del principio de supremacía constitucional frente al de primacía del Derecho europeo, en concreto, cuando queden comprometidas en aquellos pronunciamientos las “estructuras constitucionales básicas” y “principios y valores básicos” de la Constitución, sus *normas más básicas o esenciales*. Más allá del intenso y decisivo debate que en esos planos se concentra y que precisa de respuestas, no hay nada más que principio de primacía del Derecho Europeo, cuando éste concurra. La principal excepción a esta regla que puede en nuestra opinión invocarse y que enunciamos al hablar de ello en aquellas páginas comprende precisamente los supuestos que pertenecen a la tipología en la que se encuadra el supuesto que ahora se analizará, el caso Melloni.

La trascendencia de ese asunto para el objeto del análisis que nos detiene en este momento reside, de un lado, en que el mismo dio la ocasión para que el TC planteara por vez primera la cuestión prejudicial europea, y de otro lado, acaso en mayor medida, en los términos en los que la misma fue formulada a través del Auto 86/2011, de 9 de junio, así como en los efectos desde el prisma de los mencionados contra-límites en que ha derivado el TC tras la respuesta del TJUE, como se apreciará en el estudio de la STC 26/2014.

Antes de llegar a lo sustantivo, deberá describirse el caso y sus antecedentes, de modo que podamos situarnos en las peculiaridades del debate.

La cuestión prejudicial antes mencionada nace de un recurso de amparo, interpuesto por un nacional italiano, el Sr. Melloni, contra un Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de una condena impuesta por el Tribunal de Ferrara en el marco de la orden europea de detención y entrega núm. 157-2008.

Con anterioridad al dictado de dicho Auto, en otro de octubre de 1996 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declararía procedente la extradición a Italia controvertida, a fin de que pudiera ser juzgado aquél por hechos que se recogían en diversas órdenes de detención emitidas por el Tribunal de Ferrara.

Queda constancia en las actuaciones, según recuerda el ATC 86/2011, que el reclamado se opuso a la extradición y que, previamente, el Juzgado de Instrucción correspondiente había acordado su libertad bajo fianza, que fue debidamente prestada; una vez puesto en libertad, el recurrente de amparo se dio a la fuga, lo que impidió su entrega a Italia. El Tribunal de Ferrara, tras la huida, lo declaró en rebeldía y le condenó en ausencia, en el año 2000, en sentencia luego confirmada en apelación y casación, como autor de un delito de quiebra fraudulenta a la pena de diez años de prisión, habiendo no obstante intervenido en las diversas instancias, pese a su condición de rebelde, letrados de su confianza. Finalmente, se dictó orden europea de detención y entrega tras aquellas sentencias condenatorias, en 2004, por la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, a resultas de la cual se inició el procedimiento de detención y entrega que culminó, más tarde, en el proceso constitucional ante la jurisdicción constitucional española.

En efecto, detenido por la policía española en agosto de 2008, el Juzgado Central de Instrucción competente emprendió el procedimiento de orden de detención y entrega en relación con la orden europea de detención antes dicha, de la Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Bolonia, para el cumplimiento de la condena dictada por el Tribunal de Ferrara. Elevada por ese Juzgado a la Audiencia Nacional la orden europea, el recurrente en amparo se opuso a la entrega, ya que, a su criterio, no fue defendido en apelación por el Abogado que había designado y con el que pretendía sustituir a los que anteriormente se encargaron de su defensa, y, asimismo, que la ley procesal aplicada en Italia no permitía el recurso contra las condenas dictadas en ausencia, razones ambas que, a su juicio, deberían conducir, por lo menos, a condicionar la entrega a que Italia garantizase un recurso contra la Sentencia condenatoria impuesta. La Audiencia Nacional, mediante el Auto de 12 de septiembre de 2008, rechazó esa pretensión y acordó la entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de la condena, descartando que hubiese quedado acreditado el problema aducido sobre la representación letrada y declarando que el interesado tuvo conocimiento del proceso y pudo ejercitar su derecho de defensa, siendo efectivamente defendido por abogados por él designados pese a haber optado por situarse voluntariamente en rebeldía. Se concluye, a la vista de todos esos elementos de hecho y constataciones sobre la efectividad del derecho de defensa, que *“la condena en rebeldía y la celebración del juicio en ausencia del acusado no fueron desproporcionados, precisamente porque había sido defendido técnicamente y había renunciado a la*

defensa personal poniéndose en rebeldía”, e, igualmente, garantizado como quedó con lo anterior el derecho de defensa, que “*no procede interesar de las autoridades [italianas] emisión garantías al respecto*”.

Agotada la vía judicial previa, el Sr. Melloni se opuso a los razonamientos judiciales con la invocación en amparo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Aludía a precedentes del Tribunal en esa tipología de casos (por ejemplo, SSTC 91/2000, de 30 de marzo, y 177/2006, de 5 de junio), en los cuales el TC se opuso a la extradición no condicionada, sin garantías, acordada en un delito de gravedad, en concreto porque no se aseguraba el derecho a recurrir la sentencia condenatoria dictada en rebeldía.

Admitida la demanda, se inicia el procedimiento de planteamiento de la cuestión prejudicial europea, que constituye, como se señalara anteriormente y como analizaremos a continuación, toda una novedad en la praxis del Tribunal Constitucional. Para ello, abrió éste un trámite de alegaciones sobre el particular, a fin de oír al recurrente y al Ministerio Fiscal en relación con la oportunidad de iniciar ese cauce prejudicial, acordando finalmente suspender la tramitación del recurso de amparo 6922-2008 y formular las cuestiones prejudiciales de las que en breve daremos cuenta, según dispuso el ATC 86/2011, de 9 de junio.

En España la jurisprudencia constitucional, desde los comienzos de su actividad, había negado (como hemos visto anteriormente⁵³¹) que pudiese crearse un conflicto con perfiles de naturaleza constitucional entre una norma UE y el derecho nacional, que pudiese entonces justificar una intervención por parte del TC. Además, desde los años ’90 del siglo pasado, había excluido la posibilidad de que el Tribunal Constitucional mismo pudiese elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia⁵³².

En opinión de algunos Autores, las cosas empezaron a cambiar desde que el TC, con la STC 58/2004 ya analizada, se declaró competente para reparar en sede de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de no planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Luxemburgo, en las circunstancias a las que hemos aludido.

⁵³¹ El TC se ha progresivamente abierto a considerar estas problemáticas en sus sentencias y a darles solución. El momento decisivo es sin dudas la emisión de la STC 58/2004, antes analizada (v supra pp... ←), en la que el Alto Tribunal concedió un amparo por considerarse vulnerado el art. 24 CE en un caso de falta de planteamiento de una cuestión de prejudicialidad ante el TJUE, cambiando su doctrina con respecto a la STC 372/1993, de 13 de diciembre, FFJJ 7 y 8.

⁵³² Véase a este respecto las SSTC 28/1991, de 14 de febrero y 372/1993, de 13 de diciembre.

Otro paso en la dirección de una apertura en este sentido, es representado sin dudas por la STC 199/2009, de 28 de septiembre, que tuvo un objeto en muchos aspectos coincidente con el asunto *Melloni*, pues se trata de otro caso de supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con garantías por el cumplimiento de una orden europea de detención y entrega⁵³³.

En el supuesto en examen, el Alto Tribunal no llega a plantear una cuestión prejudicial al TJUE; no obstante, los dos votos particulares respectivamente de los Magistrados Rodríguez-Zapata Pérez y Pérez Tremps, reconocen un conflicto entre el deber del Estado español de cumplir con la obligación de la Euroorden y la declaración del Tribunal de que la condena en rebeldía vulnera un derecho fundamental (y entonces la anulación de la sentencia que daba ejecución a la normativa europea), que habría tenido que superarse planteando una duda interpretativa al Tribunal de Luxemburgo⁵³⁴.

Llegamos entonces al Auto 86/2011, de 9 de junio, en el que el Pleno del Tribunal Constitucional plantea por primera vez⁵³⁵, como ha quedado más que

⁵³³ El recurrente en amparo alegaba en este caso la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con garantías en razón de la decisión de la Audiencia Nacional que accedió a su entrega a Rumania, en virtud de una orden europea de detención y entrega, para cumplir una condena de cuatro años de prisión. La sentencia fue recurrida, y el juicio de apelación tuvo lugar en Rumania; ambos procedimientos fueron celebrados en ausencia del acusado, quien fue defendido por un Abogado de su elección.

El Tribunal Constitucional declaró vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que el Auto que accedió a la entrega no condicionó esta misma a la exigencia de revisión de la sentencia condenatoria dictada en su ausencia. Afirmó el TC que no puede equipararse, a efectos del respeto de las garantías inherentes al justo proceso, la presencia en el juicio del Abogado designado por el individuo con la efectiva presencia de éste. El derecho del acusado a estar presente en la vista oral es el instrumento que hace posible, en concreto, el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que conforman la pretensión acusatoria. Sin embargo, el Alto Tribunal no consideró vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que las alegaciones del recurrente acerca de las supuestas vejaciones sufridas durante su estancia en las cárceles rumanas se formulan con carácter genérico, sin sostenerse en pruebas o indicios racionales. Consecuentemente, la motivación del Auto de la Audiencia Nacional no resultó insuficiente en opinión del TC.

⁵³⁴ GUERRERO PICÓ, CARMEN reconoce, con razón, en la emisión de los votos particulares un paso hacia una modificación de la orientación del TC, que efectivamente llegará a plantear pocos años después su primera cuestión prejudicial (GUERRERO PICÓ, CARMEN, *Spagna*, en PASSAGLIA, PAOLO, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf, pp. 89-96.

⁵³⁵ Sobre la “primera vez” española, véanse: AGUILAR CALAHORRO, AUGUSTO, *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011, pp. 471-512; ARROYO JIMENEZ, LUIS, *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional - Comentario a ATC 86/2011*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 343-361. Y también las reflexiones, aunque anteriores al ATC

evidenciado, una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suspendiendo a tal fin la tramitación del recurso de amparo promovido por Stefano Melloni.

El primer punto a destacar, en nuestra opinión, es que en el supuesto en examen el TC decide (como veremos suceder también para la Corte constitucional italiana) superar su antigua postura en relación a que él mismo pudiese ser calificado como “órgano jurisdiccional”, según la expresión utilizada en el art. 267 TFUE para indicar los sujetos legitimados para plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Estrasburgo⁵³⁶.

Entrando ahora en lo sustantivo, la fundamentación jurídica del ATC 86/2011 recorre el marco jurídico nacional en la materia, las normas de Derecho de la Unión Europea que resultan de aplicación y los presupuestos del reenvío prejudicial, tras todo lo cual enuncia las cuestiones prejudiciales que desea formular.

En lo primero recoge su doctrina *ex art. 24 CE*, destacando singularmente, por ser lo que adquiere relevancia *ad casum*, que según su jurisprudencia lesiona aquel derecho fundamental la entrega incondicionada para el cumplimiento de condenas graves dictadas en ausencia del reclamado en el marco del procedimiento de extradición regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva, así como en el Convenio europeo de extradición de 1957 y en los tratados de extradición vigentes suscritos por España, aludiendo a tal propósito a precedentes precisamente relacionados

de 2011, de FONTANELLI, F., *A comment on Tribunal Constitucional's judgment no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgment no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, en *STALS Research Paper*, n. 1/2010, p. 12, <http://stals.ssup.it>.

⁵³⁶ Dice el Auto sobre ese aspecto lo siguiente: “(e)ste Tribunal Constitucional reúne los requisitos exigidos por el artículo 267 TFUE, en la medida en que es un “órgano jurisdiccional” en el sentido de dicho precepto (vid. la STJUE de 30 de junio de 1966, *Vaassen-Göbbels*, 61/65, Rec. p. 395, así como las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en los asuntos *De Coster y Alpe Adria*, de 28 de junio de 2001, C- 17/00, y de 25 de junio de 2010, C-205/08, respectivamente). Asimismo, las resoluciones de nuestra jurisdicción no son susceptibles de ulterior recurso en los términos exigidos por el artículo 10.1 del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias del Tratado de Lisboa, en relación con el antiguo artículo 35 TUE y la Ley Orgánica 9/1998, de 16 de diciembre, antes citada (vid., entre otras, la STJUE de 25 de junio de 2009, *Roda Golf & Beach Resort*, C-14/08, Rec. p. I-5439, apartados 24 a 29, así como las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto *Wery?ski*, de 2 de septiembre de 2010, C-283/09, puntos 16 a 25)”. Asimismo, que “(e)l reenvío prejudicial no se ve impedido por el hecho de que no fueran las partes personadas en este proceso constitucional quienes solicitaran su formulación, puesto que ni el Derecho de la Unión Europea ni la legislación española impiden al Tribunal Constitucional adoptar de oficio la decisión correspondiente.”. Como apuntará el Magistrado don Pablo Pérez Tremps en su voto particular al Auto que nos ocupa, se supera así el viejo y restrictivo criterio de la STC 28/1991, de 14 de febrero.

con Italia (jurisprudencia que también alcanza, según dirá más tarde, al sistema de entrega instaurado en la Unión Europea, que sustituye al procedimiento de extradición establecido en el Convenio europeo de extradición de 1957, en cumplimiento de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, incorporado por la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega).

Esos precedentes de la jurisprudencia constitucional subrayan que, si bien el contenido vinculante para los poderes públicos de los derechos fundamentales es más reducido cuando se proyectan *ad extra* que *ad intra*, pues se concretan exclusivamente y solo en las “exigencias más básicas o elementales”, éstas deberán ser aseguradas en todo caso por los poderes públicos extranjeros, de suerte que, en otro caso, la resolución española de entrega resultaría contraria a aquel derecho fundamental. A esa situación lesiva se asocia, en caso de falta de suficientes garantías en la entrega incondicionada, una idea de inconstitucionalidad que se califica como “indirecta” y que se atribuye a la actuación de la jurisdicción española; en efecto, quiere subrayar el Tribunal con rotundidad que es la decisión de ésta la que propiamente constituye el objeto de su control y no, entonces, los actos de los órganos de otros países.

Destacan aquellas sentencias, en segundo lugar, que para precisar dichas “exigencias básicas” -que pueden desembocar, de ser insatisfechas, en la reseñada lesión “indirecta”- debe estarse al contenido constitucionalmente protegido de ese derecho integrado con la dignidad de la persona a la que alude el art. 10.1 CE, y de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como cualificado criterio interpretativo.

Termina así el Tribunal su razonamiento sobre el marco jurídico interno, situando el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo como parte del núcleo esencial del derecho de defensa del art. 24 CE, señaladamente en el proceso penal, y subrayando de manera particular que una entrega incondicionada, sin garantía de recurso en casos de delito muy grave, a países que den validez a las condenas en ausencia (sin posibilidad de impugnación) sería contraria a esos valores y contenidos del art. 24 CE, no resultando garantía suficiente frente a ello que la condena se haya producido en un procedimiento con presencia y defensa letrada si no asistió el acusado a la vista oral.

En suma, el razonamiento del Tribunal parte de su doctrina previa y de la necesidad, como condición *sine qua non* para proceder a la entrega solicitada, del cumplimiento de aquellas garantías impugnatorias, estén o no contempladas en las normas de los países reclamantes o en la orden europea de detención y entrega. Garantías del art. 24 CE que, por consiguiente y según esos precedentes jurisprudenciales, se impondrían a los órganos judiciales españoles y prevalecerían (aunque no se utilice expresamente ese verbo) sobre otros regímenes jurídicos.

En el segundo bloque más atrás anunciado, relativo al marco jurídico relevante que se deriva del Derecho de la Unión Europea (en lo específico, Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, posteriormente modificada por Decisión Marco 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero), el Tribunal realiza consideraciones sobre Disposiciones del Derecho primario (art. 6 del Tratado de la Unión Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), centrándose después en aquella normativa marco. En relación con esto último, el Tc primeramente admite que la segunda Decisión Marco mencionada pretende, precisamente, armonizar la regulación de los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin la comparecencia del imputado; en segundo lugar, el ATC 86/2011 recoge la regulación marco resultante, que reproduce en los términos del art. 4 bis a debate, toda vez que, como era a todas luces obvio, ahí era donde podía residir el motivo de concurrencia conflictiva entre la normativa europea y la doctrina constitucional anteriormente relatada. Y ello porque, respecto de las resoluciones dictadas a raíz de un juicio celebrado sin comparecencia del imputado, esa previsión exceptúa expresamente de la denegación de la ejecución de la orden de detención europea los casos en los que el imputado (con suficiente antelación y con conocimiento de que podría dictarse una resolución en su contra en caso de ausencia) fuese citado en persona e informado de la fecha y el lugar previstos para el juicio, o tuviera conocimiento efectivo por otros medios de la celebración del mismo, o, alternativamente, diera mandato a un Letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera, habiéndose efectivamente cumplido ese mandato de defensa.

Así encuadrado el conflicto, el Tribunal penetra en los términos de su planteamiento y en las claves de la respuesta que parece esperar o demandar del TJUE.

En efecto, si algo parece destacable en el planteamiento prejudicial que formula el Tribunal Constitucional en el caso Melloni es aquello que, en sentido si se quiere amplio, podemos denominar discurso persuasivo y cortés ante el Tribunal de Justicia⁵³⁷. El Tribunal español busca con su motivación un reconocimiento por parte del TJUE de la propia jurisprudencia, aunque sea a cambio, como se dirá, de una aparente auto-restricción de su “facultad” de determinación de contra-límites, al menos en terrenos de confluencia con el CDFUE, tratando de obtener con ello una conformidad o conexión armónica para la tutela multinivel de los derechos, en los términos que veremos, de ambos Tribunales.

Es sabido que la credibilidad de un discurso se obtiene a través de muy diversos canales. A ellos no es desde luego ajeno el de la gestión de la propia imagen, que aquí opera, en el Auto de 2011, mediante la afirmación de la propia identidad jurisdiccional y el otorgamiento de valor y fundamento a la jurisprudencia constitucional española. En efecto, hay en el ATC 86/2011, sin lugar a dudas, un uso argumentativo del lenguaje al servicio de un reconocimiento por parte del TJUE de la jurisprudencia española sobre la materia controvertida. Para ello el TC se presenta ante él con una motivación minuciosa, resaltando el aprecio o mérito de sus precedentes doctrinales en esa tipología de casos. Un intento, si se prefiere, de lograr adhesión a través de la retórica persuasiva, dirigida a lograr la confirmación de su doctrina con el asentimiento del TJUE. O aún en otras palabras, con ese uso argumentativo del lenguaje el TC persigue sobre todo instaurar un cauce para la armonía con el TJUE, con propósitos de cooperación, sin ánimo de defender posiciones de supremacía constitucional, sino solo de rol, esto es, de defensa de su jurisprudencia y papel institucional. Como se verá en las páginas siguientes, en efecto, esa actitud de cooperación destaca abiertamente, a diferencia de lo que ocurrirá con la Sentencia final que dictará en el caso Melloni, la STC 26/2014.

Volvamos al caso: situado el debate en las disposiciones de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, y en art. 53 CDFUE, en contraste con la jurisprudencia constitucional ya descrita sobre las vulneraciones “indirectas” del

⁵³⁷ También AGUILAR CALAHORRO, entre otros Autores, es de la opinión de que el TC busca el diálogo, AGUILAR CALAHORRO, AGUSTO, *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011, pp. 471-512.

derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en el ámbito de la efectividad *ad extra* de los derechos fundamentales, sienta el ATC de 2011 dos serie de premisas. En primer termino, el Alto Tribunal afirma que el juicio de constitucionalidad del Auto de la Audiencia Nacional recurrido, por el que se autoriza la entrega del demandante de amparo a las autoridades italianas, depende de la intersección entre las normas de Derecho de la Unión Europea y aquella doctrina constitucional. En segundo termino, apunta el TC que el Derecho de la Unión Europea opera como un instrumento que permite delimitar la parte del contenido de ese derecho que despliega eficacia *ad extra*, esto es, las facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde la entrega sin condicionamiento.

Como se ve, y pese a sucesivas declaraciones sobre la competencia del TJUE en la interpretación del Derecho Europeo, el Tribunal Constitucional no pone en cuestión su propia competencia en relación con la determinación potencial de los llamados contra-límites en materia de derechos fundamentales, guardando simplemente silencio. Reduce aquella invocación de la normativa europea, interpretada por el TJUE, a un elemento integrante del canon de constitucionalidad que podría conducir a una declaración de inconstitucionalidad “indirecta”, pero sin dotarla de un carácter absoluto o excluyente de su propio margen de maniobra en caso de que la interpretación europea reduzca la tutela que tradicionalmente ha ofrecido en esa tipología de casos la jurisprudencia constitucional. Es con ese eje de partida como enuncia el Tribunal su planteamiento, en los términos que seguidamente recogemos. Como ya hemos mencionado, tres son las cuestiones prejudiciales presentadas ante el Tribunal de Luxemburgo.

La primera cuestión prejudicial se refiere a la interpretación de las disposiciones relevantes de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por la Decisión Marco 2009/299/JAI.

El Tribunal Constitucional formula dudas sobre el art. 4 bis, motivando su tesis a través lo que hemos denominado discurso persuasivo y entrando en diálogo con el TJUE. Así, entre otros argumentos, dice: “*el art. 4 bis podría interpretarse en el sentido de que lo que impide en un supuesto como el descrito es la denegación de la ejecución de la orden, pero no necesariamente su condicionamiento -que es, precisamente, la*

exigencia que se deriva de nuestra doctrina constitucional vertida en interpretación del derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)-, puesto que el tenor literal del precepto excluye, efectivamente, la denegación de la orden, pero no su ejecución condicionada”. Y añade, a renglón seguido: “incluso en el caso de que se rechazara esta interpretación literal del art. 4 bis, una interpretación sistemática del precepto en relación con el art. 1.3 de la propia Decisión Marco acaso permitiera alcanzar una conclusión similar, puesto que la prohibición de los Estados miembros de denegar o, en su caso, condicionar la ejecución de una orden europea de detención y entrega no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”, razón que de inmediato le permite asociar la previsión en duda con el reconocimiento entre los citados derechos fundamentales del derecho del acusado por delitos graves a estar presente en la vista oral, y en su defecto recurrir, para, con ello, defender sus precedentes sobre la inconstitucionalidad “indirecta” e inaplicar la obligación de ejecución derivada de los arts. 1.1 y 4 bis.

No puede sorprender, tras ese tipo de argumentación y diálogo, declaraciones de otro tipo, también contenidas en la resolución, como por ejemplo que *“la obligación de las autoridades judiciales de denegar la ejecución de la orden de detención por razón de la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea se derivaría directamente de esa disposición del Tratado”* (art. 6), o que, con cita del criterio del Abogado General Cruz Villalón, *“(s)i bien es verdad que el reconocimiento mutuo es un instrumento que fortalece el espacio de seguridad, libertad y justicia, no es menos cierto que la protección de los derechos y libertades fundamentales constituye un prius que legitima la existencia y el desarrollo de dicho espacio”*.

Solo tras ese esfuerzo argumental, ese diálogo y esfuerzo de persuasión en orden al reconocimiento de los fundamentos de su doctrina clásica sobre las entregas condicionadas, procede el TC a enunciar la primera cuestión: *“el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, en su redacción vigente dada por Decisión Marco 2009/299/JAI, ¿ debe interpretarse en el sentido de que impide a las autoridades judiciales nacionales, en los supuestos precisados en esa misma disposición, someter la ejecución de una orden europea de detención y entrega a la condición de que la*

condena en cuestión pueda ser revisada para garantizar los derechos de defensa del reclamado?”

La segunda cuestión prejudicial se refiere a la validez del art. 4 bis de la Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47 II CDFUE, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 CDFUE.

Planteada para el caso de que la primera se respondiese afirmativamente, el Tribunal retoma de nuevo su doctrina sobre el art. 24 CE y subraya, en particular, que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del contenido esencial del derecho de defensa y, por tanto, del derecho a un proceso con todas las garantías, tal y como este se reconoce en el art. 24 CE. Lo asocia, por lo demás, en cuanto al proceso penal, a la garantía del principio de contradicción, pero también al derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones, insistiendo en que se trata de una expresión del contenido esencial de aquel derecho fundamental que explica y justifica la tutela que ofrece la doctrina constitucional española frente a entregas incondicionadas dirigidas a cumplir una condena impuesta en ausencia por la comisión de delitos muy graves.

Tras ese insistente recordatorio, que atraviesa y es sostén a lo largo de la resolución de 2011, vuelve el Tribunal a atenuar el discurso sobre lo propio, reconociendo que su doctrina sobre el art. 24 CE no supone que esa misma garantía deba entenderse también comprendida en el contenido de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo, así como de los derechos de la defensa reconocidos, respectivamente, en los arts. 47 II y 48.2 CDFUE, “pues ello supondría desconocer el carácter autónomo que estos presentan en el marco del Derecho de la Unión Europea”.

Un nuevo ejemplo de cortesía y reconocimiento de los planos multinivel, que no conduce sin embargo, tampoco en ese momento de la resolución, a admitir expresamente que la interpretación que el TJUE pueda realizar de esos preceptos cuente con preferencia o resulte excluyente o preponderante sobre la previa doctrina constitucional dictada *ex art.* 24 CE. Antes bien, el Tribunal no declara de forma abierta

que la competencia del TJUE en materia de Derecho europeo implique una necesaria imposibilidad de establecer contra-límites, sobre los que sigue en silencio. En efecto, lejos de entrar a ese debate, vuelve a motivar en defensa de su tesis sobre las garantías del acusado aludiendo ahora a los “principios generales del Derecho de la Unión Europea”, a las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, a las garantías contenidas en el CEDH, al art. 6.1 III TUE y al art. 52.7 CDFUE, o, en fin, a la disposición contenida en el art. 52.3 CDFUE, según la cual, “en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere este convenio, sin perjuicio de que el Derecho de la Unión pueda conceder una protección más extensa (STJUE de 5 de octubre de 2010, *McB*, C-400/10 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 53)”, y no, por tanto, menor, incluyéndose además -añade el ATC 86/2011 en ese punto- no únicamente el texto del CEDH sino también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tan es así que transcribe parcialmente una STDEH (Gran Sala, de 1 de marzo de 2006, *Sejdovic c. Italia*), al igual que cita SSTJUE que vinculan el derecho a ser oído con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, entendido éste como principio general del Derecho de la Unión (por ejemplo, STJUE de 2 de mayo de 2006, *Eurofoods*, C-341/04, apartado 66, o STJUE de 15 de julio de 2010, *Purrucker*, C-256/09, apartado 95).

Tras tal esfuerzo argumental, admite no obstante que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha pronunciado aún acerca de los arts. 47 II y 48.2 CDFUE en su virtualidad sobre las Sentencias de condena impuestas en ausencia por delitos muy graves, por lo que formula la cuestión al objeto de despejar si: “*¿es compatible el art. 4 bis, apartado 1, de la Decisión Marco 2002/584/JAI, con las exigencias que se derivan del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el art. 47, así como de los derechos de la defensa garantizados en el art. 48.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?*”.

La tercera cuestión prejudicial se plantea para el caso de que la segunda se responda afirmativamente y se refiere a la interpretación del art. 53 CDFUE, en cuya virtud “[n]inguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en

*su respectivo ámbito de aplicación, por ...las Constituciones de los Estados miembros*⁵³⁸.

Es, como se ve, la que posee un alcance más general, y la que, por tanto, alcanza en mayor medida a la problemática aquí analizada al trascender las peculiaridades del caso Melloni y la normativa europea aplicable al mismo. Ahora sí los contra-límites, la primacía y la supremacía y la concurrencia conflictiva en el multinivel parecen entrar en juego.

Dice el Tribunal Constitucional que el TJUE no se ha pronunciado todavía y que existen diversas interpretaciones posibles del art. 53 CDFUE, que enuncia. Según la primera ese precepto contendría una cláusula de estándar mínimo de protección, característica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, al igual que la dispuesta por el art. 53 CEDH. De ese modo y conforme a dicha lectura, podría darse un mayor nivel de protección en un determinado sistema nacional, aunque el TJUE no lo hiciera suyo o general. La segunda tesis, que también recoge el Tribunal, convertiría el art. 53 CDFUE en un precepto de delimitación del ámbito de aplicación de la Carta respecto de las Constituciones de los Estados miembros, de suerte que, donde no existiera intersección (fuera del ámbito de aplicación de la primera, digamos) nada impediría una mayor protección constitucional de los derechos fundamentales en cada Estado miembro, pero, en cambio, donde la confluencia concurriera prevalecería la interpretación europea, de manera que podría darse lugar a una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales establecida por los Tribunales Constitucionales a la vista de sus normas constitucionales nacionales. La tercera interpretación o mixta, también posible según el TC, consistiría en apreciar que el art. 53 CDFUE opera o bien como en la primera hipótesis (estándar mínimo que puede ser incrementado por una disposición o interpretación constitucional interna más tuitiva) o bien como en la segunda tesis (cláusula de uniformización, que puede acarrear una reducción de la tutela de los derechos fundamentales), en función de las características de cada caso.

Con ese triple planteamiento abierto procede a enunciar la tercera cuestión (para el caso de que la segunda se responda afirmativamente): “¿permite el art. 53,

⁵³⁸ Como ya hemos tenido ocasión de decir (v. supra p. ←), con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene la misma fuerza y eficacia normativa que el derecho originario UE.

interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro? “.

El Tribunal cambia el paso, como se ve. Ya no se ocupa de afirmar su doctrina en la materia, como hiciera en las dos primeras cuestiones, sino de preguntar al TJUE sobre su propia competencia para la suplementación en la tutela cuando se trata de eficacia *ad extra* de los derechos fundamentales y confluye un elemento normativo europeo. El hecho de interrogar al TJUE sobre ello parecería llevar implícita la aceptación de cualquiera de esas opciones hermenéuticas que el propio TC explicita, y de modo mediato o derivado, a su vez, aunque no se especifique formalmente y quede también en lo implícito o subyacente, la asunción de una exclusión de la “facultad” potencial de determinación de contra-límites en esos terrenos de intersección. O lo que es lo mismo, la asunción pasiva de la hipótesis de reducción de la tutela de los derechos fundamentales allí donde se den terrenos de confluencia y una divergente interpretación del listado de derechos de la Constitución española y la CDFUE por parte del TC y el TJUE.

La STC 26/2014, de 13 de febrero

El resultado del planteamiento descrito fue la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, que declaró:

“1) El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en los supuestos previstos en esa disposición, la autoridad judicial de ejecución de una orden de detención europea emitida para el cumplimiento de una pena a la condición de que la condena impuesta en rebeldía pueda ser revisada en el Estado miembro[s] emisor.

2) *El artículo 4 bis, apartado 1, de la Decisión marco 2002/584, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299, es compatible con las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de Unión Europea.*

3) *El artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que no permite que un Estado miembro subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor, para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por su Constitución.”*

El Tribunal de Luxemburgo responde de ese modo, por lo demás, y señaladamente en el último punto, negando con rotundidad la idea del estándar mínimo de protección en los terrenos de confluencia, cerrando en suma la posibilidad de un incremento o suplementación tuitiva a través de la cobertura interna de los derechos otorgada por la jurisprudencia constitucional. Uniformidad y homogeneidad, por tanto. En la intersección, en fin, no cabe un grado superior de protección interno, solo el nivel de tutela que consagren los arts. 47 y 48.2 de la Carta⁵³⁹.

⁵³⁹ La respuesta del Tribunal de Luxemburgo a España en el asunto Melloni ha recibido muchos comentarios, incluso por parte de la doctrina extranjera. Entre otros: BAILLEUX, ANTOINE, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin : C.J.U.E., Stefano Melloni et Akerberg Fransson, 26 février 2013*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, pp. 215-235; SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni y Ministerio Fiscal (AS. C-399/11). Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía*, en *Unión Europea Aranzadi*, n. 2, 2014, pp. 49-52; APPANAH, DAVID, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme: entre cohérence et légitimation. A propos des arrêts Aklagaren c/Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013*, en *Revue Générale de Droit International Public*, n. 2, 2014, pp. 333-356; MACÍAS CASTAÑO, JOSÉ MARÍA, *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional : El asunto Melloni*, Atelier, D.L., Barcelona, 2014; RUGGERI, A., *IV. La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, en Ruggeri, A., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell’anno 2013*, Giappichelli editore, Torino, 2014, pp. 83-94; TORRES MURO, IGNACIO, *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013, pp. 343-370; IZQUIERDO SANS, CRISTINA, *Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11*, en *La Ley Unión Europea* (En línea), n. 4, 2013, pp. 3-10; MARTÍN RODRÍGUEZ, PABLO JESÚS, *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN, *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Melloni y Akerberg Fransson (unas notas de urgencia)*, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia* (En línea), n. 1, 2013; UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y

Bajo esas premisas el TC dicta su Sentencia en el caso Melloni, la 26/2014, de 13 de febrero. Y cambia el tono y el discurso. Tras haber pasado básicamente por alto en el ATC 86/2011, de 9 de junio, la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, dictada en el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, se empeña ahora el Tribunal en hacer un recordatorio sobre ella, señalando incluso que al proceder de ese modo “completa” la resolución del TJUE.

Más allá de lo que se dirá sobre cómo procede a resolver el caso, con sujeción como veremos a la STJUE, esa referencia a la Declaración 1/2004 busca, a nuestro parecer, una auto-afirmación de la jurisprudencia constitucional española en esos terrenos de confluencia de Tribunales, convirtiéndose –al menos en términos estrictamente jurídicos- en un acto de defensa o fortalecimiento de la propia posición en el otorgamiento y suplementación de tutela, cosa que, seguramente, podía quedar en duda tras la respuesta a la tercera cuestión prejudicial del ATC 86/2011, antes reseñada. Aparecen con ello el principio de supremacía, los contra-límites (que ciertamente el TC

RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 4, 2013, p. 151-198; RITLENG, DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, en *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 2, 2013, pp. 267-292 ; BRKAN, MAJA, *L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11*, en *Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs*, n. 1, 2013, pp. 139-145 ; VECCHIO, FAUSTO, *I casi Melloni e Akerberg : il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2013, pp. 454-456 ; DUBOUT, ÉDOUARD, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, en *Cahiers de Droit Européen*, n. 2, 2013, ISSN 0007-9758, pp. 293-317; GARCÍA SÁNCHEZ, BEATRIZ, *TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, c-399/11 - "Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una pena impuesta en rebeldía - Posibilidad de revisión de la sentencia" ¿Homogeneidad estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la euroorden europea?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013, pp. 1137-1156; IACOMETTI, MIRYAM, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo*, en *Osservatorio Costituzionale AIC* (En línea), n. 1, 2013.

no activa en esta ocasión, pero enuncia), y, en definitiva, el potencial conflicto multinivel.

Así recuerda, con cita de la Declaración, que *“la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”*⁵⁴⁰. Un anuncio o afirmación de la eventualidad de contra-límites, muy lejano a lo que parecía desprenderse del ATC 86/2011.

Añade, en la misma línea y con idéntica referencia, que la primacía del Derecho de la Unión Europea presupone el respeto de las estructuras constitucionales básicas nacionales, entre las que se encuentran los derechos fundamentales. Una nueva advertencia, entonces, que condiciona dicha primacía o, parece más correctamente, define sus límites por referencia a esa idea de respeto en los ámbitos descritos (estructuras constitucionales básicas).

Prosigue el Alto Tribunal con otra mención de la Declaración 1/2004, según la cual *“producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos”*. Lo que, estimamos nosotros, no es sino una tercera manera de reiterar la misma idea. Más allá de la diferencia que quepa hacer, en su caso, entre “estructuras constitucionales básicas” y “principios y valores básicos”, el Tribunal, con tal invocación de su doctrina de 2004, repite e insiste en los límites y en sus márgenes de suplementación en derechos fundamentales.

Desde esa plataforma, llega a una clara conclusión: al Tribunal no le compete un control de validez del Derecho de la Unión, ni tampoco definir los derechos fundamentales contenidos en la CDFUE, sino interpretar la Constitución española. Mas,

⁵⁴⁰ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 3.

en caso de que fuera inconciliable lo uno con lo otro, la supremacía de la Constitución podrían llevar a este Tribunal “*a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*”. Contra-límites, en suma.

Esa necesidad de afirmación que la Sentencia Melloni del TC de 2014 expresa en los textos anteriores, contenidos en su tercer Fundamento Jurídico, liquida los términos con que se aproximó el ATC 86/2011 al TJUE. La STC 26/2014, dictada tras la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, parece así apuntar que al Tribunal no le gusta la respuesta recibida, que no está dispuesto a aceptar una limitación que le constriña en la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución, y que da marcha atrás y recobra con todo el vigor, ya sea con una lectura correcta o no del multinivel, la defensa de su competencia de suplementación de la tutela, de otorgamiento de más derecho. No de otro modo puede entenderse ese recordatorio selectivo y contundente de la Declaración 1/2014.

Tan es así que el TC en ningún momento atribuye de modo expreso o explícito preponderancia al TJUE o superior posición a éste en la solución del caso, ni siquiera respecto de otros Tribunales (como probaría la cita del TEDH y de su doctrina), acogiendo lo sentado en la STJUE (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, pero – digámoslo así- a modo de libre elección, no de sujeción jurisdiccional. Ni siquiera se coarta al repetir su doctrina clásica sobre la inconstitucionalidad indirecta en supuestos de entrega incondicionada, que recuerda y cita, aunque elija, después, alterar la caracterización que ha venido estableciendo en el pasado del núcleo esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Esto es, el TC dice *cambiar su doctrina*, lo que no es lo mismo que declararse sujeto total y absolutamente al margen de intervención definido por el TJUE.

Lo hace además tras recordar que, al tratarse en la “inconstitucionalidad indirecta” de la eficacia *ad extra* de esos derechos fundamentales (con la consiguiente valoración de la actuación de los poderes públicos extranjeros), adquirirán una más decisiva y particular relevancia los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas ratificados por España, y que por esa razón debe atender de modo muy singular (aunque no solo, pues cita también el

CEDH y TEDH, ya se ha dicho) a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y la interpretación de ella realizada. Únicamente desde ahí se desemboca en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en la Sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, para concluir –sin darle tampoco todo el protagonismo en el desenlace, como se verá en la transcripción- que *“tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia ad extra; esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que acuerde la entrega por los poderes públicos españoles”*⁵⁴¹.

Y así, y solo desde ahí, revisa su doctrina previa para concluir que no hay lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por el interesado debidamente emplazado y efectivamente defendido por Letrado designado.

Como dice el voto particular concurrente de la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, la STC 26/2014 *“se alinea con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario solo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales”*. O, como añade después, *“(l)a Sentencia de la mayoría, por tanto, al ‘completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre’, parece estar indicando que no acepta la respuesta a la tercera pregunta que le ha proporcionado el Tribunal de*

⁵⁴¹ STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

Justicia, y que considera que el Tribunal Constitucional está facultado para aplicar el nivel de protección eventualmente mayor que puede derivar de la Constitución española en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”.

Queda abierto con ello el debate decisivo de los contra-límites; el punto de intersección y conflicto potencial entre primacía del Derecho Europeo y supremacía de la Constitución respecto de sus principios y valores básicos. Porque, en efecto, la cuestión reside en si ese camino que evoca el eje de los contra-límites, que parece querer apuntar la Sentencia, es apto para la definición y delimitación de los derechos fundamentales en toda ocasión o si, acaso, no lo es cuando quedan esos derechos atravesados por el Derecho europeo y la interpretación del mismo efectuada por parte del TJUE, prevaleciendo entonces lo dispuesto en el art. 93 CE y la normativa europea que regule la materia en su enlace con los derechos fundamentales de la CDFUE, excluyéndose entonces un discurso y tutela propis, internos, articulados al calor del texto constitucional en la regulación del derecho fundamental de que se trate (en el caso Melloni, el art. 24 CE).

En suma, como dice el voto particular de la actual Vicepresidenta del Tribunal Constitucional, la Magistrada doña Encarna Roca, en manifiesta oposición al criterio de la mayoría en ese aspecto, *“no puedo admitir que la modificación de una doctrina consolidada que este Tribunal ha establecido en la interpretación del art 24.2 CE desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, no se produzca como consecuencia de la STJUE de 26 de febrero de 2013 (caso Melloni), que interpreta las condiciones para la ejecución de una euroorden dictada en ausencia, aunque con representación procesal del acusado, soslayando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado esta resolución a instancias del propio Tribunal Constitucional, como consecuencia de la interposición de una cuestión prejudicial, sino porque este haya reconsiderado, legítimamente, su doctrina anterior. Con tal manera de proceder, el Pleno, si bien cumple con el estándar europeo, deja abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca”.*

Y es que, en efecto, el debate queda abierto al menos en términos estrictamente jurídicos. Otra cosa es lo que ocurre de facto. Porque, dejando a un lado las altas declaraciones del Tribunal, lo cierto es que no activa los contra-límites y reduce su tutela en contraste con la que sentó en sus precedentes. Esto es, hace lo que dice el TJUE que corresponde hacer.

Tal vez pueda verse en todo este tránsito y debate, más allá de las apariencias y de las sonoras declaraciones, elevadas y autoafirmativas, el siempre complejo enfrentamiento entre, de una parte, lo que sobreviene en razón de haber elegido un modelo jurídico de “convivencia” entre un ámbito interno y uno supranacional de Derecho, y, de otra, la memoria de lo que fue y se resiste a transformarse en razón de los imperativos de los nuevos tiempos⁵⁴².

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

La *Corte costituzionale* italiana, así como el TC y otros tribunales constitucionales europeos, ha experimentado una evolución en su doctrina, tanto por lo que concierne al tema de la existencia de principios supremos en el ordenamiento

⁵⁴² Muchos han sido los Autores que han expresado su opinión en relación a este trascendente caso. Véanse, entre otros (en orden cronológico decreciente): - MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, 2016, pp. 479-522; SARRIÓN ESTEVE, JOAQUÍN, *Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 201-220; SAHÚN PACHECO, ROCÍO, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en dos resoluciones judiciales recientes*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 181, 2016, pp. 377-394; BACHMAIER WINTER, LORENA, *Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 56, 2015, pp. 153-180; ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015, pp. 343-361; FAGGIANI, VALENTINA, *La sentenza Melloni: il Tribunale Costituzionale si arrende al primato del diritto dell'UE*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2015, pp. 445-448; TORRES PÉREZ, AIDA, *Melloni in three acts : from dialogue to monologue*, en *European Constitutional Law Review*, v. 10, n. 2, 2014, ISSN 1574-0196, pp. 308-331; GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO y TAPIA TRUEBA, ARIANE, *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014, pp. 245-270; FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, *El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (caso Melloni)*, en *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014, pp. 1-20.

jurídico (que no pueden ser contradichos por el Derecho supranacional, tampoco por el de la Unión Europea), como por lo que atañe a la posibilidad por la misma Corte constitucional de plantear una cuestión prejudicial al TJUE.

Empezando con el primer aspecto, en 1989⁵⁴³ la Corte constitucional se enfrentó por primera vez de una forma explícita con el problema de una eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables por parte de una disposición del Tratado CEE, en particular del art. 177 del TCEE, por lo que concierne a la parte que permite al Tribunal de Justicia de limitar la eficacia *ex tunc* de la declaración de invalidez de un reglamento comunitario hasta el punto de no permitir su aplicación en el proceso principal del que se originaba el juicio prejudicial. Las dudas se referían a la eventual vulneración de la garantía de poder actuar en un juicio para la tutela de los derechos e intereses legítimos, reconocida en el art. 24 de la Constitución italiana. En aquella ocasión la Consulta reivindicò de manera inequívoca su competencia para valorar la eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables en aplicación del Derecho comunitario (ahora europolitano), además de afirmar con firmeza la naturaleza de derecho fundamental del derecho de defensa como derecho inviolable y principio fundamental del ordenamiento italiano.

La Corte constitucional manifestó “graves perplejidades” en relación con la compatibilidad de la disposición del Tratado (según la interpretación de la Corte de Justicia⁵⁴⁴), con el contenido esencial del derecho de defensa, que parecieron en realidad, por las expresiones utilizadas, bastante cercanas a la convicción de su incompatibilidad⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Sent. de 21 de abril de 1989, n. 232, en *Giur. cost.*, 1989, p. 1001.

⁵⁴⁴ La Corte constitucional afirmó en efecto que si “*la sentenza llegara a escludere de la eficacia de la declaración de invalidez el acto o los actos objeto de la controversia en el que se ha originado el recurso prejudicial al Tribunal por iniciativa del juez nacional, no se puede negar que surjan graves perplejidades en orden a la compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva de la norma que permite tal decisión*” (“*la sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte da parte del giudice nazionale, non si può nascondere che sorgono gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta*”), sent. de 21 de abril de 1989, n. 232, en *Giur. cost.*, 1989, p. 1001.

⁵⁴⁵ La Corte declaró que “*no puede no mostrarse en contradicción con la naturaleza misma de una sentencia prejudicial, y con la relación necesaria que existe entre el juicio incidental y el juicio principal, el hipótesis en la que la sentencia pronunciada en ocasión de un juicio incidental no pueda aplicarse en el juicio principal en que ha surgido. En efecto, el derecho de cada individuo de que se le asigne para cualquier controversia un juez y un juicio se quedaría vacía de sus contenidos sustanciales si al juez que dude de la legitimidad de una norma que tiene que aplicar la autoridad jurisdiccional competente contestara que efectivamente la norma no es válida, pero que dicha invalidez no tiene eficacia en la*

En el fondo, por ende, una inconstitucionalidad casi comprobada, aunque no declarada⁵⁴⁶, subrayada en una frase de por sí emblemática: “*lo que es sumamente improbable es en cambio siempre posible*”⁵⁴⁷, que venía a indicar que las afirmaciones precedentes que podían parecer como meras advertencias habrían podido concretarse en una declaración de inconstitucionalidad.

Esto marcó un pasaje de importancia extrema, que no pasó desapercibido para la doctrina⁵⁴⁸, en el sentido de que para la declaración de inconstitucionalidad no se requería que se verificasen mutaciones macroscópicas que habrían conducido a la eliminación de toda la ley de ratificación del Tratado, sino que era suficiente que una sola disposición contradijera un derecho inalienable o un principio fundamental.

La cuestión se resolvió en aquella ocasión con un pronunciamiento de carácter procesal. La Corte constitucional de hecho, tras haber subrayado cómo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre ese punto no podía considerarse consolidada, estimó que la excepción de constitucionalidad era inadmisibles por falta de relevancia.

Tras haber manifestado más que perplejidad sobre el fondo de la cuestión y rebatido la posibilidad de recurrir a los “contra-límites”, la Corte italiana prefirió dejarlo en una advertencia y no ir más allá.

Lo que, sin embargo, sí hizo, como veremos, con el Auto núm. 24 de 2017 en el caso Taricco, mostrando la diversidad del momento histórico.

El “acercamiento” a la mencionada decisión encuentra un momento bastante significativo en una decisión reciente de la Corte constitucional que, no obstante, no se

controversia objeto del juicio principal, que debería entonces que resolverse con la aplicación de una norma reconocida como ilegítima. Ni, ante la posible violación de un principio fundamental, podrían invocarse [...] las exigencias primarias de la aplicación uniforme del derecho comunitario y de la certeza del derecho” (“non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata. In sostanza, il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima. Né, di fronte ad una possibile violazione di un principio fondamentale, potrebbero invocarsi [...] le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto”).

⁵⁴⁶ Ya hemos analizado esta tipología de decisiones de la Corte constitucional.

⁵⁴⁷ “*Quel che è sommamente improbabile è pur se sempre possibile*”.

⁵⁴⁸ CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle “competenze comunitarie” della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1989, espec. pp. 1014 y ss., que constata que “*admittiendo también los contrastes microscópicos se incrementan inevitablemente también la probabilidad que los conflictos se incrementen*” y que “*el hecho que el Tribunal haya afirmado su legitimación a sindicar a través del control de constitucionalidad de las leyes de ejecución del Tratado, «cualquier norma del Tratado así como esta es aplicada e interpretada» está rebosante de significado*”.

ocupa de las relaciones con el ordenamiento de la Unión Europea, sino que trata el tema, bastante parecido, de los límites que los principios supremos del ordenamiento nacional establecen a la introducción de una regulación contradictoria con los mismos.

Es el caso relativo a los juicios iniciados contra la República Federal Alemana pretendiendo su condena al resarcimiento de los daños causados durante la Segunda Guerra Mundial a tres ciudadanos italianos capturados por las fuerzas militares alemanas y deportados a Alemania, y frente a los que se hizo valer la inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados con respecto a actos considerados de “*iure imperii*” de acuerdo con lo sostenido por la Corte Internacional de Justicia en sentencia de 3 de febrero de 2012.

La Corte constitucional ha estimado subsistir su propia competencia exclusiva en atención al sistema concentrado de control de constitucionalidad con referencia a la presencia de límites – “contra-límites” para las normas de la Unión Europea - para la incorporación de normas internacionales generalmente reconocidas cuando estas entran en contradicción con los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona humana.

La Corte ha concluido, por tanto, que la norma convencional en cuestión venía a entrar en contradicción con el derecho de defensa para la tutela de los derechos fundamentales de la persona, establecido justo al servicio de la inviolabilidad de los mismos, entre los cuales resalta el respeto de la dignidad humana; viene, por ello, a declarar inconstitucional la obligación de que el juez italiano se adecúe a la sentencia de 3 de febrero de la CIJ que le impondría la negación de su propia jurisdicción con referencia a los actos de un Estado extranjero que consistan en crímenes de guerra y contra la humanidad, lesivos de los derechos inviolables de la persona ⁵⁴⁹.

Sobre el segundo de los aspectos antes mencionados (la posibilidad, por la misma Corte constitucional, de plantear una cuestión prejudicial al TJUE), la doctrina absolutamente prevalente, en la ponderación entre costes y beneficios que habrían derivado de la elección de la Consulta de ponerse en una comunicación directa con la Corte de Luxemburgo, cerrando así la fase del dialogo “a través de un intermediario” (“*per interposta persona*”), no ha tenido nunca dudas, pidiendo en numerosas ocasiones

⁵⁴⁹ Corte cost. Sentencia de 22 de octubre de 2014, n. 238, en *Giur. cost.*, 2014, p. 3853. Sobre el episodio, v. BRANCA, M., *Il punto sui “contro limiti”*, en *Giur. cost.*, 2014, p. 3900; LUCIANI, M., *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, en *Questione giustizia*, 2015, 1, pp. 84 y ss.; VERONESI, P., *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, en *Quaderni cost.*, 2016, pp. 485 y ss.

(con distintos y casi siempre razonables fundamentos) a la Corte constitucional de abandonar su situación de aislamiento y de hacer oír directamente su voz al Juez de Luxemburgo, en cuanto interprete supremo de los principios y de los valores constitucionales y de la identidad del País⁵⁵⁰.

La Corte constitucional, en una decisión de 1991, pareció abrirse a la posibilidad de plantear ella misma el reenvío prejudicial europeo, pues afirmó tener “*la facultad de elevar una cuestión prejudicial de interpretación ex art. 177 TUE [hoy 267 TFUE]*”. En el caso concreto no ejercitó dicha facultad, en razón de la claridad de la normativa comunitaria y por ende de la inutilidad de pedir la interpretación al TJUE⁵⁵¹.

Tal posibilidad fue posteriormente cerrada otra vez en forma categorica con la exclusión, en razón de las peculiaridades de la jurisdicción constitucional, de poder calificarse como “órgano jurisdiccional” ex art. 267 TFUE. La Consulta motivó esta exclusión por el hecho de ejercitar ella misma “*esencialmente una función de control constitucional, de suprema garantía de la observancia de la Constitución de la Republica por parte de los órganos constitucionales del Estado y de las Regiones*”, y que por esto la Corte constitucional no puede “*incluirse entre los órganos judiciales, ordinarios o especiales, dado que muchas son, y profundas, las diferencias entre el cometido confiado a la primera, sin precedente en el ordenamiento italiano, y los bien conocidos e históricamente consolidados propios de los órganos jurisdiccionales*”⁵⁵².

Después de varios annos, atendiendo a las exhortaciones de la doctrina, la Consulta por fin decidió dirigir por primera vez⁵⁵³ directamente al Tribunal de

⁵⁵⁰ Pueden verse a este respecto las intervenciones de la doctrina más autorizada en ocasión del Seminario organizado sobre esta tematica por la Corte constitucional el 20 de abril de 2007, cuyas Actas se publicaron en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno* cit.

⁵⁵¹ “*La facoltà di sollevare anch’essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell’art. 177 Tue*”, Corte cost. de 18 de abril de 1991, n. 168, en *Giur. cost.*, 1991, p. 1409, con nota de SORRENTINO, F.

⁵⁵² “*Essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni*” y “*essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali*”, Corte cost., Auto de 29 de diciembre de 1995, n. 536, en *Giur. cost.*, 1995, p. 4459.

⁵⁵³ En los cuatro años 2011-2014, además de los tribunales constitucionales italiano y español, también el alemán y el Conseil Constitutionnel francés, anche il *Conseil constitutionnel* francese plantean por primera vez una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Sobre el caso francés (Cons. const., ord. 4 de abril de 2013) pueden verse: CATALANO, S., *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell’Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, en Riv. AIC Osservatorio, octubre de 2013; ROVAGNATI, A., *Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*, en Quaderni cost., 2013, n. 3, pp. 641 y ss.; MARIN, L., *Il mandato di arresto europeo alla prova del dialogo tra Consiel constitutionnel e Corte di giustizia*, *ivi*, pp. 656 y ss.

Luxemburgo una cuestión prejudicial. Sin embargo, en relación con el tema de este trabajo de investigación, nos parece relevante mencionar que lo hace en el ámbito de un juicio en vía principal y no de un control incidental de constitucionalidad.

La Corte constitucional, sin volver atrás en lo que concierne la definición de sus funciones, admite de poder calificarse como autoridad jurisdiccional de última instancia; en este caso posee un rol determinante la circunstancia de que la Consulta fuera el único juez del caso, y por esto también el único sujeto que pudiese pedir la intervención interpretativa del Tribunal de Justicia, sacrificándose, en caso contrario, el interés general de la UE⁵⁵⁴.

No obstante la cuestión prejudicial europea se hubiera planteado en el ámbito de un juicio en vía principal y la Consulta hubiera claramente dejado entender que las mismas consideraciones no se podían aplicar al juicio incidental, el hecho de calificarse como órgano jurisdiccional legitimado para utilizar el instrumento del reenvío prejudicial al TJUE abría evidentemente a la posibilidad que, en un futuro más o menos cercano, de que ocurriera. Se podía, en efecto, pensar a las hipótesis en las que el juez ordinario no habría podido proceder a la inaplicación de una normativa porque en presencia de Derecho europeo no directamente aplicable o en el caso de presentarse un problema de contra-límites.

Y esto es exactamente lo que se ha verificado: el primer planteamiento en ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad fue en relación con una normativa

Sobre el caso alemán (Trib. cost. federale alemán, ord. 14 de enero de 2014) v. DELLEDONNE, G., *La "prima volta" di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle outright monetary transactions*, en *Centro studi sul federalismo*, Commenti, 13 de febrero de 2014, n. 25; DI MARTINO, A., *Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, en *Federalismi.it*, 19 de febrero de 2014.

Para un análisis de conjunto sobre las razones de estas cuatro experiencias, v. ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo* cit., pp. 490 y ss.

⁵⁵⁴ Corte cost. 15 aprile 2008, n. 103, en *Foro it.*, 2009, I, p. 2009.

Para unos comentarios a esta decisión veáanse, entre otros, GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale* cit., pp. 401 y ss.; BARTOLE, S., *Pregiudizialità comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, en *Regioni*, 2008, pp. 898 y ss.; DANIELE, L., *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, en *Giur. cost.*, 2009, pp. 3551 y ss.; SORRENTINO, F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, *ivi*, 2008, p. 1288; CARTABIA, M., *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, *ivi*, 2008, p. 1312; ANTONINI, L., *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, *ivi*, 2008, p. 2646; CANNIZZARO, E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Riv. dir. inter.*, 2008, pp. 7689 y ss.; CELOTTO, A., *Crolla un altro baluardo*, en *Giustamm.it*; DI STEFANO, E., *Verso un patrimonio comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102*, en *Consultaonline*, 2008; PESOLE, L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Federalismi.it*

europaea no directamente aplicable (después de 5 años desde la “primera vez”), mientras que el segundo para intentar encontrar una solución a un problema de contra-límites (después de 9 años).

El primer supuesto se ha verificado en ocasión de una cuestión de legitimidad constitucional que tenía por objeto la regulación nacional de la duración máxima de los contratos temporales en las escuelas, considerada por los jueces *a quibus* en contraste con la normativa eurounitaria (no directamente aplicable). La Corte constitucional, aunque conociera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre este tema, estimó conveniente pedir aclaraciones sobre la normativa de la UE indicada por los jueces ordinarios remitentes⁵⁵⁵.

La Corte se limita a aludir al precedente del 2008 (aunque, como ya dicho, en este parecía poderse reconocer la legitimación de la Consulta solo en los juicios en vía principal), a afirmar que la cuestión tiene relevancia para el juicio en curso y que ella misma puede calificarse como “jurisdicción nacional” con respecto a lo establecido en el art. 267 TFUE también en los juicios de constitucionalidad propuestos en vía incidental.

Un elemento que ha sido puesto de relieve por parte la mayoría de la doctrina ha sido la falta absoluta de motivación sobre este último punto. En razón de la elección tomada por la Consulta de poder ampliar su legitimación a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE también en el seno de una cuestión de inconstitucionalidad, después de cuanto afirmado (y antes mencionado) en su doctrina anterior, habría probablemente precisado de una argumentación y necesitado una reflexión más extensa⁵⁵⁶.

⁵⁵⁵ Corte cost., Auto de 18 de julio de 2013, n. 207, en *Giur. cost.*, 2013, p. 2885, con nota de CERRI, A.

⁵⁵⁶ En este sentido RUGGERI, A., *A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di “comunitari età” congiuntamente proposte in via d'azione*, en *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 372-73; GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale cit. (2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 413; UCCELLO BARRETTA, L., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, en *Riv AIC, Osservatorio*, noviembre, 2013; GUATAFERRO, B., *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, en *Forumquadernicostituzionali*, 21 de octubre de 2013; IADICICCO, M.P., *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, en *Riv AIC, Osservatorio* enero de 2014.

Una interesante lectura del Auto 207/2013 ha sido, recientemente, proporcionada por Giorgio REPETTO⁵⁵⁷, que halla la mayor innovación introducida por esta decisión justo refiriéndose a la problemática de la “doble prejudicialidad” a la que hemos dedicado algunas reflexiones anteriores.

El Autor ha afirmado que la superación de la tradicional posición de la Corte constitucional encuentra su razón de ser en el relieve propiamente constitucional de los bienes y de los principios que en aquella ocasión estaban en juego y que necesitaban de ser trasladados ante la Corte de Luxemburgo justo de la mano de quien, por su rol en el ordenamiento nacional, tiene la capacidad de defenderlos de la forma más plena (y contundente, añadiríamos).

Por todas estas razones, la Corte constitucional habría “quitado hierro” al problema de la legitimación a plantear las cuestiones prejudiciales, o de la prioridad entre las mismas (analizada anteriormente), aportando una contribución importante al pluralismo constitucional europeo caracterizado por una actitud cada vez más dialógica e interactiva.

El segundo supuesto de un planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Juez de Luxemburgo por parte de la Consulta en ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad⁵⁵⁸ es muy reciente y especialmente trascendente: el caso Taricco.

El denominado, y ya muchas veces mencionado, “caso Taricco” trae causa de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano al Tribunal de Justicia en el seno de un proceso penal por constitución y organización de asociación con ánimo de comisión de delitos en materia de IVA, con la consiguiente lesión de los intereses financieros de la Unión Europea.

El objeto concreto de la cuestión prejudicial es la conformidad con el derecho de la UE de la regulación nacional de la prescripción, en la parte en la que se establece que en ningún caso la interrupción de la misma puede comportar el aumento de más de un cuarto del tiempo necesario para prescribir, teniendo como efecto práctico que la impunidad por prescripción se convierta en regla.

El juez italiano hacía notar que, si fuese posible dejar de aplicar la susodicha regulación, se tutelaría más eficazmente la finalidad atribuida al derecho de la UE y

⁵⁵⁷ REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità* cit., pp. 671 y ss.

⁵⁵⁸ Corte cost., Auto de 26 de enero de 2017, n. 24, en Foro it., 2017, I, p. 393.

expresada en el art. 325 TFUE, de acuerdo con el cual “*los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros*”.

El Tribunal de Justicia, en extrema síntesis, contestó sosteniendo que si la legislación nacional de la extensión del plazo de prescripción termina por evitar que se inflijan sanciones efectivas y disuasorias en “un número considerable de casos de fraudes graves que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea”, el juez nacional habría tenido que dar efectividad al art. 325 TFUE, inaplicando, cuando necesario, las disposiciones nacionales que tuvieran el efecto de impedir que el Estado miembro cumpliera con sus obligaciones en razón de la mencionada disposición del Tratado. La verificación de la existencia de las circunstancias que permiten la inaplicación queda confiada a la discrecionalidad del juez ordinario nacional⁵⁵⁹.

Las respuestas de los jueces italianos a la decisión del Tribunal de Luxemburgo han sido inmediatas y heterogéneas.

En un primer pronunciamiento, la Corte de casación ha estimado deber desaplicar la norma en cuestión, apelando a la sentencia del Juez europeo y considerando presentes las condiciones indicadas para la existencia de una obligación de inaplicación⁵⁶⁰.

Por el contrario, la Corte de apelación de Milán consideró que debía plantear cuestión de constitucionalidad de la norma que introducía en Italia el Tratado, en la parte en la que se impone la aplicación de la interpretación de la normativa italiana

⁵⁵⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 8 de septiembre de 2015, asunto *Taricco*, en *Foro italiano*, 2015, IV, p. 609.

El Tribunal de Justicia ha afirmado la propia competencia en materia de sanción del fraude fiscal y ha respondido que, si es cierto que los estados tienen la libertad de elección de las sanciones aplicables, sin embargo los mismos deben asegurarse de que en casos de fraude existan sanciones penales efectivas y de carácter disuasivo, avanzando también la hipótesis de ilegitimidad, de acuerdo con la propia lógica del *tertium comparationis*, cuando tales medidas no son menos eficaces que las adoptadas para combatir casos de fraude de gravedad similar que lesionan intereses financieros nacionales.

El Tribunal de Luxemburgo estima por tanto que si el juez nacional llegase a la conclusión de que las disposiciones nacionales no cumplen con las obligaciones de la UE relativas al carácter efectivo y disuasivo de las penas, aquel deberá garantizar la plena eficacia del derecho de la UE desaplicando tales disposiciones.

En esta ocasión el TJUE se ha interrogado sobre la posible violación de los derechos fundamentales de los destinatarios de la normativa, sobre todo en relación al respeto del principio de legalidad y de irretroactividad de las normas penales incriminadoras (art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE), resolviendo en sentido negativo, en la consideración que la desaparición de la normativa nacional tendría solo como efecto no permitir una reducción del término de prescripción.

⁵⁶⁰ Cass. 17 de septiembre de 2015, nota de PENNACCHINI, en *Foro italiano*, 2016, II, p. 87.

indicada en la sentencia Taricco y la consiguiente desaplicación, también si se derivaban efectos desfavorables para el imputado, con referencia al art. 25.2 de la Constitución italiana⁵⁶¹.

En otra ocasión, la Corte de casación consideró en cambio que en el caso enjuiciado no eran aplicables los principios indicados en la sentencia Taricco, en cuanto no se trataría de un delito “grave” y el delito ya había sido declarado como prescrito. Ello porque la sentencia Taricco debe valer solo para hechos aún no prescrito a fecha de su publicación (3 de septiembre de 2015). La cuestión de legitimidad constitucional se consideró por tanto no relevante para el juicio en curso⁵⁶².

El tema lo volvió a examinar la Corte de casación, quien ha elevado cuestión de constitucionalidad ante la Corte constitucional a través de un amplio y elocuente auto de remisión⁵⁶³, cuestión que llevará a la decisión de la Corte constitucional de plantear ella misma una cuestión prejudicial al TJUE, y que analizaremos en las páginas siguientes. En la misma, se presentan dudas de compatibilidad con el principio de irretroactividad de la ley penal *in malam partem*, con la reserva de ley incluida en el art. 25.2 de la Constitución italiana y con el principio de taxatividad de la norma penal, con el principio de separación de poderes y de sujeción del juez a la ley (y que derivan no tanto de la obligación del juez de respetar una fuente supranacional, cuanto del contenido de la regulación derivante, que permite que el juez ordinario lleve a cabo valoraciones de naturaleza político-criminales), con el derecho de defensa del encausado y el principio de la finalidad educativa de la pena (art. 27 de la Constitución italiana), pues que la pena no se dirigiría a la reeducación del condenado, sino que se transformaría únicamente en un instrumento de protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

La doctrina que se ha ocupado de la sentencia “Taricco” ha mostrado en su mayoría preocupación por las consecuencias que podría tener aparejadas una jurisprudencia similar, sobre todo si se ve confirmada en un futuro por el Tribunal de Justicia.

En este sentido, se ha hablado de una decisión con “*trazos de absoluta excepcionalidad*”, por la forma de construir los deberes penales del Estado y por las

⁵⁶¹ App. Milano, ord. 18 de setiembre de 2015, en *Giust. pen.*, 2015, I, p. 258.

⁵⁶² Cass. 25 gennaio 2016, n. 7914, Tormenti, en *Foro italiano*, 2016, II, 232.

⁵⁶³ Cass., ord. 30 de marzo de 2016-8 de julio de 2016, Cestari, ined.

obligaciones que traslada a los jueces⁵⁶⁴; de una “*sentencia fea*”, “*en palmaria contradicción con los principios supremos de nuestro ordenamiento constitucional*”, principios de civilidad jurídica que estructuran la identidad de nuestro ordenamiento⁵⁶⁵; de una sentencia caracterizada por una “*destrutividad creativa*”, con una aceleración tan brusca que pone las bases para un viaje sin retorno y que, más que poner en discusión los “contra-límites”, supera la idea misma de constitución nacional como límite al derecho penal, superando todo los axiomas⁵⁶⁶; de un pronunciamiento que “*subvierte de manera incauta medio siglo de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”⁵⁶⁷; de un incidente parangonable a una “*tormenta perfecta*”, caso de enorme impacto, impensable antes de que sucediera y que se ha podido llevar a cabo sólo porque se han dado una serie de condiciones⁵⁶⁸.

No ha faltado, sea como fuere, quien ha negado expresamente que la supuesta violación del art. 25.2 de la Const. pueda ser considerada un “contra-límite”, teniendo de todos modos el Tribunal de Justicia un papel más próximo al del legislador que al del juez⁵⁶⁹.

De manera más particular, la doctrina ha señalado, en sentido negativo, que un deber de los estados configurado en términos marcadamente finalistas, por tanto no auto-aplicativos, se transforma en un deber para el juez de inaplicar una normativa nacional considerada en contradicción con tal obligación⁵⁷⁰.

Esto viene a incidir sobre la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial, en el sentido del reconocimiento al segundo de una función que no le es

⁵⁶⁴ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, en *Rivista AIC*, 15 de mayo de 2016, p. 2.

⁵⁶⁵ LUCIANI, M., *Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, en *Rivista AIC*, 15 de abril de 2016, n. 2, pp. 7 y ss.

⁵⁶⁶ MANES, V., *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁵⁶⁷ BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori?*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁵⁶⁸ SOTIS, C., *Il limite come contro limite*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁵⁶⁹ VIGANO', F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016, que considera que, en todo caso, el Derecho europeo tiene anticuerpos para proteger, mejor que el Derecho nacional, los derechos fundamentales de la persona, por lo que, si el propósito es la defensa de los derechos fundamentales, el camino obligado es defenderlos juntos en Europa y no contra Europa.

⁵⁷⁰ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

En sentido contrario v. VIGANO', F., *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit., que señala la existencia de expresiones similares a la de “fraude grave” en la legislación penal; por lo que concierne la noción de “número considerable de casos”, si el juez no considerara superada la prueba, será suficiente aplicar las normas correspondientes, sin “incomodar” los contra-límites.

propia y sobrepasa los límites de la jurisdicción⁵⁷¹, por el hecho que, en este tipo de casos, habría sido de esperar que se requiriera, en la forma prevista, una intervención del legislador, dado que la ineficacia de una normativa podría partir de razones absolutamente diversas (farragosidad de las reglas procesales, carácter exiguo de los plazos de prescripción, ineficacia de los tribunales y de la policía, etc.)⁵⁷². El efecto podría ser el de una operación quirúrgica confiada al juez ordinario y que mañana podría no tener límites, alimentando una auténtica “formación paralela del derecho” por vía judicial⁵⁷³.

El carácter indeterminado de las prescripciones derivadas del pronunciamiento del Tribunal de Justicia (“fraude grave”, “normativa que impide imponer sanciones eficaces y disuasivas”, “número considerable de casos”) no respetaría de todas formas el carácter jurisdiccional de la actividad del juez, pidiéndole al mismo elecciones sustancialmente libres⁵⁷⁴. Algunos han sostenido a este respecto que el verdadero “contra-límite” se ubicaría justamente en la imposibilidad de subvertir los límites que encuentra el juez penal inherentes a su naturaleza jurisdiccional⁵⁷⁵.

Otro aspecto que la reflexión de la doctrina sobre el caso Taricco ha puesto de relieve es el de la ponderación operada por el Tribunal de Justicia entre los diferentes valores que entran en juego, subrayando que, respecto a lo ya sucedido en el caso Melloni, ante a una amenaza en contra de la aplicación uniforme del Derecho de la UE, el Tribunal de Luxemburgo “va directo” sin valorar debidamente los derechos y garantías previstos a nivel nacional⁵⁷⁶. Se subraya que, en definitiva, se consagra como “base legal” para la tutela de los intereses financieros de la Unión lo establecido en el art. 325 TFUE⁵⁷⁷, definido por algunos como el “as ganador” (*asso di briscola*, en italiano), en cuanto la historia del derecho penal europeo nos enseña que cuando la UE sitúa un caso en la tutela de los intereses financieros está hiper-legitimada, mucho más que en otros sectores, para imponer nuevas vías⁵⁷⁸.

⁵⁷¹ Sobre este tema, recientemente, CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, C., TARLI BARBIERI, G. (Coords.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016.

⁵⁷² LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit.

⁵⁷³ MANES, V., *La “svolta” Taricco* cit.

⁵⁷⁴ LUPO, E., *La primauté del diritto dell’Ue e l’ordinamento penale nazionale*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016.

⁵⁷⁵ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

⁵⁷⁶ REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco* cit.

⁵⁷⁷ MANES, V., *La “svolta” Taricco* cit.

⁵⁷⁸ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

El “contra-límite” se identifica por lo tanto con no situar en el centro a la persona humana y en el actuar de modo que la misma pueda ser instrumentalizada en un juicio penal⁵⁷⁹, en cuanto el único interés relevante para el Derecho de la UE termina siendo el financiero, mientras que no se le otorga ningún peso a la naturaleza de otros intereses en juego o la centralidad de los derechos de la persona humana⁵⁸⁰.

La inmensa mayoría de la doctrina concuerda en realizar una valoración negativa de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Taricco, mientras, en relación a la “solución” esperada por parte de la Corte constitucional, para algunos ésta debería haberse dirigido directamente a la declaración de inconstitucionalidad; en cambio para otros la solución debía ser la de una advertencia “fuerte y clara”, pero a través de un pronunciamiento de falta de fundamento (puede que de naturaleza interpretativa) o (como ya sucediera en el caso de 1989 recordado al inicio de este trabajo) de inadmisibilidad⁵⁸¹.

En otra ocasión anterior, quien escribe ahora había sostenido a este respecto la necesidad de llegar a una solución del conflicto mediante una aplicación más blanda del principio de los contra-límites, abriendo un diálogo entre los tribunales a través de mecanismos que el derecho nacional y el europeo ponen a disposición de los jueces, en particular, de los constitucionales, subrayando que el mismo artículo 4.2 del Tratado de la UE afirma la necesidad de que la UE respete “la identidad nacional inserta en [su] estructura fundamental, política y constitucional” de los Estados miembros, casi legitimando la oposición de “contra-límites” en los casos en los que los principios

⁵⁷⁹ SOTIS, C., *Il limite come contro limite* cit.

⁵⁸⁰ LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit., considera que tenga que negarse que el problema pueda superarse recurriendo a la denominada “europeización de los contra-límites”; en efecto, esta constituiría una suerte de contradicción en sí misma, pues el ordenamiento al que se pondría el límite se convertiría en su “gestor”, mientras que la identidad nacional a respetar es solo aquella que declara el Estado mismo.

⁵⁸¹ En efecto, algunos Autores han estimado como excesivamente “suave” la invitación a la Corte de entrar en diálogo con el Juez de Luxemburgo (LUCIANI, M., *Il brusco risveglio* cit.), invitando la primera sin ambages a abrazar finalmente el instrumento de los contra-límites y estimando que la defensa de los elementos identitarios de nuestro ordenamiento es efectivamente una competencia de la Corte. Ella debe por tanto realizarlo sin dejarse intimidar por el fantasma de la “guerra” o de otras catástrofes y tutelar el predominio axiológico de la Constitución, como ha hecho con respecto al TEDH con ocasión de la sentencia núm. 49 de 2015. Otros se han centrado en dar una solución más blanda y de compromiso (no utilizar, entonces, los contra-límites, sino de buscar soluciones de compromiso, VIGANO’, F., *Il caso Taricco davanti alla Corte* cit.), o sugiriendo acudir a los efectos temporales y aplicar los principios de la sentencia TJUE Taricco sólo para los plazos no vencidos (REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco* cit.) o a la ambigüedad de la definición de “inaplicación” y “no aplicación”, con el fin de encuadrar las afirmaciones contenidas en la sentencia Taricco en un marco teórico compatible con nuestro ordenamiento, sin desmentirlo, pero de forma que se le dé una advertencia al Tribunal de Justicia (BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata* cit.)

fundamentales y las características fundamentales del Estado constitucional se vean comprometidas⁵⁸².

La Corte italiana, ha elegido justamente un camino dirigido al dialogo: plantear una duda interpretativa sobre el Derecho de la UE tal y como viene interpretado en la sentencia Taricco del Tribunal de Justicia, planteando por tanto una cuestión prejudicial.

La Corte constitucional, en primer lugar, sostiene que la primacia del Derecho de la UE encuentra un límite en los principios supremos del ordenamiento nacional, cuya violación conduce por tanto a la declaración de inconstitucionalidad de la ley que ha introducido el Tratado europeo *in parte qua*.

Pasando al caso concreto, indica la Corte, entre las particularidades del ordenamiento italiano, la naturaleza sustantiva y no meramente procesal de la prescripción; por esta razón el correspondiente régimen legal debe considerarse sujeto al principio de legalidad en materia penal, con todas las consecuencias que de ello se derivan en orden a la necesaria descripción precisa de los supuestos y a la anterioridad de la regulación respecto al tiempo de la comisión del delito.

El Juez constitucional evidencia así que no subsiste a este respecto un deber de uniformidad entre todos los países de la UE, sino que la reglamentación relativa debe insertarse entre las tradiciones constitucionales de cada país y concluye recordando que el principio de legalidad tiene como finalidad la protección de los derechos inviolables, por lo que debe considerarse un principio fundamental y supremo.

El problema, por tanto, pasa por tratar en la medida de lo posible de realizar una interpretación que excluya la contradicción entre el principio de legalidad, establecido en la Constitución italiana, y la previsión del Tratado tal y como la interpreta el Tribunal de Justicia en la sentencia Taricco y, tratándose de un problema interpretativo, se decide plantear una cuestión prejudicial al propio Tribunal de Luxemburgo.

⁵⁸² ROMBOLI, S., *La nuova stagione dei contro limiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, en *Consultaonline*, 22 de diciembre de 2016, III, 1 ss., donde sostuve en mis conclusiones que los tribunales nacionales, en particular, deberían actuar guiándose por el objetivo de ver realizado y nunca cuestionados los que se definen como principios supremos del ordenamiento constitucional, intentando -siempre que sea posible- evitar la utilización de "instrumentos fuertes" que podrían determinar el cierre del diálogo; sería aconsejable en efecto recurrir a todos aquellos instrumentos disponibles que sean más "suaves" y por lo tanto tal vez incluso más persuasivos y eficaces, con el fin de estimular el dialogo mismo (como las sentencias interpretativas, la posibilidad de intervenir en la modulación de los efectos de las decisiones, las advertencias, los consejos y las recomendaciones al legislador y a los tribunales ordinarios, etc).

Con el fin de verificar si la regla tratada en la sentencia Taricco satisface los requisitos de la determinación de los supuestos, derivante del principio de legalidad, la Corte constitucional estima que se mueve en dos planos diversos.

El primero, concerniente a la verificación de si la solución interpretativa proporcionada por el Tribunal de Justicia es, con base en el dato normativo, razonablemente predecible y perceptible por la persona que ha realizado la conducta con relevancia penal.

El Constitucional llega a la siguiente conclusión: *“la Corte está convencida de que la persona no podía pensar razonablemente, antes de la sentencia dictada en el caso Taricco, que el art. 325 TFUE impusiera al juez no aplicar los arts. 160, última sección y 161.2 del código penal en aquellos casos en los que se derivara impunidad de graves fraudes fiscales lesivos de la UE en un número considerable de casos, ni la violación del principio de asimilación”*⁵⁸³.

El segundo plano se refiere a la reserva de ley en razón del grado de determinación de los supuestos derivada del art. 325 TFUE, especialmente por el poder del juez al que no se puede atribuir llevar a cabo valoraciones discrecionales, en cuanto la decisión libre del juez caso por caso está prohibida por el principio fundamental de la separación de poderes.

Sobre esta cuestión el Constitucional italiano concluye de nuevo con claridad que la referencia al “número considerable de casos” es un concepto ambiguo y, sea como fuere, no colmable de contenido a través de la actividad interpretativa del juez, al que la ley penal no puede encomendar objetivos de resultado⁵⁸⁴.

⁵⁸³ *“La Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l’art. 325 Tfuе prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l’impunità di gravi frodi fiscali in danno dell’Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione”*.

⁵⁸⁴ La Corte constitucional constada en particular que “en el ordenamiento italiano, así como en el ordenamiento europeo, la actividad jurisdiccional está sujeta al gobierno del derecho penal; mientras que esta última, por el contrario, no puede limitarse a asignar objetivos al juez. No puede entonces excluirse que la legislación nacional pueda y tenga que inaplicarse cuando esto sea establecido en casos específicos por la legislación europea. No es, sin embargo, posible que el Derecho de la Unión imponga un objetivo de resultado al juez penal y que, en ausencia de una normativa que predefina analíticamente los casos y las condiciones, este último tenga que alcanzar el resultado a través de cualquier medio que encuentre en el ordenamiento” (*“nell’ordinamento italiano, come anche nell’ordinamento europeo, l’attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest’ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell’Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto*

Sobre la base de las conclusiones que se acaban de relatar, la Corte constitucional, aun estando convencida de la respuesta negativa, pregunta igualmente el Tribunal de Justicia si considera que el juez nacional tenga que aplicar una regla del Derecho de la UE aun cuando la misma contraste con principios supremos del Estado, sin dejar de recordar que el art. 4.3. del Tratado expresa el principio de leal cooperación que implica respeto y asistencia recíprocos.

En opinión de la Corte, ello comporta que *“las partes están unidas en la diversidad. No habría respeto si las razones de la unidad pretendiesen cancelar el núcleo mismo de los valores por los que se rige el Estado miembro. Y no lo habría ni tan siquiera si la defensa de la diversidad excediese ese núcleo llegando a obstaculizar la construcción del futuro de paz, fundado sobre los valores comunes⁵⁸⁵ del que habla el preámbulo de la Carta de Niza [...]. De esto consigue, en línea de principio, que el derecho de la Unión y las sentencias del Tribunal de Justicia, que especifican el significado a fin de lograr una aplicación uniforme, no pueden interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su orden constitucional”⁵⁸⁶.*

La Corte constitucional sugiere, por tanto, al Tribunal de Justicia una lectura de la regla derivada del art. 325 TFUE en el sentido de que la misma debe ser considerada aplicable solo a condición de que sea compatible con la identidad constitucional del Estado miembro, precisando que si tal interpretación se considerase correcta, la cuestión de constitucionalidad sería resuelta con un pronunciamiento de inadmisibilidad.

Una lectura similar, en opinión de la Corte, preserva por un lado la identidad nacional y por otro no compromete la interpretación uniforme del Derecho de la UE, configurando por lo tanto una solución conforme al principio de cooperación leal y de proporcionalidad. En caso contrario, el proceso de integración europea tendría el efecto

di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento”.

⁵⁸⁵ Las palabras de la Corte parecen evocar cuanto anteriormente escrito por Giuliano AMATO (hoy Magistrado constitucional), que afirmó: todos debemos entender que, más allá de un determinado límite, la uniformidad no pueda ir pero que, más allá de un determinado límite, las mismas diversidades destruyen nuestra unidad” (*“Dobbiamo tutti capire che, oltre un certo limite, l'uniformità non possa andare ma, oltre un certo limite, le stesse diversità distruggono la nostra unità”* (Corte costituzionale e Corti europee. *Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015, 10).

⁵⁸⁶ *“Le parti siano unite nella diversità. Non vi sarebbe rispetto se le ragioni dell'unità pretendessero di cancellare il nucleo stesso dei valori su cui si regge lo Stato membro. E non vi sarebbe neppure se la difesa della diversità eccedesse quel nucleo giungendo ad ostacolare la costruzione del futuro di pace, fondato su valori comuni, di cui parla il preambolo della Carta di Niza [...]. Ne consegue, in linea di principio, che il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale”.*

de degradar las conquistas nacionales en materia de libertades fundamentales y de alejarse de su recorrido de unificación llevado a cabo necesariamente teniendo bien presente el respeto de los derechos humanos.

El Juez constitucional italiano puntualiza que el impedimento del juez nacional de aplicar la regla enunciada en la sentencia Taricco no deriva de una interpretación alternativa del derecho de la UE, sino sólo de la circunstancia (externa al mismo) de que la prescripción en Italia tiene una naturaleza sustantiva, con ello reconociendo un nivel de tutela mayor, a través de una lectura más amplia del principio de legalidad que comprende también la prescripción.

Resulta inevitable en este punto establecer paralelismos con el caso Melloni que implicó al Tribunal constitucional español y de ahí los esfuerzos de la Corte italiana para mostrar las diferencias entre ambos casos. En el primero, en opinión de la Corte, la solución pedida por el TC habría incidido sobre la decisión marco, con respecto al reconocimiento recíproco de las decisiones penales, con una fractura de la unidad del Derecho de la UE en una materia basada sobre la confianza recíproca en un ordenamiento normativo uniforme. Distinto sería, en cambio, el caso Taricco: aquí no se pone en discusión la regla deducida del art. 325 TFUE, sino sólo la existencia de un impedimento a su aplicación directa por parte del juez nacional, que deriva no de una contraposición con un norma nacional sino de la circunstancia “externa” al Derecho de la UE de que la prescripción forma parte del régimen del derecho sustantivo estatal y por tanto del principio de legalidad.

De todas formas la Corte constitucional, tras haber subrayado la particularidad del ordenamiento italiano reconociendo a la prescripción naturaleza sustantiva, toma en consideración la hipótesis de que, por el contrario, debería considerarse la naturaleza procesal de la misma, para subrayar que también en este caso, la regla que deriva de la sentencia Taricco entraría igualmente en contradicción con el principio de legalidad, esta vez en relación a la falta de determinación de los supuestos⁵⁸⁷.

Una de las razones por las que se solicitaba fuertemente la Consulta a que se pusiera en un contacto directo con el TJUE, era justamente la hipótesis de activar así

⁵⁸⁷ Las cuestiones de interpretación sometidas al juicio del Tribunal de Luxemburgo resumen todo lo que se refleja en los fundamentos, preguntando si el art. 325 TFUE debe ser interpretado en el sentido de imponer la no aplicación del derecho nacional: 1) en presencia de una regla que no contenga un supuesto suficientemente determinado (para el caso de que se pretenda reconocer a la prescripción tan sólo valor procesal); 2) también cuando en el ordenamiento estatal la prescripción tenga naturaleza sustantiva y esté sujeta al principio de legalidad; 3) también cuando la aplicación omitida esté en contradicción con los principios supremos del orden constitucional del Estado o con los derechos inalienables de la persona reconocidos por la Constitución nacional.

los contra-límites, sobre todo como posibilidad real de tener una cierta influencia en la formulación de las decisiones del Tribunal de Luxemburgo⁵⁸⁸.

El asunto Taricco presenta ambos perfiles apuntados en los párrafos anteriores, es decir de un lado la posibilidad de defender los derechos fundamentales del individuo como contralímite frente a la aplicación del DUE a través de la vía incidental, y, de otro, la búsqueda de la misma finalidad utilizando la cuestión prejudicial al TJUE por parte del Juez constitucional.

Sobre el primer aspecto, de manera muy significativa la Corte constitucional subraya, en el Auto 24/2017, que el Tribunal de Justicia tiene la tarea de establecer la interpretación del Derecho de la Unión, mientras que no puede ser cargada con el peso de valorar también al detalle si el Derecho de la Unión y su interpretación son compatibles con la identidad nacional de un Estado. Parece por ello de todo punto razonable que cuando ello no resulta evidente, el Tribunal de Justicia establezca el significado del Derecho de la UE, remitiendo a las autoridades nacionales la comprobación última sobre la observancia de los principios supremos del Estado. La Corte constitucional concluye al respecto afirmando que, en consideración de la elección de un sistema concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, una comprobación semejante no puede esperarse más que de sí misma; de ahí el acierto en la actuación del juez ordinario que, en estos casos, plantea la cuestión de legitimidad constitucional por la vía incidental.

El Constitucional italiano vuelve a afirmar así con fuerza el propio papel de interlocutor privilegiado con el Tribunal de Justicia cuando se trata de identificar y hacer valer los principios supremos del ordenamiento y los derechos inalienables de la persona como elementos que caracterizan la identidad y las tradiciones del país, los cuales no consienten la incorporación en el ordenamiento estatal de reglas que entren en conflicto con los mismos.

La Corte constitucional, en la decisión arriba mencionada, afirma en efecto que *“en el ordenamiento italiano [la valoración de la compatibilidad de la regla de la UE con la identidad constitucional del Estado miembro] puede darse a través de la iniciativa del juez que, llamado a aplicar la regla, pide a esta Corte que compruebe la compatibilidad con los principios supremos del orden constitucional. Es pues*

⁵⁸⁸ Véanse, entre otros, CARETTI, P., *Corte e rinvio pregiudiziale*, y TIZZANO, A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, ambos en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno* cit., pp. 143 ss. y pp. 479 ss.

obligación de esta Corte aceptar, en su caso, la incompatibilidad y por consiguiente excluir que la regla pueda ser aplicada en Italia”⁵⁸⁹.

Por lo que concierne al segundo aspecto la Corte constitucional ha elegido el camino del reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia que, por lo que hemos podido leer, nadie en doctrina había previsto.

Los primeros comentarios de los Autores italianos han ido en el sentido de indicar que se trata de un pronunciamiento “*cortés en la forma, rocoso en el fondo*”⁵⁹⁰, “*diplomático, pero firme*”⁵⁹¹, “*de claridad cristalina*”⁵⁹², “*valiente, deferente, pero claro*”⁵⁹³.

Partiendo de los razonamientos recordados en los párrafos anteriores, nadie puede dudar de que la posición asumida a este respecto por la Corte sea en el sentido de la nítida contradicción de la regla que deriva de la sentencia Taricco del Tribunal de Justicia con los principios supremos del ordenamiento constitucional italiano (principio de legalidad y de división de poderes).

Por consiguiente, no parecería poderse dudar que, si el Tribunal de Justicia confirmara *in toto* la lectura de la propia sentencia en el sentido del deber de no aplicar el derecho nacional, la sentencia de inconstitucionalidad seguiría de manera casi automática.

No parece haber duda sobre que la Corte constitucional haya dictado una decisión mucho más que “interlocutoria”, dado que ha decidido utilizar afirmaciones de las que bien difícilmente podrá volver atrás. Es más: se podría suponer que lo haya

⁵⁸⁹ “*Nell’ordinamento italiano [la valutazione della compatibilità della regola eurounitaria con l’identità costituzionale dello stato membro] può avvenire attraverso l’iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell’ordine costituzionale. E’ poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l’incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia*”.

⁵⁹⁰ “*Garbato nella forma, roccioso nella sostanza*”, MANES, V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017.

⁵⁹¹ “*Diplomatica, ma ferma*”, FERRANTE, M. L., *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco: una decisione “diplomatica” ma ferma*, en *diritti fondamentali.it*, 29 de enero de 2017, fasc. 1. Sobre el carácter diplomático de la decisión véase también CUPELLI, C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017.

⁵⁹² “*Di chiarezza cristallina*”, GIGLIO, V., *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell’ordinanza n. 24/2017*, en *Filodiritto*, 2017, que afirma que hay que aprobar sin reservas la decisión en cuestión, que merece incluso ser mencionadas en las “*altas paginas*” de la historia de la jurisprudencia constitucional italiana.

⁵⁹³ “*Corraggiosa, deferente, ma netta*”, AMALFITANO, C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, en *Euroius.it*, 2017.

hecho a propósito, precisamente para cerrarse la posibilidad de dar marcha atrás y hacer entender que, en este momento, no tiene intención alguna de hacerlo.

La firme toma de posición parece unida al ya mencionado carácter “diplomático” y “cortés” del pronunciamiento (expresión esta última que utilizamos también para describir el Auto 86/2011, de 9 de junio, del Tribunal Constitucional a propósito del caso Melloni), manifestado sobre todo en la elección de un instrumento de colaboración y de diálogo, como el del reenvío judicial con respecto a un pronunciamiento de inconstitucionalidad que habría parecido un acto inmediatamente hostil y de oposición.

En este momento, como en una apasionante partida de ajedrez⁵⁹⁴, es el turno del Tribunal de Justicia para mover pieza, y la doctrina ya ha avanzado a este respecto algunas posibles soluciones y diseñado diversos escenarios⁵⁹⁵.

Ante la apertura de un diálogo - aunque con muchos puntos firmes - por parte de la Corte constitucional, no queda ahora sino esperar que el Tribunal de Justicia se muestre abierto al menos a continuar el mismo diálogo, lo que no significa pretender que éste acepte plenamente las sugerencias y la interpretación avanzadas por aquella, sino que no se enroque, de manera arrogante y casi indignada, en su propia posición.

El significado del diálogo entre los tribunales es precisamente el de limar los ángulos, sin pretender que una exigencia (por ejemplo, la de uniformidad) se imponga

⁵⁹⁴ MANES, V., (*op. ult. cit.*) describe y reconstruye los hechos parangonándolos a un partido de ajedrez, observando como la Corte constitucional haya puesto en jaque al Tribunal de Luxemburgo; no se trataría sin embargo de un jaque mate, siendo muchas las posibles salidas y conclusiones.

⁵⁹⁵ El primero en el que el problema podría verse superado en razón de las recientes modificaciones legislativas aprobadas durante este tiempo en Italia; otro, definido como “diálogo pasivo”, en el caso de que el Tribunal de Justicia siguiera una interpretación “esterilizante” de la sentencia Taricco o al menos una relectura de la misma en el sentido de “taxativizar” los criterios allí enunciados; o también otro, del “diálogo activo”- definido ajedrezísticamente como “movimiento del caballo”- en el sentido de la máxima expansión de los derechos, es decir elevando la protección italiana al nivel de valor de la Unión Europea, y finalmente el de “enroque hacia atrás”, en el sentido de afirmar la propia jurisprudencia, situando a la Corte italiana en la tesitura de o bien desistir o bien seguir las propias afirmaciones y declarar la inconstitucionalidad (MANES, V., *op. ult. cit.*).

Sobre la hipótesis de considerar el principio de legalidad (así como interpretado en el Derecho italiano) como un principio general del Derecho de la Unión, interpretando el art. 49 de la Carta de los Derechos de forma que incluya también la prescripción y adquiriendo así en la Unión los valores comprendidos en el contra-límite afirmado/aplicado por Italia, véanse también AMALFITANO, C., *op. ult. cit.* y, más detenidamente, AMALFITANO, C., CONDINANZI, M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 176.

Se ha defendido que el Tribunal de Justicia también podría decidir, como vía de compromiso, limitar en el tiempo los efectos del propio pronunciamiento, estableciendo que la desaplicación debería valer sólo para los delitos cometidos tras la respuesta del mismo Tribunal a la cuestión prejudicial propuesta por la Corte italiana (AMALFITANO, *La vicenda Taricco cit.*).

En opinión de CUPELLI, *op. ult. cit.*, al Tribunal de Justicia queda elegir solo entre dos opciones: dar un paso atrás, aceptando la interpretación correctiva sugerida por la Corte constitucional italiana o seguir adelante en su camino, aceptando el riesgo de una declaración de inconstitucionalidad.

necesariamente sobre las otras (por ejemplo, las tradiciones y los principios constitucionales del Estado miembro).

Así como a menudo sucede que los componentes de un órgano colegiado sigan un buen rato discutiendo en la mesa con el fin de encontrar la solución que mejor consiga ponderar los diferentes valores, también en el diálogo entre los tribunales puede ser útil este intercambio de decisiones, en la que cada una de las partes tiende a precisar mejor sus respectivas exigencias.

Por esto supone un gran paso adelante la decisión de los Jueces constitucionales de autodefinirse como sujetos legitimados para proponer cuestiones prejudiciales y de hacerlo efectivamente, saliendo por tanto de una posición de aislamiento, entrando directamente en el juego y favoreciendo la colaboración.

Y por las mismas razones es de apreciar la elección del Juez constitucional italiano de plantear, para el caso Taricco y antes de tomar una decisión u otra al respecto, la prejudicial europea, permitiéndole al Tribunal de Justicia responder entrando en un diálogo abierto.

Sólo resta esperar que el Tribunal de Luxemburgo no se deje escapar esta ocasión de permitir que la Corte italiana continúe el diálogo, y no cierre bruscamente el mismo como en el caso Melloni.

Conclusiones

Conclusioni

I. Capitolo

Il primo capitolo è dedicato ad una ricostruzione storica delle scelte operate dal Costituente e dal legislatore di attuazione tanto in Italia come in Spagna, in ordine alla individuazione del modello di giustizia costituzionale più idoneo a garantire, in ognuno dei due particolari momenti storici, la natura rigida della Costituzione.

Nella considerazione che oggetto e scopo della tesi sono l'analisi del livello di tutela garantito ai diritti fondamentali attraverso il controllo delle leggi attivato in via incidentale, è sembrato opportuno e necessario prestare particolare attenzione alla contrapposizione tra quella che abbiamo chiamato la "dimensione oggettiva", caratterizzata dalla finalità di eliminare leggi contrarie ai principi costituzionali in una logica essenzialmente astratta e la "dimensione soggettiva", maggiormente attenta invece alla tutela dei diritti costituzionali fatti concretamente valere nei giudizi *a quibus*.

Seguendo questa linea di investigazione, abbiamo quindi sottolineato come la scelta, in entrambe le esperienze, per un sistema accentrato, anziché diffuso, segni inequivocabilmente un punto a favore della natura oggettiva, ma come il vero momento qualificante debba essere individuato nella scelta delle vie di accesso al Giudice costituzionale e dei soggetti legittimati a ricorrere.

In questo abbiamo allora creduto di individuare, nella esperienza italiana, due caratteristiche che rendono la stessa del tutto particolare, se non addirittura unica.

La prima consiste nel fatto che - nonostante l'importanza fondamentale e decisiva della individuazione delle vie di accesso al Giudice costituzionale per la natura e la posizione istituzionale del medesimo nella forma di governo - la Costituzione non contiene alcuna indicazione in proposito, rinviando ad una futura legge costituzionale.

Questo significa che le decisioni fatte con riguardo alla composizione ed al funzionamento della Corte costituzionale (specie alla efficacia delle decisioni) vengono assunte senza che sia chiaro quale sarà l'accesso alla giustizia costituzionale.

La seconda è rappresentata dal fatto che le vie di accesso che saranno poi determinate dalla legge costituzionale n. 1 del 1948 daranno luogo ad un sistema per il quale la via incidentale non sarà, al pari di altre esperienze europee coeve o successive, solo una delle vie di accesso, bensì sostanzialmente l'"unica" via di accesso, stante la

mancata attuazione per oltre venti anni delle regioni ordinarie (che rappresentano l'altra via di accesso per il controllo delle leggi).

Ciò avrà una notevole ripercussione sull'attività della Corte costituzionale, che si trova ad operare ed a costruire il proprio ruolo quasi esclusivamente sui giudizi in via incidentale e sulle analisi della dottrina che, di conseguenza, avranno gli stessi come principale oggetto di riflessione.

Questi elementi ci hanno indotto a qualificare il sistema italiano come "il sistema accentrato più diffuso" tra le diverse esperienze europee, dal momento che la via incidentale è espressiva, in un sistema accentrato, del carattere diffuso (per questo infatti si parla anche di un "sistema accentrato ad iniziativa diffusa").

Lo studio in parallelo dell'ordinamento spagnolo, al contrario, ci ha mostrato un sistema di giustizia costituzionale nel quale il Costituente scelse, probabilmente influenzato dall'esperienza tedesca, di far convivere una pluralità di vie d'accesso alla giustizia costituzionale, ognuna di esse tra l'altro diretta ad una finalità ben individuata: la depurazione dell'ordinamento (attraverso il controllo *a posteriori* di legittimità costituzionale della legge utilizzando il ricorso o la questione di incostituzionalità, nonché un controllo *a priori* dei trattati internazionali), la risoluzione dei conflitti fra livelli territoriali ed infine uno strumento destinato specificamente alla tutela diretta dei diritti fondamentali e azionabile dal singolo, il ricorso d'*amparo* costituzionale.

Di notevole importanza quindi ci è apparsa la comparazione di uno stesso strumento (le cui discipline, come vedremo in questo stesso primo capitolo, concordano in moltissimi aspetti nei due Paesi) in due situazioni temporali, storiche ed istituzionali così differenti.

Proprio su questo aspetto abbiamo voluto sottolineare come il valore dell'utilizzo del giudizio incidentale per la tutela dei diritti non verrebbe sminuito in ragione della previsione di un sistema di giustizia costituzionale che già stabilisce un accesso diretto al Tribunale costituzionale per questo stesso scopo; ma come in realtà la questione di costituzionalità debba considerarsi uno strumento in certi casi ancora più idoneo che l'*amparo* per proteggere i diritti dell'individuo, dato che permette di superare quelle limitazioni "materiali" imposte dalla Costituzione e dalle leggi spagnole al ricorso di *amparo* costituzionale, dal momento che, come noto, solo alcuni diritti sono tutelabili attraverso lo strumento dell'*amparo*.

Sempre con riguardo al sistema spagnolo, ci siamo soffermati su alcuni momenti significativi del dibattito costituzionale. Da un lato abbiamo risaltato come nei lavori preparatori una delle incertezze fosse se permettere a tutti i giudici o solo alle più alte magistrature (come avveniva nell'esperienza precedente del *Tribunal de garantías constitucionales*) di sollevare un dubbio di costituzionalità davanti al TC. La scelta nel senso della prima opzione, come vedremo, assicurerà una maggior protezione dei diritti fondamentali grazie a un più agile accesso alla giurisdizione costituzionale.

Dall'altro lato, il Costituente si interrogò anche sull'opportunità di prevedere la possibilità di sollevare una questione di illegittimità costituzionale a istanza di parte accanto a quella d'ufficio da parte del giudice ordinario. A nostro giudizio, questa circostanza può considerarsi un'altra delle prove che incontreremo durante questo studio della scarsa valorizzazione nell'ordinamento spagnolo al ruolo della parte, destinata per fortuna a evolvere invece in senso sempre più garantista con il passare del tempo.

Una sorta di cartina di tornasole, relativamente alla scelta tra quella che autorevoli Autori hanno definito l'"anima oggettiva" e quella "soggettiva", abbiamo ritenuto di poterla individuare nella presenza di specifiche regole processuali e soprattutto nel rispetto delle stesse da parte dei due Giudici costituzionali.

Questo sul presupposto che nel primo caso risulta abbastanza comprensibile che le regole processuali siano considerate solo aventi un carattere indicativo e non necessariamente vincolante, mentre se l'interesse del giudizio costituzionale è quello di tutelare i diritti fondamentali, la conclusione parrebbe dover essere di segno opposto.

Abbiamo quindi ritenuto che, al di là ed oltre le posizioni espresse in proposito dalla dottrina italiana e spagnola, fosse decisivo per dare una risposta in un senso o nell'altro circa il rispetto delle regole processuali da parte delle Corti costituzionali, l'analisi della esperienza ormai ultrasessantennale della giustizia costituzionale in Italia e di quella degli ultimi (quasi) quarant'anni in Spagna.

Un quadro sintetico della disciplina relativa al giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale mostra infatti come in essa è possibile trovare elementi che possono essere intesi come caratterizzanti un giudizio "oggettivo", mentre altri che tenderebbero al contrario a mostrare una sensibilità maggiormente "soggettiva", tali che hanno permesso di evidenziare la natura "ibrida", sia nell'ordinamento italiano che in quello spagnolo, di questo specifico strumento.

Da qui la conclusione che il modo come il giudizio incidentale si è davvero atteggiato in Italia e in Spagna non possa che derivare da un esame “sul campo” e con questa finalità abbiamo deciso di farlo raggruppando i diversi profili di interesse intorno a tre figure principali: il giudice (capitolo II), le parti (capitolo III) e il Giudice costituzionale (capitolo IV).

L’ultimo capitolo è dedicato ai riflessi e ripercussioni che, specie negli ultimi anni, la tutela sopranazionale dei diritti ha esercitato sul giudizio in via incidentale (capitolo V).

II. Capitolo

Il secondo capitolo è dedicato ad una verifica del grado di tutela dei diritti fondamentali realizzato attraverso la via incidentale, ponendo al centro della indagine la figura del giudice comune ed in particolare la fase del giudizio di costituzionalità della legge che si svolge davanti al giudice *a quo*.

La finalità dell’indagine è quella di esaminare i maggiori problemi e le principali situazioni “sensibili” per una misurazione del livello di tutela offerto e di verificare quali sono state nel tempo le soluzioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale italiana e spagnola, per poter quindi concludere se tali soluzioni siano state in grado, ed in che misura, di garantire i diritti fondamentali fatti valere nel giudizio costituzionale.

L’indagine ha individuato in particolare i seguenti momenti caratterizzanti: la nozione di “giudice” e di “giudizio”, le condizioni richieste affinché sorga nel giudice il potere-dovere di proporre la eccezione di costituzionalità, l’oggetto del giudizio e quindi le situazioni denunciabili, ed infine il provvedimento con cui l’autorità giudiziaria rimette la questione alla Corte.

Con riguardo alla nozione di “giudice” e di “giudizio”, abbiamo rilevato come in Italia nei primi quindici anni di funzionamento della giustizia costituzionale (1956-1971) era prevalsa l’esigenza di depurare l’ordinamento dalla legislazione fascista ancora in vigore e chiaramente in contrasto con la “nuova” Costituzione e, di conseguenza, la “dimensione oggettiva” del controllo di costituzionalità.

Da ciò l'esigenza di incentivare i giudici - poco sensibili ai nuovi valori costituzionali in quanto formati sotto il precedente regime e inesperti del meccanismo della pregiudizialità costituzionale – a sollevare questioni di costituzionalità, condizione indispensabile perché la Corte costituzionale potesse esercitare il compito di defascistizzazione dell'ordinamento, dal momento che, come detto, si trattava dell'unica via attraverso la quale portare una legge all'esame della Corte.

In ragione di ciò la nozione di “giudice” aveva ricevuto un'interpretazione larga e generosa.

Successivamente la giurisprudenza costituzionale ha elaborato una nozione più ristretta di “giudice”, in considerazione della avvenuta eliminazione delle leggi fasciste, della conoscenza e diffusione tra i giudici del meccanismo incidentale e dell'aumentare della concretezza del giudizio costituzionale e, con essa, della sua “anima soggettiva”.

Come situazione emblematica del diverso atteggiarsi della Corte nei due differenti momenti abbiamo ritenuto di indicare quella relativa agli eventuali vizi del procedimento *a quo* oppure contenuti nello stesso provvedimento di rinvio, i quali nella prima delle due fasi indicate venivano ignorati o valutati con molta indulgenza da parte del Giudice costituzionale, a differenza di quanto invece accaduto successivamente allorché la Corte ha invece proceduto a sanzionare i vizi presenti nel giudizio principale, seppur richiedendo che gli stessi avessero carattere di “evidenza”.

Anche la giurisprudenza costituzionale spagnola ha avuto una evoluzione, in questo caso nel senso di interpretare in modo più o meno ampio il concetto di giudizio, piuttosto che quello di giudice come avvenuto nel caso italiano. Abbiamo quindi riconosciuto tre diverse tappe di questa evoluzione: se nei suoi primi anni di funzionamento, il *Tribunal Constitucional* ha interpretato in senso restrittivo il concetto di giudizio, negli anni novanta è sembrato superare quella “qualificazione dogmatica di una attuazione giudiziaria come processo” che finiva per negare la legittimità a determinati giudici (nel caso specifico, giudici che esercitavano un ruolo esecutivo/amministrativo) a sollevare un dubbio di costituzionalità di fronte al TC. Tuttavia, in una fase più recente, il *Tribunal* torna sui suoi passi, riaffermando una interpretazione meno ampia della nozione di “giudizio”. Rispetto a queste vicende, abbiamo messo in evidenza come durante la seconda tappa il TC consenta una lettura più permissiva del requisito in questione proprio in quei casi in cui era in gioco la effettiva garanzia di un diritto fondamentale delle parti del processo *a quo*.

Una caratteristica che ci è sembrato opportuno sottolineare ed analizzare in tutte le specifiche figure nelle quali essa si è concretamente realizzata, è stata la individuazione, da parte della giurisprudenza costituzionale, di una figura “artificiale” di “giudice”, vale a dire di un giudice che è tale solamente “ai limitati fini del giudizio incidentale” (per utilizzare l’espressione impiegata comunemente dalla Corte italiana, ma perfettamente applicabile anche all’ordinamento spagnolo), vale a dire ai fini della legittimazione a proporre questioni di costituzionalità.

Ci siamo quindi soffermati in un’analisi casistica, raggruppando in primo luogo le questioni a seconda che l’ipotesi concreta fosse presente in entrambi i Paesi o fosse un caso specifico e caratteristico di una delle due esperienze, con l’intenzione di trovare punti di contatto o di divergenza.

Accanto alla legittimazione come giudice *a quo*, in entrambi gli ordinamenti, della Corte dei Conti quando svolga attività giurisdizionale o di controllo e di quella della stessa Corte costituzionale italiana, abbiamo accennato alla specifica previsione spagnola che permette la denominata “auto-questione di incostituzionalità”, sollevata direttamente dal Costituzionale per dubbi di legittimità costituzionale di una legge che siano stati rilevati durante un ricorso di *amparo*.

Particolare attenzione è stata quindi dedicata al caso degli arbitri, tanto per la loro particolare natura come per la differente interpretazione data dalle due Corti costituzionali in merito ad una loro legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale. Secondo la Corte italiana, in effetti, questi sarebbero legittimati a sollevare eccezioni di costituzionalità, anche se certamente non qualificabili come giudici, ai quali anzi si pongono in posizione alternativa. L’interpretazione della giurisprudenza costituzionale spagnola, invece, esclude da sempre una loro legittimazione, anche se, come abbiamo evidenziato, la dottrina ed il legislatore hanno provato a dare soluzioni diverse e meno categoriche, anche in considerazione, spesso, della posizione assunta in Italia dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

Siamo quindi passati all’analisi di alcune ipotesi specifiche presenti in ognuno dei due ordinamenti giuridici in esame: la giurisdizione militare, quella volontaria o

alcuni organi “consuetudinari” in Spagna, e la sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura in Italia.

Sempre per quanto riguarda l’esperienza italiana, ci siamo anche soffermati sul caso del Consiglio di Stato nel ricorso straordinario al Capo dello Stato, la cui vicenda è altresì caratterizzata dal fatto di essere l’unico caso in cui la legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità non è derivata dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte, ma è stata prevista direttamente dalla legge.

L’esame delle condizioni richieste per la corretta proposizione della questione di costituzionalità e la loro elaborazione giurisprudenziale sono stati condotti allo scopo di individuare momenti di maggiore o minore sensibilità per la tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

A questo scopo sovente in dottrina ed anche in giurisprudenza si fa riferimento alle condizioni della “incidentalità”, della “pregiudizialità” e della “rilevanza” in un significato spesso analogo, quando non addirittura identico, rischiando così di non tenere in conto le differenze di significato che tali nozioni invece esprimono.

Per questo abbiamo invece ritenuto opportuno di trattare separatamente le singole figure, allo scopo di identificare i problemi ai quali ognuna di loro ha dato luogo e le soluzioni che sono state offerte dalla giurisprudenza.

Così con riferimento alla “incidentalità” abbiamo evidenziato le conseguenze derivanti dalla nozione di “giudizio”, ricordando l’importante e recente questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di cassazione italiana nell’ambito di un giudizio previsto per la sola enunciazione di un principio di diritto nell’interesse oggettivo della legge.

Per la “pregiudizialità” abbiamo invece ricordato la giurisprudenza costituzionale italiana, da molto tempo consolidata nel ritenere necessaria una differenza di “*petitum*” tra il giudizio principale e quello costituzionale, nel senso di escludere la possibilità di ricorrere davanti ad una autorità giudiziaria con il solo scopo di chiedere alla stessa di proporre una questione di costituzionalità.

Abbiamo quindi sottolineato come tale giurisprudenza possa pertanto risolversi in una limitazione dei diritti della persona, in tutte quelle situazioni nelle quali il motivo di ricorso sia proprio e solo la eliminazione della legge.

Abbiamo anche voluto menzionare come il *Tribunal Constitucional* si sia espresso in termini molto precisi nello smentire quella parte della dottrina che ha tentato

di dimostrare la non pregiudizialità della questione di incostituzionalità ed ha dichiarato il carattere necessariamente pregiudiziale della stessa.

Infine abbiamo ricostruito, attraverso la giurisprudenza costituzionale e i contributi della dottrina, quale debba considerarsi il concetto di “rilevanza”.

Per quanto riguarda l’ordinamento italiano, abbiamo precisato come tale concetto si sia attestato su una nozione stretta di rilevanza che ha così esaltato la necessaria concretezza della questione, assai lontana da quella nozione elaborata da autorevole dottrina (Gustavo Zagrebelsky) secondo la quale la rilevanza sarebbe dovuta essere una condizione non sempre necessaria, specie quando vengono in considerazione diritti fondamentali ed è previsto un controllo delle leggi in base al quale la legge deve essere applicata fintanto che non sia dichiarata incostituzionale.

Certamente una nozione stretta di rilevanza – come necessaria influenza che il giudizio costituzionale deve esercitare sul processo principale e nel senso che l’eventuale dichiarazione di incostituzionalità deve poter condurre alla disapplicazione nel giudizio a quo della norma dichiarata – esprime il momento di contatto con il caso concreto e quindi l’“anima soggettiva” del giudizio costituzionale.

Anche la giurisprudenza spagnola si è espressa nel senso di attribuire al requisito in questione la funzione di nesso, di legame fra la fase che si svolge davanti al giudice comune e quella di fronte al *Tribunal Constitucional*. Affiancata da un’altra importante condizione (quella della applicabilità), la rilevanza in Spagna è stata individuata nel senso che la norma impugnata debba essere necessaria per la soluzione del caso. Ma non solo. Avvicinandosi alla interpretazione italiana, dottrina autorevole e giurisprudenza costituzionale hanno individuato una “biforcazione” del concetto di rilevanza, per la quale non sarebbe sufficiente la applicazione di questo criterio alla sola norma, ma anche (e diremmo soprattutto) alla decisione del *Tribunal Constitucional* rispetto alla risoluzione del caso concreto.

Abbiamo quindi portato avanti la nostra indagine concentrandoci su alcuni aspetti particolarmente significativi che riguardano i requisiti richiesti per la corretta proposizione della questione di costituzionalità, in particolare l’ultimo analizzato.

In primo luogo ci siamo interrogati sulla possibilità che le Corti costituzionali possano intervenire nella valutazione della sussistenza della rilevanza in un determinato

caso concreto, nonché il momento nel quale è necessario svolgere tale accertamento da parte del giudice comune.

Alla scelta del *Tribunal Constitucional* di intervenire solo quando l'assenza di tale requisito appare *ictu oculi*, è invece contrapposta, quella della Corte costituzionale che è arrivata a valutare, in certi casi ed in maniera spesso assai specifica e puntuale, la sussistenza nella specie della rilevanza. Ciò può condurre, come abbiamo ritenuto di dover sottolineare, ad una situazione che può pregiudicare proprio la tutela dei diritti fatti valere, in quanto il giudice che ha ritenuto di dover applicare una certa disposizione per decidere il caso ad esso sottoposto si sente rispondere dalla Corte che egli non deve fare utilizzo di quella norma. Facile capire la situazione in cui si trova quel giudice che continua ad essere al contrario convinto di doverla applicare.

In secondo luogo abbiamo voluto approfondire, attraverso l'analisi della necessità o meno che la rilevanza permanga fino al momento della decisione del Giudice costituzionale, con ricaduta circa il legame che unisce la fase *a quo* e quella davanti al Giudice costituzionale. E, sorprendentemente, ci siamo trovati davanti ad un elemento che si pone in direzione opposta alla più diffusa concezione della natura del giudizio incidentale rispettivamente in Italia e in Spagna.

In effetti, abbiamo riscontrato che in Italia, dove la maggior parte degli interpreti propende per la valorizzazione dell'"anima soggettiva" del giudizio incidentale, è senza dubbio ispirato invece alla "dimensione oggettiva" il filone giurisprudenziale che abbiamo ritenuto di dover segnalare, relativo al momento in cui va valutata la sussistenza del requisito della rilevanza. La Corte costituzionale lo identifica, infatti, esclusivamente nel momento in cui il giudice solleva la questione, a nulla rilevando atti o fatti sopravvenuti (ad esempio la morte di un imputato nel giudizio penale o la transazione della causa in quello civile) che rendono la questione certamente non più rilevante per il procedimento *a quo* (c.d. irrilevanza sopravvenuta).

Al contrario, invece, la giurisprudenza costituzionale spagnola ha optato per una strettissima relazione di dipendenza fra le due fasi del processo, che può apparire contrastante con l'orientamento maggioritario che vede la questione di costituzionalità come uno strumento principalmente diretto alla tutela oggettiva della Costituzione e alla depurazione dell'ordinamento dalle leggi con essa in collisione, anche se con una genesi concreta. Abbiamo quindi verificato come atti o fatti sopravvenuti che portano alla conclusione del processo *a quo*, determinano anche la chiusura della fase di quello *ad*

quem per perdita del requisito della rilevanza della questione nel caso concreto, contribuendo a rafforzare la “dimensione soggettiva” del giudizio incidentale in Spagna.

In terzo luogo, con riferimento agli aspetti “sensibili” relativi all’oggetto del giudizio costituzionale, abbiamo proceduto ad una distinzione tra quelle ipotesi in cui la violazione del diritto lamentato non è imputabile o comunque ricollegabile direttamente ad una legge.

E’ il caso, giunto molte volte al giudizio della Corte costituzionale, omissione del legislatore. La Corte costituzionale ha sempre, con fermezza, escluso la possibilità che queste situazioni possano in qualche misura essere giudicate dalla stessa (tranne nel caso che abbiamo analizzato: quello del “divorzio imposto”). La Corte italiana ha escluso di poter intervenire, salvo il parziale rimedio che può essere visto nelle dichiarazioni di incostituzionalità di una legge “nella parte in cui *non* prevede che...”. Il *Tribunal* spagnolo invece, è solito utilizzare in questi casi la tecnica della dichiarazione di incostituzionalità senza nullità o quella dei “moniti” al legislatore (a volte entrambe congiuntamente), che sono oggetto di uno studio a fondo nel quarto capitolo.

Una riflessione ben più approfondita è stata quindi dedicata alla individuazione di alcune particolari categorie di atti aventi forza di legge, le quali, proprio per le loro peculiari caratteristiche, hanno posto problemi per la tutela effettiva dei diritti della persona.

Abbiamo iniziato con il fenomeno del decreto legge, la cui limitata vigenza (sessanta giorni nell’ordinamento italiano e addirittura solo trenta in quello spagnolo) poneva, all’evidenza, problemi di verifica di costituzionalità attraverso la via incidentale, essendo i tempi del giudizio costituzionale certamente più lunghi rispetto a quelli di vigenza del decreto.

Abbiamo di conseguenza ripercorso il lungo cammino della giurisprudenza costituzionale italiana, indicando le tappe fondamentali nella pronuncia del 1995, che, innovando la precedente giurisprudenza, ha ritenuto possibile il sindacato del decreto legge anche successivamente alla sua decadenza, in quelle del 1996 sull’“effetto trasferimento” e sulla reiterazione dei decreti nel medesimo testo, fino alle due

“storiche” dichiarazioni di incostituzionalità per “evidente mancanza” delle condizioni di necessità ed urgenza avvenute nel 2007 e nel 2008.

In Spagna, invece, abbiamo rimarcato come la presenza di altre vie di accesso alla giustizia costituzionale per la verifica della costituzionalità degli atti avente forza di legge (nello specifico, il ricorso di incostituzionalità) abbia condotto ad uno scarso controllo di questa fonte legislativa attraverso il giudizio incidentale, che si è dedicato soprattutto all’esame del rispetto dei requisiti imposti dalla Costituzione spagnola (però sempre, come sottolinea il *Constitucional*, con il dovuto rispetto delle scelte discrezionali del potere esecutivo).

E’ stato quindi oggetto di analisi il caso delle c.d. leggi-provvedimento, di interesse per il tema della tesi in considerazione del pericolo di disparità di trattamento insito nelle sue previsioni di tipo particolare e derogatorio. Meritevole quindi di segnalazione l’atteggiamento della Corte e del *Tribunal*, che hanno ritenuto che il sindacato debba, in questi casi, essere tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimentale dell’atto legislativo sottoposto a controllo.

Una possibile violazione dei diritti fondamentali, individuabili in particolare nel diritto di difesa e nel principio di legittimo affidamento del cittadino, può derivare da quelle leggi (piuttosto comuni in Italia) che, prive di un apparente contenuto innovativo, si limitano a fornire l’interpretazione autentica di altra legge già in vigore.

Spesso infatti il fenomeno nasconde la volontà del potere legislativo si liberarsi di interpretazione scomode (o che determinano un incremento di spesa per le casse dello Stato) che si stanno consolidando nei procedimenti – semmai ancora pendenti – davanti all’autorità giudiziaria.

Di conseguenze tali leggi sono in realtà pseudo-interpretative ma in realtà innovative, dal momento che il significato attribuito ad una legge già in vigore non è il frutto di una interpretazione, spesso non consentita dalla lettera della legge, ma della volontà di cambiare il testo.

La situazione si manifesta, ai nostri fini, particolarmente interessante e densa di significati in quanto la legge di interpretazione autentica è una legge i cui effetti retroagiscono al momento dell’entrata in vigore della legge interpretata.

Al proposito abbiamo tenuto ad evidenziare la posizione, specie nei primi anni, scarsamente garantista della Corte costituzionale, ricordando quella giurisprudenza, poi

fortemente attenuata, di eccessivo rispetto per le scelte discrezionali del legislatore, svalutando quasi del tutto la natura innovativa della legge di interpretazione sul presupposto della inesistenza, a livello costituzionale, di un principio di irretroattività della legge (se non in campo penale).

La determinazione dell'oggetto della questione di costituzionalità nelle "leggi ed atti aventi forza di legge" avrebbe potuto condurre, per quanto riguarda nello specifico l'ordinamento italiano, ad una esclusione della possibilità di portare davanti alla Corte costituzionale la violazione di diritti fondate sia su leggi formalmente costituzionali, sia su fonti regolamentari di natura secondaria.

Per questo abbiamo ritenuto di dover segnalare il diverso atteggiamento tenuto in proposito dalla Corte costituzionale la quale, mentre ha ammesso di poter controllare attraverso la via incidentale la conformità alla Costituzione di leggi formalmente costituzionali, ha invece, senza eccezioni, escluso di poterlo fare nei confronti delle fonti regolamentari, determinando una chiara limitazione della tutela dei diritti coinvolti, allorché si intenda agire nei riguardi dei c.d. regolamenti indipendenti, i quali vengono a porsi in una posizione immediatamente subordinata alla Costituzione, senza la intermediazione della legge. Il *Tribunal Constitucional* ha invece affermato la possibilità di controllare le fonti secondarie, ma solo quello che siano una riproduzione fedele del contenuto di una legge, e che tale circostanza debba essere resa manifesta da parte del giudice comune.

Il provvedimento con il quale si chiude la fase davanti al giudice *a quo* e si apre quella davanti alla Corte costituzionale viene ad assumere un grande interesse per la posizione sostanziale della parte del processo che può ricevere una tutela dei suoi diritti dalla decisione della Corte costituzionale.

Questo deriva anche dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha sempre escluso che il *thema decidendum* potesse essere ampliato oltre i confini – determinati dalla normativa impugnata e dai parametri costituzionali richiamati - fissati nell'ordinanza di rinvio ed ha sostenuto il carattere di autosufficienza dello stesso provvedimento, escludendo quindi aggiunte o integrazione successive o tratte da altre fonti.

Per quanto riguarda l'esperienza spagnola, l'analisi si è concentrata poi maggiormente sugli effetti sospensivi che derivano dall'ordinanza di rinvio nel giudizio ordinario e sulle interpretazioni fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza prima, e dal legislatore poi.

In merito all'esperienza italiana, oltre al richiamo della suddetta giurisprudenza costituzionale, abbiamo ritenuto opportuno segnalare due fenomeni, entrambi tali da incidere negativamente sulla tutela dei diritti che si intende far valere attraverso la proposizione della questione di costituzionalità.

Il primo è quello dei ritardi, in alcuni casi di durata superiore addirittura ai dieci anni, con cui l'ordinanza viene trasmessa alla cancelleria della Corte, tali da allontanare enormemente il tempo della decisione e quindi la possibilità di incidere realmente sul diritto fatto valere nel giudizio *a quo*.

Il secondo consiste invece nei casi in cui la questione di costituzionalità viene strumentalmente utilizzata in modo da determinare una lesione del diritto che si intende far valere.

E' riportato in proposito il caso del giudice tutelare che - con riguardo alla disciplina dell'aborto della minorenni che richiede, in caso di assenza del consenso dei genitori, l'autorizzazione di tale giudice - era solito sollevare la questione di costituzionalità allo scopo di impedire alla minorenni di abortire, dal momento che l'interruzione deve necessariamente intervenire entro i primi tre mesi di gravidanza, quando certamente un tempo certamente inferiore a quello necessario per poter ricevere comunque una risposta da parte del Giudice costituzionale.

Volendo trarre in sintesi qualche conclusione circa il livello di tutela dei diritti della persona garantito dal controllo sulla legge in via incidentale, con riguardo ai dati "sensibili" ricavabili attraverso la "finestra" del giudice e del giudizio a quo analizzati nel secondo capitolo, possiamo dire che - pur in presenza di elementi favorevoli che si alternano ad altri espressivi di limitazioni, che abbiamo puntualmente posto in evidenza - il giudizio deve ritenersi senza dubbio assolutamente positivo.

A tal fine possiamo ricordare alcuni momenti "sintomatici", relativi alle tematiche esaminate nel capitolo.

Fra questi la particolare sensibilità per la tutela dei diritti concretamente coinvolti, mostrata attraverso la individuazione di "giudici ai limitati fini del giudizio

costituzionale”, indicativa dell’attenzione ad una giustizia sostanziale ed a coprire lacune, permettendo al Giudice costituzionale di intervenire su leggi e quindi su situazioni che altrimenti sarebbero sfuggite dal suo controllo (basti pensare alle leggi di spesa, a proposito della legittimazione della Corte dei conti in sede di controllo oppure ai giudizi arbitrali).

Ugualmente può dirsi per il superamento di una rigida nozione di rilevanza, quando ci si è accorti che la stessa avrebbe nella sostanza condotto ad una limitazione della tutela dei diritti coinvolti, come è avvenuto nel caso delle norme penali di favore e soprattutto nel caso del giudizio cautelare per il quale il giudice si era trovato nella alternativa fra sollevare la questione di costituzionalità, sacrificando la tutela cautelare oppure fare applicazione di una norma della cui costituzionalità egli dubitava.

Altrettanto, di recente, può valere per l’abbandono del criterio della necessaria differenza di *petitum* fra quello presente nel giudizio principale e quello del giudizio costituzionale, allorchè si è trattato di garantire un diritto fondamentale quale quello del voto, con la dichiarazione di incostituzionalità prima della legge elettorale del 2005 (c.d. *porcellum*) e poi ancora di quella del 2015 (c.d. *Italicum*).

Pur non inserendosi fra quelle ipotesi che permettono di determinare il grado di sensibilità raggiunto dallo stesso Tribunal Constitucional nella tutela dei diritti attraverso la via incidentale, particolarmente significativo per le nostre conclusioni ci è sembrato anche il caso spagnolo risolto nella sentenza 83/2015, per comprendere come davvero alla questione incidentale possa attribuirsi, sia pure indirettamente e “a contrario”, un ruolo nella protezione dei diritti e degli interessi delle parti. Infatti, se una soddisfazione extra-processale degli stessi porta alla “perdita” delle ragioni alla base del giudizio incidentale, è evidente lo stretto legame del processo costituzionale con gli interessi presenti nel caso concreto.

Anche la esclusione di una verifica ed eventuale sanzione per le omissioni del legislatore ha visto un parziale ridimensionamento nella particolare vicenda attinente al c.d. divorzio imposto, nella quale la Corte costituzionale ha finito in sostanza per dichiarare incostituzionale proprio una omissione legislativa: quella relativa ad una legge che riconoscesse e garantisse i diritti per la coppia omosessuale, disciplinandone lo status e quindi rendendo possibile la loro “vita familiare”.

Riguardo ai particolari atti aventi forza di legge, non può non essere sottolineato il grande merito di aver eliminato una “zona franca” della giustizia

costituzionale quale era rappresentata dalla decretazione d'urgenza, in considerazione dell'abuso fatto della stessa da parte del governo italiano ed in particolare della reiterazione del decreto nello stesso testo che, attraverso la violazione della natura provvisoria del decreto legge, poteva determinare una violazione di un diritto della persona protratto anche a lungo, ma non sanzionabile in quanto l'atto normativo cui la violazione era imputabile era diverso ogni sessanta giorni. La soluzione è stata individuata prima con il c.d. effetto trasferimento (la questione era trasferita dal decreto impugnato a quello, reiterato, in vigore al momento della decisione della Corte – tecnica conosciuta e utilizzata anche dal TC) poi con la dichiarazione di incostituzionalità della prassi della reiterazione.

Per quanto riguarda la particolare fonte delle leggi-provvedimento, da segnalare senza dubbio l'importanza, per una maggiore tutela degli interessi e dei diritti degli individui, di quella giurisprudenza del Tribunal Constitucional che ha superato, ammettendo l'eccezione di costituzionalità, la visione restrittiva di una parte della dottrina che considerava inammissibile una questione di costituzionalità avente ad oggetto questo specifico atto in ragione dell'assenza di due petita autonomi nelle due fasi processuali.

In conclusione la presenza ed il modo di essere dei diritti fondamentali è dovuto principalmente alla elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale e, per quanto concerne i temi affrontati nel capitolo, al ruolo essenziale svolto dal giudice ed alla sensibilità da questo mostrata nel proporre questioni di costituzionalità.

Nel modello italiano infatti se la scelta, più o meno consapevole, a favore di una sola via di accesso (quella incidentale) ha significato consegnare ai giudici (i "portieri" di Piero Calamandrei) le sorti della giustizia costituzionale che stava nascendo e fare quindi una "scommessa" sulla loro sensibilità costituzionale, credo si possa concludere senza dubbio che, dopo oltre sessanta anni di funzionamento, la scommessa può dirsi vinta.

Nel modello di giustizia costituzionale disegnato dal Costituente e poi successivamente attuato e specificato dalla normativa di attuazione, al giudice, come abbiamo sottolineato, venivano attribuiti due diversi ruoli, seppure tra loro strettamente connessi: quello di operare un filtro rispetto alle richieste delle parti, ad evitare che la giustizia costituzionale si risolvesse in una sorta di ribellione del

cittadino alla legge e garantire che alla Corte fossero inviate solo questioni concrete e dotate di un qualche fondamento, nonché quello di farsi lui stesso promotore della esigenza di eliminare leggi incostituzionali e di tutelare quindi i diritti fondamentali coinvolti.

Nella pratica attuazione della giustizia costituzionale in Italia la figura che ha nettamente prevalso, come abbiamo cercato di dimostrare, è stata la seconda, che ha certamente offuscato quella del giudice-filtro.

Moltissime infatti le questioni sollevate d'ufficio dal giudice, il quale, anche di fronte all'istanza di parte, ha sempre poi riformulato e trasformato la eccezione di costituzionalità.

Nel modello spagnolo la presenza di molteplici vie d'accesso non ha comunque impedito, come abbiamo avuto modo di dimostrare, che i giudici comuni sviluppassero una evidente sensibilità nei confronti dell'utilizzo del giudizio incidentale.

Da un lato abbiamo osservato come anche in Spagna i giudici comuni si siano spesso atteggiati quasi come assoluti domini della stessa. Tuttavia, è evidente come gli interessi delle parti del giudizio a quo siano stati gradualmente rivalutati dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, che ha iniziato recentemente a dichiarare vulnerato il diritto alla tutela giudiziaria effettiva in quelle situazioni nelle quali il giudice ordinario non abbia sufficientemente motivato la decisione di non sollevare una questione di incostituzionalità proposta a istanza di parte, contribuendo così a propiziare una maggior attenzione ai diritti delle parti anche da parte del giudice comune.

Dall'altro lato abbiamo dimostrato come questo tipo di processo costituzionale abbia favorito una relazione virtuosa fra giudici comuni e Giudice costituzionale. Ne è una dimostrazione l'interpretazione "duttile" realizzata in certe situazioni dal Tribunal Constitucional degli effetti sospensivi dell'ordinanza di rimessione, per ottenere la massima tutela possibile dei diritti delle parti del processo a quo. Abbiamo visto infatti come il giudice ordinario, anche dopo aver sollevato un dubbio di costituzionalità, abbia la possibilità di adottare le misure cautelari opportune a quello scopo. Una diversa interpretazione avrebbe potuto condurre gli organi giudiziari a evitare in molte occasioni di sollevare la questione di incostituzionalità.

Nella esperienza italiana si è venuta, infine, a realizzare una ulteriore ed in parte nuova funzione del giudice, quale risultato della valorizzazione della sua funzione di interpretazione, attraverso l'invito, poi trasformato in obbligo, a sperimentare, prima di sollevare la questione, la percorribilità di una lettura della disposizione impugnata in conformità alla Costituzione, perché "in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali".

Nonostante autorevole dottrina (Giuseppe Ugo Rescigno) abbia sollevato il sospetto che, attraverso la suddetta giurisprudenza, si sarebbe illegittimamente trasformato il modello di giustizia costituzionale caratterizzato dalla natura accentrata del giudizio di costituzionalità, appare indubbio come la valorizzazione della interpretazione conforme abbia determinato come risultato un innalzamento del livello di tutela, il quale spesso era stato impedito alla Corte costituzionale dal timore di determinare, attraverso l'intervento demolitorio della incostituzionalità, una situazione in generale peggiore rispetto alla precedente. Da qui la preferenza per una soluzione caso per caso e per la giustizia del caso concreto, operata meglio dal giudice attraverso l'interpretazione conforme.

Lo stesso, mutatis mutandis, può dirsi per gli spazi lasciati al giudice nell'applicare in concreto i principi affermati dalla Corte costituzionale nelle pronunce additive di principio, con le quali a fronte di una pluralità di scelte possibili, la Corte dichiara la incostituzionalità della normativa impugnata limitandosi a fissare in proposito un principio, rivolto sia al legislatore che al giudice.

Con esse quindi si tende a superare, quando possibile, la soluzione, assolutamente insoddisfacente per la garanzia dei diritti coinvolti, della dichiarazione di inammissibilità perchè viene richiesto alla Corte un intervento in una materia che si presta a differenti soluzioni, fra le quali la scelta deve ritenersi riservata alla discrezionalità del legislatore.

III. Capitolo

Nel terzo capitolo l'analisi del livello di tutela dei diritti fondamentali attraverso il giudizio sulle leggi in via incidentale è stato svolto seguendo la posizione delle parti del giudizio principale, ricostruita attraverso le previsioni normative e l'interpretazione delle stesse fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale.

Sul profilo esaminato è risultato evidente come un notevole rilievo non poteva che assumere il significato attribuito all'incidente di costituzionalità, a seconda che a prevalere fosse la già indicata "dimensione oggettiva" oppure quella "soggettiva".

In maniera particolare abbiamo quindi inteso sottolineare, anche in questo diverso contesto, l'importanza del rapporto che viene ad instaurarsi tra il giudizio *a quo* ed il giudizio costituzionale, nel senso di autonomia-indipendenza oppure di stretto collegamento.

Chiare abbiamo ritenuto fossero le conseguenze sul ruolo da attribuire alle parti nel processo costituzionale a seconda che il giudizio *a quo* venga visto quale semplice *ocasio* per l'instaurazione di quello costituzionale che risulterebbe per il resto del tutto autonomo oppure, in senso esattamente opposto, che quest'ultimo venga ritenuto come uno strumento utilizzato per la soluzione del processo comune.

La scelta comunque che abbiamo seguito è stata, pur non trascurando le analisi della dottrina, quella di procedere ad una verifica sul campo di come realmente le parti hanno esercitato i poteri loro attribuiti e quindi potuto tutelare i loro diritti, cercando di influire sulla decisione del Giudice costituzionale.

Nell'analisi abbiamo quindi distinto la fase che si svolge davanti al giudice *a quo* e quella invece davanti alla Corte costituzionale.

Con riferimento alla prima abbiamo potuto rilevare, come già avevamo intuito nel capitolo dedicato all'autorità giudiziaria, come il *dominus* assoluto sia rappresentato dal giudice, mentre assai modeste sono le garanzie riconosciute alla parte interessata.

E questo dal momento che in Italia, specie dal punto di vista della prassi, alla parte, nonostante sia espressamente previsto, normalmente non viene neppure data una risposta alla istanza presentata o viene data nel provvedimento di merito che chiude il processo o nella stessa ordinanza di rinvio, con riguardo ad aspetti o profili che il giudice non ha ritenuto meritevoli di essere trasmessi alla Corte costituzionale.

In Spagna abbiamo rilevato già precedentemente come la giurisprudenza costituzionale avesse fino a non molto tempo fa considerato addirittura non lesivo dei diritti della parte la completa assenza della motivazione al rifiuto di sollevare l'eccezione di costituzionalità, ma come, progressivamente, questo orientamento sia

venuto a cambiare, fino alla concessione dell'*amparo* costituzionale in caso di insufficienza (o assenza) di tale motivazione.

Ancora minori le possibilità riconosciute alle altre parti del giudizio, diverse da quella che ha avanzato l'istanza, dal momento che non è previsto, nel giudizio *a quo*, alcuna forma di contraddittorio.

Pur avendo affermato quanto precede, abbiamo potuto rilevare anche come in Spagna il ruolo delle parti durante la fase *a quo* sia decisamente più significativo che in Italia. Se il giudice decide di voler sollevare una questione di legittimità costituzionale, infatti, è obbligato, prima di poter procedere con l'ordinanza di rinvio, a portare a termine una fase processuale preliminare: il tramite di udienza previa alle parti e al Pubblico Ministero, nella quale tali soggetti possono presentare le loro considerazioni, anche in merito all'opportunità di sollevare il dubbio di costituzionalità. Questa previsione, come abbiamo sottolineato, aveva una eccezionale importanza soprattutto prima della riforma della legge organica del TC nel 2007 che ha introdotto finalmente la possibilità che le parti del processo principale partecipino nella fase davanti al Giudice costituzionale.

Ben più importante, soprattutto nel caso italiano, è la fase che si svolge davanti alla Corte costituzionale.

Come abbiamo sottolineato, questa tematica è probabilmente quella che, in relazione all'ordinamento spagnolo, ha fornito maggiori profili di novità. Infatti, grazie alla riforma della Legge Organica sul *Tribunal Constitucional* del 2007 finalmente è stata introdotta una disciplina che permetta alle parti partecipare nel giudizio davanti al Costituzionale. Evidenti le ripercussioni positive ottenute grazie a questa nuova previsione per una migliore tutela dei diritti e degli interessi delle parti.

Questo secondo momento del giudizio incidentale pone innanzitutto la necessità di individuare i soggetti che possono costituirsi nel medesimo.

Una scelta che in entrambi gli ordinamenti viene operata dalla legge, la quale indica espressamente, quali soggetti legittimati, le parti del giudizio *a quo* e un elenco di soggetti con ruoli istituzionali. Tuttavia, necessario è senza dubbio l'intervento delle due Corti costituzionali nel precisare la portata delle previsioni legislative.

E' ciò che succede, per esempio, per quanto riguarda la obbligatorietà, in Italia, che l'ordinanza di rinvio sia notificata a tutti i soggetti previsti dalla legge.

In proposito abbiamo ritenuto di dedicare una particolare attenzione alla posizione assunta dalla Corte costituzionale, in ordine a tale necessità, alla denunciata presenza di vizi nella stessa ed agli strumenti utilizzati per sanzionare i medesimi.

Questo non tanto con riferimento ai soggetti da individuare, quanto soprattutto perchè ci è sembrato un chiaro sintomo della considerazione e dell'interesse della Corte costituzionale per il contraddittorio nel giudizio costituzionale.

Ciò ci ha condotto a verificare come invece nel sistema disegnato dal legislatore spagnolo, non sia prevista nessuna notifica alle parti del giudizio *a quo*, sia nel momento dell'invio dell'ordinanza di rimessione, sia una volta ammessa la questione (si stabilisce un regime di comunicazione -“*traslado*” -, se ammessa, solo ai rappresentanti delle istituzioni dello Stato). Starà alle parti, una volta sospeso il giudizio e nel caso siano interessate a partecipare alla fase *ad quem*, consultare il Bollettino Ufficiale dello Stato in attesa di una possibile ammissione, onde evitare il trascorso del termine per potersi presentare davanti al Costituzionale.

E' apparso evidente, dall'analisi casistica proposta, come le due Corti costituzionali abbiano proceduto, nel fornire una interpretazione di “parte” ai fini dell'accesso della stessa nel giudizio costituzionale, in qualche modo a fotografare il processo *a quo* nel momento in cui la questione è stata sollevata, qualificando come soggetti legittimati a costituirsi coloro (e solo coloro) che a quel momento avevano assunto la veste di parte formale del giudizio.

Abbiamo riscontrato e segnalato come tra una tutela di interessi sostanziali delle parti o dei soggetti direttamente interessati ed il carattere della “incidentalità” del giudizio, la Corte costituzionale abbia decisamente optato per garantire il secondo, escludendo la possibilità di costituirsi in giudizio a quanti vantavano di essere parti in processi simili, analoghi o identici e quindi di avere lo stesso interesse sostanziale delle parti dei giudizi *a quibus*.

Anche nel caso in cui queste ultime non erano *prima facie* direttamente interessate, la Corte ha consentito alla presenza di un “sostituto processuale”. Così nel caso in cui oggetto della questione di costituzionalità erano disposizioni relative a funzioni o prerogative degli avvocati, non è stata ammessa la costituzione in giudizio in proprio da parte dei difensori delle parti.

Una particolare attenzione abbiamo poi inteso prestare a due figure che più delle altre hanno ricevuto una soluzione giurisprudenziale che, per aspetti diversi, potrebbe ritenersi discutibile.

La prima è quella del pubblico ministero il quale, a nostro avviso correttamente, non è stato ritenuto legittimato a sollevare questioni di costituzionalità sul presupposto che, al pari delle parti, gli viene invece riconosciuta la possibilità di avanzare istanza al giudice perché lo faccia.

Questa soluzione parrebbe aprire le porte ad una legittimazione, al pari sempre delle parti, del pubblico ministero a costituirsi nel processo costituzionale. Soluzione questa invece esclusa ripetutamente dalla Corte, attraverso una motivazione che abbiamo ritenuto non propriamente convincente.

Anche nell'ordinamento spagnolo il *Ministerio Público* del caso concreto non è fra i soggetti che possono partecipare al giudizio costituzionale, ma i possibili effetti negativi derivanti da tale mancanza di legittimazione sono attenuati dalla partecipazione dello stesso nel tramite di udienza previa alla quale abbiamo già fatto menzione. Tuttavia la legge organica sul *Tribunal Constitucional* apre espressamente le porte del giudizio ad quem al *Fiscal General del Estado*.

La seconda riguarda la disposizione contenuta nell'art. 20.2, l. 87/1953, secondo cui “gli organi dello Stato e delle regioni hanno diritto di intervenire in giudizio”.

La lettura dei lavori preparatori mostra come l'intenzione del legislatore era quella di arricchire il contraddittorio, consentendo ai sunnominati soggetti di costituirsi in giudizio per dare il loro apporto e fornire le proprie osservazioni.

La Corte costituzione ha invece interpretato la disposizione in senso opposto attraverso una decisione – che abbiamo definito “più logica e razionale” ma contraria alla volontà del legislatore – con cui ha ricondotto la previsione alla logica della

rappresentanza tecnica delle parti, nel senso cioè che per gli organi dello Stato e delle regioni non è richiesta una difesa professionale, ma possono intervenire personalmente.

In Spagna la Legge organica sul TC non ha occasionato dubbi interpretativi in questo aspetto, indicando precisamente i soggetti istituzionali legittimati a partecipare nella fase davanti al *Constitucional*.

Ci siamo quindi soffermati nell'analisi di una circostanza tipica dell'ordinamento italiano: la decisione in ordine alla regolare costituzione delle parti ed alla ammissione dell'intervento di terzi nel processo costituzionale, che è pronunciata dalla Corte costituzionale attraverso un provvedimento interlocutorio, rappresentato da una ordinanza priva di numerazione e che fino al 1995 non veniva pubblicata e restava praticamente negli archivi della Corte.

Le ragioni in base alle quali il Giudice costituzionale ha di volta in volta deciso di ammettere o non ammettere la costituzione o l'intervento in giudizio di un soggetto assume all'evidenza una importanza che in molti casi può andare ben al di là del caso concreto.

Per questo abbiamo ritenuto di sottolineare e di attribuire un particolare risalto alla decisione della Corte nel 1995 di procedere alla pubblicazione, in allegato alla sentenza che definisce il giudizio, delle ordinanze senza numero che hanno risolto problemi attinenti al contraddittorio per quel processo costituzionale. Una prassi che, purtroppo, specie negli ultimi anni la Corte mostra in diversi casi di non seguire senza che ciò risponda ad alcuna logica o ragione particolare.

Nell'esaminare il procedimento che si svolge davanti alla Corte costituzionale abbiamo sottolineato una peculiarità italiana, che finisce per trasformarsi in un vero paradosso. Infatti, accanto alla previsione relativa al carattere gratuito del processo costituzionale, espressiva dell'interesse pubblico che viene attribuito al medesimo (si sostiene che nel giudizio costituzionale non ci sono vinti, né vincitori), abbiamo ritenuto di dover evidenziare come questa affermazione di principio venga poi concretamente a trovare un elemento contrario nella necessità per la parte di essere rappresentata da un avvocato abilitato a difendere davanti alle corti superiori (“avvocato cassazionista”) – disposizione ritenuta legittima dalla Corte costituzionale – e di doversi di conseguenza addossare il costo della parcella.

L'assenza di una tal previsione nel sistema spagnolo di giustizia costituzionale facilita senza dubbio l'accesso delle parti al processo costituzionale e una loro partecipazione, cosa sicuramente vantaggiosa per la corretta garanzia dei loro diritti fondamentali.

Quanto ai poteri di cui dispone la parte, la normativa italiana prevede che questa, entro termini perentori, si costituisce davanti alla Corte costituzionale e lo fa presentando le sue deduzioni, può successivamente presentare memorie illustrative e infine può partecipare alla udienza pubblica esponendo in modo sintetico le proprie conclusioni.

Abbiamo quindi sottolineato come i poteri della parte siano limitati, da un lato, dalla consolidata giurisprudenza costituzionale secondo la quale il *thema decidendum* è quello fissato dal giudice nell'ordinanza di rinvio e lo stesso non può essere ampliato nell'individuazione dell'oggetto o dei parametri attraverso le deduzioni o le conclusioni delle parti, dall'altro, dalla scelta della Corte di procedere a seguito di udienza pubblica oppure di camera di consiglio, escludendo all'evidenza nel secondo caso la partecipazione della parte.

Anche per questo assume rilievo l'avvenuto ribaltamento – che abbiamo voluto particolarmente evidenziare – del rapporto tra regola-eccezione verificatosi tra l'utilizzo della udienza pubblica oppure della camera di consiglio.

Mentre nella legge la regola sembrerebbe chiaramente essere la udienza pubblica – alla quale è possibile derogare in caso di mancata costituzione di parti o di questione semplice, facilmente risolubile nel senso della manifesta infondatezza o inammissibilità o di restituzione degli atti – in realtà, a partire dal momento dello smaltimento dell'arretrato, il rapporto è stata ribaltato, in ragione di una discutibile interpretazione della nozione di “parte” nel senso che essa non comprende la costituzione in giudizio del Presidente del consiglio dei ministri o del presidente della giunta regionale e del ricorso, in termini spropositati rispetto al passato, alle pronunce di manifesta infondatezza o di manifesta inammissibilità anche con riguardo a questioni affrontate per la prima volta.

Se è indubbio che la disciplina italiana e quella spagnola dello strumento oggetto di questa tesi hanno evidenti e numerosissimi punti in comune, è altrettanto indiscutibile come per molto tempo la posizione delle parti della questione di incostituzionalità fosse decisamente diversa nei due ordinamenti. Solo a partire dal 2007, con la riforma legislativa alla quale abbiamo fatto riferimento, la tutela dei diritti delle parti in Spagna può dirsi potenziata, e che i due sistemi si siano avvicinati anche su questo punto. In realtà, abbiamo potuto notare una certa, se è permesso il termine, “diffidenza” dell’ordinamento spagnolo per quanto riguarda la partecipazione delle parti, per il fatto ad esempio che non si crei mai un vero contraddittorio davanti al Constitucional (cosa invece “suggerita” dal Tribunale di Strasburgo nella esaminata sentenza sul caso Ruiz Mateos), o che alle parti non venga notificata l’ammissione della questione di costituzionalità per poter iniziare a decorrere il tempo utile per presentarsi di fronte al Tribunal Constitucional.

Svolgendo, a questo punto, anche in questo caso qualche valutazione conclusiva e generale in ordine al ruolo riconosciuto e svolto dalle parti nel giudizio costituzionale a tutela dei propri diritti fondamentali, potremmo distinguere tra il ruolo quale risultante dalle analisi della dottrina oppure dall’esame della giurisprudenza costituzionale o infine dal comportamento concretamente posto in essere dai soggetti che si sono costituiti o sono intervenuti nel giudizio costituzionale.

Sotto il primo aspetto le diverse teorie sono sintetizzabili in tre differenti posizioni, la prima delle quali ricostruisce il ruolo delle parti come portatrici del medesimo interesse in ragione del quale esse sono presenti nel giudizio principale; la seconda vede al contrario le parti nella veste di “amici curiae”, che operano nell’interesse generale alla eliminazione di leggi incostituzionali; la terza infine, quasi intermedia tra le prime due, giustifica la presenza delle parti in ragione del fatto che esse subiscono direttamente gli effetti della legge della cui costituzionalità si dubita, nella logica però di far valere non il loro interesse specifico, bensì quello “tipico”, come una sorta di rappresentanti di una categoria di persone che si trovano o possono venire a trovarsi nella medesima situazione.

Seguendo la ricostruzione che emerge dalla giurisprudenza costituzionale italiana la presenza della parte certamente non è stata considerata necessariamente legata all’interesse presente nel giudizio a quo, dal momento che mai si è verificato che

la stessa fosse estromessa dal giudizio costituzionale in considerazione della estinzione o comunque del venir meno del giudizio comune rimasto sospeso e sempre è stata ritenuta libera di sostenere qualsiasi tesi, sia a favore che contraria all'interesse fatto valere nel giudizio a quo. Queste considerazioni non sono certamente applicabili nell'ordinamento spagnolo, dato che, come abbiamo analizzato nel capitolo dedicato al giudice, la chiusura del processo a quo determina anche la fine di quello costituzionale.

La Corte costituzionale del resto ha sempre manifestato attenzione al rispetto del contraddittorio e delle regole che lo rendono possibile, come dimostra la decisione di pubblicare le ordinanze interlocutorie che decidono sulla ammissione o meno delle parti e degli interventi o la vicenda del controllo dei vizi della notifica dell'ordinanza di rinvio. In proposito tale interesse e sensibilità è avvalorata dal mutamento giurisprudenziale in base al quale alle decisioni di inammissibilità per non aver il giudice notificato correttamente l'ordinanza di rinvio, è stata sostituita la restituzione degli atti al giudice a quo, con la chiara volontà di incentivare il giudice a rimediare ed a proporre nuovamente la questione.

Pur senza dimenticare l'atteggiamento piuttosto "diffidente" del sistema di giustizia costituzionale spagnolo, è possibile notare anche da parte del Tribunal Constitucional spagnolo, alcuni atteggiamenti piuttosto favorevoli alla tutela dei diritti fondamentali delle parti. Ne è un esempio la analizzata giurisprudenza assolutamente consolidata (e rimasta invariata anche dopo le modifiche del 2007) in merito all'inammissibilità di quelle questioni che non abbiano rispettato pienamente tutti i requisiti del tramite di udienza previa alle parti e al Ministerio Fiscal.

Nella linea di questa valorizzazione della presenza delle parti e quindi del loro ruolo, può correttamente iscriversi la posizione, più volta espressa, di critica nei riguardi della prassi seguita da alcuni giudici di proporre ordinanze-pilota, limitandosi a sospendere tutti gli altri analoghi o identici processi pendenti davanti a loro in attesa della risoluzione della questione sollevata. Una prassi che chiaramente impedisce alle parti dei processi sospesi di potersi costituire davanti alla Corte.

Di segno completamente opposto, invece, ed altro sintomo se si vuole di quella "diffidenza" del Tribunal Constitucional di fronte al riconoscimento dell'importanza della presenza delle parti, è sicuramente la prassi messa in pratica dallo stesso Tribunal secondo la quale, invece di procedere alla riunione di questioni simili,

rinvia la decisione sull'ammissione delle questioni con oggetto analogo fino alla decisione nel merito della prima, impedendo così la partecipazione delle parti dei giudizi nell'ambito dei quali sono state sollevate le questioni analoghe.

In considerazione di ciò e del richiamo più volte fatto in proposito all'art. 24 Cost., poco comprensibile appare la scelta, in Italia, del Giudice costituzionale di dichiarare inammissibili gli interventi dei soggetti di quei processi illegittimamente sospesi, portatori dello stesso interesse delle parti e del tutto "incolpevoli" del comportamento non corretto posto in essere dal giudice.

Il fatto che il giudizio in via incidentale, per le ragioni indicate, sia andato caratterizzandosi progressivamente verso una maggiore concretezza e quindi un maggior collegamento con i diritti fatti valere nel processo a quo, può far concludere che il rapporto fra i due giudizi sia andato più nel senso dello stretto collegamento che non della separazione, il che ha indotto la Corte a tenere in grande considerazione la natura "incidentale" del giudizio, limitando quindi ad ipotesi davvero marginali la presenza di terzi nel processo costituzionale, rimessa sostanzialmente alla scelta discrezione del Giudice costituzionale il quale ha consentito la presenza di terzi in maniera assolutamente limitata.

IV. Capitolo

Il quarto capitolo è dedicato all'analisi dei temi e dei problemi relativi al grado di tutela dei diritti fondamentali nel giudizio in via incidentale, visti con riferimento al suo momento finale ossia attraverso la "finestra" delle Corti costituzionali e quindi delle decisioni con cui esse definiscono il giudizio, riconoscendo in maniera più o meno adeguata la tutela richiesta.

Punto di partenza abbiamo quindi ritenuto che non potesse che essere il tipo di decisione con la quale i due Tribunali dichiarano la incostituzionalità di una legge, cancellando la stessa dall'ordinamento e offrendo così la massima tutela al diritto che tale legge aveva illegittimamente limitato.

L'importanza della pronuncia di incostituzionalità è sottolineata anche dal fatto che questa è l'unica di cui si occupa espressamente la Costituzione italiana (art. 136),

allo scopo di definirne gli effetti, stabilendo che “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

In proposito abbiamo creduto opportuno sottolineare – anche per i problemi che si porranno negli anni successivi a proposito della modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità nel tempo - come la disposizione sopra richiamata fosse stata approvata prima di decidere le vie di accesso alla Corte costituzionale e come la scelta per la via incidentale abbia imposto di chiarirne il contenuto, con specifico riguardo alla possibilità-necessità per il giudice di non applicare la norma dichiarata incostituzionale anche nell’ambito del giudizio *a quo*.

I dubbi furono risolti, in sede di attuazione, con l’approvazione della l. n. 87 del 1953 (art. 30), la quale precisò che la norma dichiarata incostituzionale non avrebbe dovuto essere applicata (quindi anche da parte del giudice *a quo*) a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale.

Alcuni ritennero che, così disponendo, la disposizione suddetta si ponesse in contrasto con la Costituzione, ma la Corte, investita della questione, la dichiarò infondata.

Anche l’interpretazione della Costituzione spagnola in questo ambito ha necessitato di alcuni chiarimenti da parte del *Tribunal Constitucional* prima, e dal legislatore poi. Infatti l’art. 161.1 CE che prende in considerazione gli effetti delle dichiarazioni di incostituzionalità, prevede semplicemente che tale decisione “avrà conseguenze” sulla norma in questione, ed in realtà si riferisce alle sentenze che concludono i ricorsi di incostituzionalità. L’art. 163 CE invece, riferito alla disciplina della questione, affida alla successiva legislazione organica la definizione degli effetti delle sentenze, affermando che “in nessun caso [gli effetti] saranno sospensivi”. Precisazione quest’ultima che ha creato molti dubbi in dottrina, la quale si chiedeva se la impossibilità della sospensione si riferisse al giudizio in corso nel quale doveva applicarsi la legge di dubbia costituzionalità o invece alla norma stessa. Il Tribunale costituzionale ha da sempre optato per la seconda interpretazione, con una giurisprudenza consolidata che successivamente è stata confermata e si è tradotta in una modifica della Legge Organica sul TC.

Al momento può ritenersi assolutamente pacifico in entrambi gli ordinamenti, in dottrina ed in giurisprudenza, che la disposizione dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione nei giudizi futuri, nel giudizio *a quo* e nei giudizi pendenti, ad eccezione solamente dei c.d. rapporti esauriti, relativamente cioè a decisioni giurisdizionali oppure in genere a provvedimenti che hanno fatto applicazione della disposizione dichiarata illegittima e che sono ormai divenuti definitivi perché passati in giudicato o comunque inoppugnabili.

Con riferimento agli effetti derivanti dalle sentenze di incostituzionalità abbiamo voluto evidenziare in maniera particolare come uno dei problemi centrali che le due Corti costituzionali ed i loro commentatori si sono posti è quello relativo alla necessità di contenere o regolare, specie in alcuni casi, gli effetti demolitori derivanti dalle stesse.

In altri termini è apparso spesso evidente che gli effetti derivanti da una pronuncia di incostituzionalità avrebbero potuto, per diversi motivi, risultare deflagranti o quanto meno tali da determinare anche risultati negativi proprio per la tutela dei diritti o comunque per gli interessi generali.

Da qui il tentativo di modulare gli effetti della incostituzionalità attraverso strumenti diversi (come ad esempio la variazione degli stessi nel tempo).

Tra questi ci è sembrato opportuno segnalare il tentativo fatto dalla Corte costituzionale italiana negli anni 1988-1992 con la creazione di un nuovo tipo di decisione, genericamente denominato di “illegittimità costituzionale sopravvenuta”.

In realtà, nelle applicazioni pratiche fatte in quegli anni, che abbiamo ritenuto di dover analiticamente analizzare, possono essere visti due diversi tipi di decisioni, il primo – che abbiamo chiamato di “illegittimità sopravvenuta in senso stretto” – trova il suo fondamento nel fatto che la Corte fa riferimento ad un elemento, sopravvenuto rispetto al momento in cui la legge è stata approvata, che avrebbe determinato la incostituzionalità, la cui dichiarazione pertanto produrrebbe effetti solo a partire da quel momento. Nel secondo (“illegittimità sopravvenuta a seguito di bilanciamento di valori”) invece, pur sempre fondato sulla illegittimità sopravvenuta rispetto all’entrata in vigore della norma, il *dies a quo* cui far risalire gli effetti della incostituzionalità è il frutto di una valutazione operata dal Giudice costituzionale.

Elemento comune alle due situazioni appena ricordate è rappresentato dal richiamo operato dalla Corte ad una situazione di incostituzionalità sopravvenuta e ad una necessaria gradualità nella attuazione dei principi costituzionali, le quali fondano e legittimano la limitazione degli effetti “retroattivi” della dichiarazione di incostituzionalità.

L’esperimento sollevò molte critiche da parte della dottrina, specie con riguardo alla possibilità di giungere – come in alcuni casi era accaduto – a ritenere la pronuncia di incostituzionalità non applicabile al giudizio nell’ambito del quale la questione era stata sollevata, con totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesi al meccanismo della pregiudizialità costituzionale. Anche in considerazione di ciò la Corte negli anni a seguire non ha più fatto ricorso a questo tipo di decisione.

Un nuovo utilizzo della medesima tecnica è stato ripetuto più recentemente nel corso del 2015, in occasione di una questione che molto ha fatto discutere anche per la sua notorietà oltre la stretta cerchia degli addetti ai lavori.

Si trattava della questione di costituzionalità avente ad oggetto la normativa che poneva una tassa ai petrolieri (c.d. robin tax, in quanto avrebbe dovuto, al pari di Robin Hood, togliere ai ricchi per dare ai poveri) e che, se dichiarata incostituzionale, avrebbe creato gravi problemi per le casse dello Stato.

La Corte costituzionale ha accolto la questione e stabilito però che la dichiarazione di incostituzionalità non dovesse valere per il giudizio *a quo*, né per i giudizi ancora in corso.

La grossa novità, che abbiamo voluto sottolineare, consiste nel fatto che in questa occasione, per la prima volta, la Corte non ha fatto alcun riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta o di gradualità nella realizzazione di principi costituzionali, ma al contrario ha riconosciuto che la normativa impugnata era illegittima *ab origine* e la motivazione ha fatto riferimento non ad elementi da valutare oggettivamente allo scopo di fissare il *dies a quo* per la decorrenza degli effetti della incostituzionalità, bensì esclusivamente all’attività di bilanciamento svolta dalla stessa Corte, stabilendo che essa, secondo un principio di stretta proporzionalità, può chiedere al giudice *a quo* o a quelli dei giudizi pendenti di derogare a tale disposizione, in presenza dei seguenti presupposti: “l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti

retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco”.

Anche la giurisprudenza costituzionale spagnola non ha mancato di utilizzare in molte occasioni la tecnica della modulazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità nel tempo. Accanto a quelle decisioni più "classiche" che identificano il momento preciso a partire dal quale l'incostituzionalità (e di conseguenza, la nullità) sarà effettiva, abbiamo voluto menzionare due tipologie di sentenze piuttosto rilevanti: da un lato quelle che precisano un intervallo di tempo nel quale la norma dovrà essere considerata incostituzionale, e dall'altro quel filone di sentenze alle quali seguì una giurisprudenza del *Tribunal Supremo* in base alla quale la giurisdizione ordinaria si arrogava il compito di “definire i termini della efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità”.

La medesima finalità, vale a dire quella di limitare gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità, è alla base anche di altra tipologia di decisioni che abbiamo voluto segnalare, attraverso le quali la Corte costituzionale “avverte” che la norma oggetto della questione di costituzionalità si pone in contrasto con la Costituzione, ma che, per il momento, non procederà alla dichiarazione di incostituzionalità o, nel caso spagnolo, a dichiararne la nullità, dando così il tempo al legislatore per intervenire e quindi per evitare gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità.

Si tratta di quelle pronunce che significativamente sono state definite dalla dottrina come “decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata” o, nel caso spagnolo, di “incostituzionalità senza nullità”.

In proposito abbiamo ritenuto di dover sottolineare come le stesse Corti costituzionali siano intervenute per esplicitare le giustificazioni alla base di tale operato. Il *Tribunal Constitucional*, ad esempio, ha dichiarato che non è opportuno che alla pronuncia di incostituzionalità si associ anche la nullità della norma oggetto del giudizio in quei casi nei quali tale secondo effetto non solo non risolve la situazione creata dalla norma incostituzionale, ma addirittura potrebbe portare a conseguenze peggiori per l'interesse generale. Il Costituzionale preferisce quindi proteggere quest'ultimo anziché tutelare i diritti e gli interesse di coloro ai quali (più o meno immediatamente) verrà applicata la disposizione incostituzionale.

Non potevamo chiudere l'esame degli effetti delle sentenze che dichiarano la incostituzionalità di una norma di legge senza trattare un tema fondamentale che tuttavia si presenta solo nell'ordinamento spagnolo, in ragione dello specifico assetto scelto dal Costituente per il sistema di giustizia costituzionale. Ci riferiamo alla presenza del ricorso di *amparo* costituzionale e all'analisi delle conseguenze che può avere la dichiarazione di incostituzionalità di una norma, la cui applicazione ha generato una ipotetica vulnerazione di un diritto fondamentale denunciato da un soggetto in un *amparo*, già ammesso all'esame del Costituzionale nel momento della decisione di incostituzionalità.

Abbiamo quindi analizzato in profondità una delle sentenze più importanti in merito a questo aspetto, la STC 159/1997, nella quale, riconosce il TC, la richiesta della parte si dirigeva non tanto contro l'applicazione amministrativa o giudiziaria della norma dichiarata incostituzionale in una sentenza anteriore (la STC 173/1996), quanto contro il contenuto stesso della norma, già espulsa dall'ordinamento nel momento di decidersi sulla concessione o meno dell'*amparo*.

Il Costituzionale stabilì che la dichiarazione di incostituzionalità potrà avere effetti nel ricorso di *amparo* solo se questo stesso ha ad oggetto un atto di applicazione di una norma annullata dal TC in un procedimento di dichiarazione di incostituzionalità per aver vulnerato uno dei diritti fondamentali ai quali la Costituzione spagnola riconosce la tutela attraverso l'*amparo* costituzionale. Afferma il TC che non sarà quindi sempre determinante per la risoluzione del ricorso di *amparo* che la norma da cui proviene l'atto che viola un diritto fondamentale sia stata dichiarata incostituzionale e nulla.

Ricorda inoltre il Costituzionale la disciplina organica sull'impossibilità che una sentenza di incostituzionalità permetta di riaprire un processo la cui decisione sia passata in giudicato e sulle sue eccezioni (art. 40 LOTC), non applicabili in questo caso. Il fatto che una sentenza di una giurisdizione ordinaria sia ricorribile in *amparo* non determina che la stessa non sia passata in giudicato. Sarà del tutto irrilevante, aggiunge, che nel processo che ha determinato il ricorso di *amparo* si sia applicata una legge successivamente dichiarata incostituzionale.

Aggiunge infine il TC che non potrà in questi casi neppure invocarsi la violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva (art. 24 CE), dato che si è perfettamente rispettato e applicato il sistema di fonti stabilito nell'ordinamento giuridico spagnolo e il giudice che applicò nel giudizio ordinario la norma dichiarata

incostituzionale non aveva l'obbligo di sollevare a suo tempo una questione di incostituzionalità se non ha nutrito dubbi in proposito.

Sulla base dell'analisi dei tre voti dissidenti espressi da vari Magistrati, abbiamo potuto trarre qualche considerazione soprattutto in merito alla decisione del TC di restringere la possibilità che le sentenze di incostituzionalità producano effetti nei ricorsi di *amparo* in corso, ai soli casi in cui la legge sia dichiarata incostituzionale per violazione di uno dei diritti fondamentali "amparabili".

Abbiamo ritenuto, in estrema sintesi, che se la Legge organica sul TC nel suo articolo 38 afferma che le sentenze che dichiarano la incostituzionalità di una norma vincolano tutti i poteri pubblici a partire dal giorno della pubblicazione della decisione nel Bollettino Ufficiale, senza aggiungere nessuna altra specificazione, può ritenersi probabilmente una interpretazione restrittiva la decisione del Costituzionale di non ritenersi vincolato alla stessa nelle sue sentenze di *amparo*, tranne nei casi in cui la incostituzionalità della norma dipende dalla sua incompatibilità con un diritto fondamentale che ammette un *amparo* costituzionale.

Data la importanza della tematica, abbiamo concluso l'analisi con un minuzioso campionario delle sentenze posteriori a quella presa come oggetto di studio.

La dichiarazione di incostituzionalità, come abbiamo detto, persegue il risultato richiesto dal giudice (ed in alcuni casi almeno, dalle parti) con l'ordinanza di rinvio.

Attraverso alcune tipologie di decisioni, la Corte tende a raggiungere direttamente il risultato più utile nelle condizioni in cui si trova ad operare e di fronte a determinate eccezioni di costituzionalità che le vengono presentate.

Abbiamo in questo senso voluto sottolineare due tipi di decisioni che più caratterizzano l'attività ultrasessantennale della Corte costituzione e che fin dall'inizio della sua attività sono state utilizzate dal Tribunal Constitucional, individuandole il primo nelle pronunce di rigetto ed il secondo in quelle di accoglimento. Il riferimento è in specifico alle sentenze interpretative di rigetto ed alle decisioni c.d. "manipolative".

Attraverso le prime il Giudice costituzionale dichiara la questione infondata, ma a condizione che la disposizione impugnata venga interpretata nel modo da essa indicato, che viene pertanto a risultare l'unico che possa salvare la disposizione dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Lo strumento tende chiaramente a superare la rigida alternativa tra infondatezza o incostituzionalità, con lo scopo di raggiungere attraverso l'interpretazione un risultato analogo a quello della incostituzionalità, anche giungendo in certi casi a forzare il testo della legge.

Le decisioni interpretative di rigetto pongono immediatamente il problema della loro efficacia, non potendosi ritenere giuridicamente vincolanti per il giudice *a quo* e tanto meno per tutti gli altri giudici.

Per questo, ispirata ad una diversa concezione dei rapporti tra il piano della legalità e piano della costituzionalità, la Corte di cassazione italiana si è rifiutata in un primo momento di seguire le interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale, ritenendo di essere depositaria del compito di interpretare la legge ai fini della uniformità della interpretazione (c.d. *nomofilachia*).

Abbiamo per questo ricostruito il particolare momento storico nel quale viene ad inserirsi quella che è comunemente conosciuta come la “guerra tra le due corti” (appunto la Costituzionale e la Cassazione italiane), la quale è stata superata grazie anche alla capacità della prima di non insistere nel fornire le interpretazioni costituzionalmente corrette allorchè vi fosse in materia una giurisprudenza consolidata della Cassazione (c.d. “diritto vivente”).

Un simile atteggiamento ha contribuito alquanto a creare un clima di rapporti molto disteso tra i due organi, tanto da ritenere risultato del tutto acquisito e affermato dalla Corte di cassazione secondo cui le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale pongono un vincolo positivo a carico del giudice remittente e costituiscono un precedente autorevole per tutti i giudici che sono tenuti a non fare applicazione delle disposizioni in un senso diverso da quello affermato dalla Corte costituzionale, senza aver prima sollevato questione di legittimità costituzionale.

Negli anni Duemila l'armonia è parsa essere posta nuovamente in crisi sempre a seguito delle sentenze interpretative di rigetto, ma in un contesto ed in un significato assai diverso, per cui abbiamo ritenuto inappropriato parlare di una “seconda guerra tra le due Corti” se intesa nel senso del ripresentarsi di una situazione analoga alla prima.

In questo caso infatti ciò che veniva contestato nell'utilizzo delle sentenze interpretative non era tanto la spettanza alla Corte costituzionale di tale potere, quanto invece il modo come in alcuni casi lo stesso veniva esercitato.

Più in particolare ciò che la Corte di cassazione censurava era il fatto che la Corte costituzionale chiedeva al giudice di seguire una interpretazione della legge – allo scopo di evitare la dichiarazione di incostituzionalità – che, a giudizio del Giudice di legittimità, non era consentito dal dato letterale della legge e quindi non permesso al giudice comune dalle regole sulla interpretazione degli atti normativi.

La contestazione pertanto non riguardava la soluzione proposta dalla Corte costituzionale, ma veniva chiesto alla stessa di perseguirla non attraverso una sentenza di rigetto, bensì di accoglimento.

Le ragioni di questa “seconda guerra” trovano fondamento nella espansione della prassi della Corte di rivolgere un invito pressante ai giudici a seguire, fin quando possibile, l’interpretazione conforme, la quale fino ad un certo momento era stata gestita dalla Corte in un regime di carattere monopolistico.

Proprio per questo abbiamo ritenuto di segnalare come la fine del monopolio ed il subentro del giudice comune alla Corte in questa attività, abbia determinato la drastica riduzione dell’utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto, impiegate successivamente dalla Corte solo in casi eccezionali per superare un “diritto vivente” o per sostenere interpretazioni della legge particolarmente “creative”.

Con riferimento al contrasto verificatosi negli anni Duemila, abbiamo ritenuto di poter concludere nel senso che, allorchè il testo della legge non consente una determinata lettura, pur se ispirata alla realizzazione di valori costituzionali, la Corte non debba forzare la mano ai giudici, ma procedere alla dichiarazione di incostituzionalità, perchè in questi casi la risoluzione del dubbio attraverso l’interpretazione conforme non pare poter produrre un effetto positivo per la tutela dei diritti, in quanto se alcuni giudici decidono di seguirla, è sempre possibile, anzi probabile, che altri non lo facciano. In ipotesi del genere sembra pertanto preferibile un intervento che elimini la legge incostituzionale, unitamente, se del caso, ad una indicazione dei principi cui il giudice (ed anche il legislatore) dovranno ispirarsi nel dare seguito all’intervento della Corte.

Il *Tribunal Constitucional*, oltre ad utilizzare questa tecnica decisoria dichiarando esplicitamente di ispirarsi alle esperienze straniere (tra cui quella italiana), iniziò ad utilizzare le sentenze interpretative anche nelle decisioni che dichiarano la incostituzionalità della norma in questione, indicando quindi al giudice solo

l'interpretazione della disposizione da ritenere incostituzionale. La Corte italiana abbandonò, invece, questa tecnica nei primi anni di funzionamento.

Attraverso l'altro tipo di decisione menzionate poc'anzi (le sentenze manipolative) il Giudice costituzionale produce *hic et nunc* l'effetto di modificare il testo della legge, aggiungendovi qualcosa (sentenze "additive") o sostituendone i contenuti (sentenze "sostitutive").

Se con le interpretative di rigetto il Costituzionale si pone in dialogo con i giudici, attraverso le manipolative il rapporto è invece con il legislatore. Per questo i problemi che si sono posti circa una supposta invasione, da parte del Giudice costituzionale, dello spazio di discrezionalità che la Costituzione riconosce al potere legislativo.

Di questo ovviamente è stata ben consapevole la Corte costituzionale italiana, la quale ha accolto una teoria (poi riproposta anche in Spagna, anche se non con riferimenti diretti alla stessa) elaborata da autorevole dottrina (Vezio Crisafulli), per sottolineare come essa non determini la creazione di situazioni normative nuove, ma si limiti a rendere palesi contenuti che già esistono e che discendono direttamente, in maniera quindi obbligata, dalla Costituzione.

Si tratta della teoria delle c.d. "rime obbligate", rispetto alla quale abbiamo osservato come difficilmente, almeno in alcuni casi, le "manipolazioni" del testo operate dalla Corte possono davvero ritenersi discendere in maniera obbligata, senza alcuna discrezionalità, dalla Costituzione.

Più in particolare, ponendo in confronto il tipo di decisioni in discorso con le pronunce attraverso le quali la Corte costituzionale dichiara la inammissibilità di una questione perché coinvolgente scelte discrezionali riservate, come tali, al legislatore, abbiamo ritenuto di poter sostenere che il discrimine tra le situazioni per le quali la Corte costituzionale decide di intervenire attraverso una sentenza di tipo manipolativo e quelle per le quali invece essa si ritrae in ragione dell'esistenza di uno spazio di scelte discrezionali riservate al legislatore, è assai sottile e l'impressione è che vi sia in proposito un ampio margine di discrezionalità della Corte nello scegliere, sulla base di molti e diversi elementi, in un senso oppure nell'altro.

Abbiamo infine ritenuto opportuno segnalare le ipotesi per le quali la Corte ha ritenuto di non poter ricorrere alle pronunce di tipo manipolativo, indicandole in particolare nella materia penale incriminatrice.

Una situazione particolare si è posta, ed è venuta a manifestarsi con più evidenza in connessione con la situazione di crisi economica degli ultimi anni, con riferimento a quelle decisioni manipolative che hanno determinato un aggravio per l'erario (definite "sentenze che costano").

Si è posto in particolare il problema circa la possibilità di applicare anche alla Corte il principio costituzionale previsto per il legislatore, al quale è impedito di approvare leggi che comportino nuove spese o maggiori oneri senza stabilire i mezzi con cui farvi fronte (art. 81).

La Corte costituzionale ha concluso per la inapplicabilità di tale disposizione alle sentenze di accoglimento ed in particolare alle sentenze additive, sia perché essa mostra chiaramente di volersi riferire all'attività del legislatore, sia perché comunque il Giudice delle leggi, a differenza del Parlamento, non sarebbe in alcun modo in condizione di assolvere al compito di indicare i mezzi con cui far fronte alle maggiori spese derivanti quale effetto delle sue pronunce di incostituzionalità.

In proposito abbiamo ritenuto di poter concludere nel senso che anche il principio di parità di bilancio rappresenti un principio costituzionale che deve essere valutato nell'attività di bilanciamento spettante alla Corte. Conseguentemente la Corte costituzionale potrà in certi casi giungere alla conclusione che il valore espresso dal principio di equilibrio di bilancio debba considerarsi recessivo e quindi sia da sacrificare rispetto ad altri valori costituzionali che vengono in gioco ed allora pronuncerà una decisione di incostituzionalità oppure potrà ritenere prevalente quel valore, nel qual caso la decisione non potrà essere che di infondatezza.

Recentemente (2014 e 2017) la Corte costituzionale ha richiamato l'utilizzo delle sentenze manipolative, indicandole come unica possibilità per dichiarare incostituzionali un certo tipo di leggi, le c.d. leggi costituzionalmente necessarie, traendo ciò dai limiti che tradizionalmente la giurisprudenza costituzionale ha previsto per l'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo.

Al proposito abbiamo creduto di dover esprimere perplessità nella considerazione che questa posizione potrebbe condurre la Corte a non poter dichiarare incostituzionale una legge (costituzionalmente necessaria, come ad esempio la legge elettorale) anche quando la stessa dovesse risultare palesemente contraria ai principi

costituzionali, ciò solo perché, nelle specie, potrebbe risultare impossibile fare ricorso ad una pronuncia di tipo manipolativo.

Ci è sembrato necessario a questo punto svolgere alcune considerazioni in merito ai rapporti fra il Giudice Costituzionale e gli altri poteri dello Stato (in particolare il potere giudiziario e il legislativo).

Ci è sembrato necessario segnalare i problemi e le conseguenze delle decisioni di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” e di “incostituzionalità senza nullità” – impiegate dalle due Corti costituzionali sull’esempio anche dei Giudici costituzionali austriaci e tedeschi – sulla logica sottostante al giudizio delle leggi in via incidentale e soprattutto dei diritti ad esso connessi.

In particolare abbiamo ritenuto che, attraverso queste decisioni, la Corte costituzionale viene a porsi in dialogo con il legislatore, sollecitando un suo intervento, ma viene a trascurare del tutto gli interessi presenti nel giudizio *a quo* che, nonostante il sostanziale accertamento della incostituzionalità della norma, dovrà concludersi con l’applicazione della medesima al caso da decidere.

Abbiamo messo in evidenza alcuni casi nei quali il Giudice costituzionale ravvisa un forte disagio rispetto alla attuazione dei principi costituzionali ma ritiene, per varie ragioni, di non poter giungere ad una decisione di incostituzionalità e deve quindi concludere il giudizio con una decisione di infondatezza o di inammissibilità. In queste occasioni, il Costituzionale rivolge, in motivazione, un invito al legislatore – in termini più o meno stringenti - perché questi intervenga a regolare diversamente la materia e ad eliminare certe incongruenze presenti nella disciplina della stessa.

Sempre con riguardo alla relazione tra Giudice costituzionale e legislatore, abbiamo voluto mettere in guardia di fronte ai possibili abusi nell’utilizzo delle sentenze manipolative, che in certi casi possono essere intese come una “invasione di campo” da parte del potere legislativo.

E’ stato rilevato come alcune tecniche decisorie utilizzate dai Giudici costituzionali (come ad esempio le sentenze interpretative o le additive di principio, analizzate nel capitolo secondo) possano potenziare quella relazione “virtuosa”, necessaria per il corretto funzionamento del processo costituzionale in via incidentale, tra Corti costituzionali e autorità giudiziarie. Ma che allo stesso modo, se utilizzate fuori dai confini propri dell’attività del Giudice costituzionale, possono finire per creare più difficoltà che benefici per l’attività giurisdizionale.

Non è certamente facile svolgere una valutazione conclusiva sul ruolo assunto dai due Tribunali costituzionali nella tutela dei diritti attraverso lo strumento del giudizio in via incidentale. Per quanto riguarda il sistema italiano a maggior ragione, dal momento che ciò significa dare un giudizio su gran parte dell'attività e del ruolo portato a termine dal Giudice costituzionale.

La valutazione sul funzionamento del sistema incidentale in rapporto alla tutela dei diritti è stata generalmente molto positiva. E' stato in particolare rilevato dalla dottrina italiana (ma tali considerazioni valgono certamente anche per l'esperienza spagnola) (Valerio Onida) come lo strumento incidentale si sia mostrato perfettamente adeguato a realizzare in concreto la tutela, sul piano giuridico, dei diritti fondamentali. Infatti "se per ogni diritto (sostanziale) c'è – e ci deve essere per Costituzione (. . .) – un giudice ed un giudizio nel quale esso può essere azionato e fatto valere; se da qualunque giudice e in qualunque giudizio può essere provocato il controllo della Corte sulla eventuale indebita compressione o limitazione che ai diritti fondamentali possa derivare da norme di legge, di diritto sostanziale o processuale, ne deriva che, dal punto di vista logico, il sistema delle garanzie di tali diritti non ammette e non lascia lacune".

Non possiamo che condividere altresì il giudizio espresso dalla dottrina assolutamente prevalente nel senso che la Corte costituzionale con il passare degli anni è apparsa sempre più nella veste di "giudice dei diritti" che non in quella di "giudice delle norme", dotandosi di strumenti - quali le sentenze interpretative, le manipolative, le additive di principio - non previsti dalla legge, ma creati dalla Corte per meglio svolgere la propria attività specialmente in vista di una migliore tutela dei diritti fondamentali. Infatti, come abbiamo sottolineato citando Villaverde Menendez, queste tecniche decisorie non sono altro che la prova della concretezza della questione di incostituzionalità e del fatto che il Costituzionale tende ad adeguare la norma oggetto del suo giudizio non solo alla Costituzione, ma anche al caso concreto nel quale deve applicarsi.

E anche se è stato necessario ricordare che in alcuni casi questi nuovi strumenti possono trascurare i diritti e gli interessi delle parti del giudizio a quo, abbiamo

accertato come spesso tale effetto debba ricondursi alla necessità di tutelare l'interesse generale, e quindi essere, su queste basi, giustificato.

Se è vero che non sono mancati casi di vero o apparente conflitto tra i Giudici costituzionali e gli altri poteri dello Stato (specie legislativo e autorità giudiziaria), allorchè l'attività dei primi si sia rivelata troppo creativa, non è da sottacere come, nella maggior parte dei casi si è venuta a creare un'opera di collaborazione che è risultata assai positiva per la tutela dei diritti e per la realizzazione dei valori costituzionali. Mi riferisco alle ipotesi di segnalazioni rivolte al legislatore perché questi intervenga a modificare in senso costituzionalmente conforme la normativa o a eliminare pericolose lacune legislative (proponendo spesso letture "evolutive" del testo costituzionale); oppure dirette ai giudici per indicare loro le interpretazioni costituzionalmente corrette o quelle che, al contrario, sembrerebbero porsi in contrasto con i principi costituzionali.

Inevitabile che in questa sua attività la Corte sia venuta spesso a distaccarsi in maniera sensibile dalla figura kelseniana del "legislatore negativo", per assumerne una assai più vicina a quella di un vero legislatore, ponendo di conseguenza un problema di limiti alla sua attività "creativa" e pure di legittimazione democratica.

Le Costituzioni italiana e spagnola, in tema di diritti inviolabili della persona, contengono una formula generica ("la repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", art. 2 CI, e "i diritti inviolabili -della persona- sono il fondamento dell'ordine politico e della pace sociale", art. 10.1 CE), ponendo quindi all'interprete il problema di intendere la stessa come riferita ai soli diritti espressamente indicati nella prima parte della rispettiva Costituzione (tesi della "norma chiusa") oppure nel senso di poter ricavare anche altri diritti ugualmente garantiti in quanto non prevedibili al momento dell'approvazione della Costituzione oppure emersi solo successivamente nella realtà sociale e politica del paese (tesi della "norma aperta").

Ad indicare questo secondo tipo di circostanza è stata coniata una espressione che ha avuto molta fortuna: ci riferiamo alla identificazione dei c.d. "diritti nuovi".

Espressione appunto felice, anche se - presa alla lettera ed al pari di tutte le espressioni sintetiche - potrebbe indurre in errore, nel senso che certamente il Giudice

costituzionale non può procedere alla creazione di diritti nuovi, nel senso di diritti non previsti dalla Costituzione, quanto ad un'opera di loro individuazione attraverso una lettura sistematica della Costituzione e dei suoi valori portanti.

Tra i limiti che si pongono chiaramente alle Corti costituzionali nella determinazione dei diritti fondamentali sta infatti certamente la necessità del rispetto del testo costituzionale. Se da un lato si può pensare a dotare lo stesso di una certa “dinamicità”, grazie all’operato delle Corti costituzionali, per quanto riguarda il “patrimonio costituzionale dei diritti”, non possono certo essere superate quelle coordinate fissate dalla Costituzione.

Con riguardo all’attività creativa del Giudice costituzionale in tema di diritti fondamentali, e seguendo l’insegnamento della più autorevole dottrina, abbiamo infine ritenuto di dover distinguere a seconda che il diritto vantato trovi riconoscimento, in maniera più o meno espressa, nel testo costituzionale oppure sia invece lasciato alla libera scelta del legislatore.

La prima ipotesi, che abbiamo definito di “diritti costituzionali”, si realizza quando la Costituzione “impone” la tutela di un diritto, mentre la seconda quando la stessa “consente, ma non “impone”, il riconoscimento del diritto – che abbiamo identificato “diritti legali” - lasciando in materia la libertà di scelta al legislatore.

Evidente risulta la diversa legittimazione ad un intervento creativo del Giudice costituzionale nel primo rispetto al secondo caso, così come pure diversi saranno le condizioni per operare a seconda che – di fronte a “diritti costituzionali” – il legislatore abbia deciso di regolare la materia oppure abbia preferito non intervenire, lasciando la situazione priva di una regolamentazione.

La Corte infatti giudica sulle leggi e non sulle omissioni del legislatore, anche se recentemente, a proposito della latitanza del legislatore a disciplinare diritti e doveri della coppia omosessuale, la Corte ha, per la prima volta, deciso di dichiarare, nella sostanza, incostituzionale proprio una omissione del legislatore.

V. Capitolo

Con il quinto capitolo viene affrontato il problema della incidenza sull'attività del giudice nazionale - costituzionale e comune – nel controllo delle leggi in via incidentale, dell'irrompere sulla scena della problematica del livello sovranazionale di tutela dei diritti e quindi della c.d. tutela multilivello dei diritti.

Fermo restando che oggetto della tesi è il confronto tra l'esperienza italiana e quella spagnola in ordine al grado di tutela dei diritti fondamentali riconosciuta attraverso lo strumento della pregiudizialità costituzionale, abbiamo ritenuto di completare la ricerca, svolta a livello nazionale, con una comparazione e raffronto tra la pregiudizialità costituzionale ed il funzionamento dello stesso meccanismo pregiudiziale a livello sovranazionale.

La presenza di differenti Carte e quindi di differenti giudici ha, come noto, fatto sorgere in concreto un problema di raccordo tra gli stessi e, scartato di poter fare riferimento ad un criterio gerarchico oppure di competenza, si è comunemente ritenuto di preferire il criterio di collaborazione-cooperazione, tale da instaurare un "dialogo" tra i giudici di differenti gradi e livelli.

La pregiudizialità costituzionale, come abbiamo ricordato nella tesi, ha certamente posto, specie nei primi anni, un analogo problema nel rapporto tra i giudici comuni ed il Giudice costituzionale e quindi in ordine al "dialogo" tra gli stessi, che ha vissuto momenti anche complicati (le "guerre tra le corti").

Il problema si è quindi riproposto a livello sopranazionale, con riferimento questa volta ai rapporti tra i giudici nazionali (ordinari e costituzionale) e quelli europei, specificamente la Corte europea di Strasburgo e quella di giustizia di Lussemburgo, soprattutto a partire dal momento in cui anche la seconda ha iniziato sempre con maggiore frequenza ad interessarsi della tutela dei diritti fondamentali, prima come principio generale dell'ordinamento comunitario poi a seguito dell'approvazione ed entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tra i diversi strumenti, un ruolo di assoluta preminenza ha avuto il sistema della pregiudizialità, il quale rappresenta il fondamento sia del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia della richiesta di pareri prevista dal Protocollo n. 16 allegato alla Cedu.

L'affermazione del metodo del dialogo ha inevitabilmente prodotto conseguenze sul modo di operare del giudice nazionale anche, per quanto riguarda il tema della tesi, nella sua attività di garante dei diritti fondamentali attraverso lo strumento del controllo delle leggi in via incidentale.

Su tale base abbiamo ritenuto di affrontare specificamente tre aspetti collegati al fenomeno della tutela multilivello e che ci sono sembrati strettamente connessi a quelli affrontati nella tesi e su di questi incidenti. In particolare: a) un confronto tra la pregiudizialità costituzionale e quelle eurounitaria e convenzionale; b) i fenomeni di “doppia o tripla pregiudizialità”; c) la tutela dei diritti inviolabili della persona nei riguardi di previsioni o interpretazioni del diritto dell’Unione europea, attraverso il riferimento ai c.d. controlimiti.

Con riguardo al primo aspetto, abbiamo ritenuto anche di analizzare un profilo necessariamente attinente solamente al sistema spagnolo e al dialogo fra il *Tribunal Constitucional* e la Corte di Lussemburgo, data la previsione in Spagna (come abbiamo più volte ricordato) di un ricorso diretto attivabile dal singolo per la tutela dei diritti fondamentali. Intendiamo riferirci alla possibilità di ricorrere in *amparo* per la violazione del diritto alla tutela giudiziaria effettiva nel caso di mancato sollevamento di una pregiudiziale eurounitaria da parte del giudice ordinario.

Sul primo punto abbiamo dapprima ricostruito la disciplina del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e della richiesta di pareri alla Corte europea ed evidenziato, per il primo, il modo come questo si sia in pratica configurato, sovente anche in dissonanza con le previsioni normative.

In particolare abbiamo ritenuto di sottolineare come il rinvio pregiudiziale si sia rivelato uno strumento di assoluto rilievo anche per la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli, nel caso di supposta violazione dei medesimi da parte di una normativa nazionale con il diritto dell’Unione europea, ancora di più a seguito della entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Mentre con riguardo al “protocollo del dialogo” – come è stato definito il Protocollo n. 16 – abbiamo evidenziato come la richiesta alla Corte di Strasburgo di un parere su aspetti e principi generali della Cedu porta un elemento di novità nell’attività di un Giudice che tradizionalmente si esprime su casi specifici, favorendo una sua trasformazione verso una vera Corte costituzionale.

Abbiamo però ritenuto in proposito di dover affrontare un problema preliminare, vale a dire la possibilità di parlare in questo caso di sistema pregiudiziale, affrontando così il tema relativo all’obbligo o meno dell’autorità giudiziaria che chiede il parere di sospendere il suo giudizio in attesa della risposta, della quale fare applicazione nel caso da decidere.

Al riguardo la nostra soluzione è stata per l'assoluta prevalenza degli argomenti a favore dell'obbligo di sospensione e quindi del meccanismo pregiudiziale e, sulla base di questa, abbiamo quindi criticato l'opposta soluzione contenuta nel disegno di legge italiano per la ratifica del Protocollo n. 16.

Allo scopo di poter procedere ad un raffronto tra il modo di operare delle pregiudizialità eurounitaria e convenzionale, rispetto a quella costituzionale, abbiamo quindi condotto la comparazione scegliendo cinque momenti caratterizzanti: a) i criteri di individuazione dei soggetti legittimati; b) la natura obbligatoria o facoltativa del rinvio o della richiesta; c) l'oggetto del rinvio o della richiesta; d) il contraddittorio e la posizione delle parti del giudizio *a quo*; e) la decisione e l'efficacia della medesima.

Con riguardo ai soggetti legittimati abbiamo ritenuto di sottolineare, con riferimento al rinvio pregiudiziale, come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia elaborato una nozione di "organo giudiziario" ai limitati fini del rinvio, stabilendo i necessari requisiti, mentre, con riguardo alla richiesta di pareri, abbiamo rilevato un netto cambio di metodo rispetto alla pregiudiziale costituzionale ed eurounitaria, dal momento che la loro definizione e specificazione non viene rimessa alla elaborazione giurisprudenziale, bensì alla scelta del soggetto politico che procederà alla ratifica del Protocollo, il quale ha il compito di indicare discrezionalmente le "alte giurisdizioni" legittimate a chiedere pareri.

Potrà pertanto accadere che, nonostante tutte le previsioni fatte in proposito dalla dottrina siano nel senso di inserire tra tali giurisdizioni il Giudice costituzionale – ritenendolo alcuni addirittura l'unico o comunque il più idoneo a farlo – la scelta operata dal legislatore italiano (nel disegno di legge in approvazione) non comprenda la Corte costituzionale.

Circa la natura obbligatoria o facoltativa del rinvio pregiudiziale o della richiesta di parere - a fronte di un obbligo gravante sul giudice nel caso di pregiudizialità costituzionale, una volta verificata la sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge – abbiamo sottolineato come per il giudice comune vi sia solamente una facoltà di proporre il rinvio interpretativo alla Corte di giustizia . L'obbligo di farlo grava infatti solamente sui giudici di ultima istanza, al fine di favorire la uniforme interpretazione del diritto eurounitario e la giurisprudenza della Corte di giustizia ha di fatto introdotto altresì una serie di ipotesi, ricorrendo le quali il giudice, pur se di ultima istanza, non è obbligato a proporre il rinvio.

Nel sistema delineato dal Protocollo n. 16, la richiesta dei pareri è, come detto, esercitabile solo dalle alte giurisdizioni espressamente indicate nell'atto di ratifica ed è espressamente definita come "facoltativa".

Circa l'oggetto del rinvio pregiudiziale, esso è indicato nella interpretazione del solo diritto euro unitario, anche se la Corte di giustizia ha poi finito in realtà per pronunciarsi in ordine alla compatibilità con il diritto dell'Unione europea del diritto nazionale, venendo a svolgere un tipo di controllo che si è avvicinato, per alcuni versi, a quello di costituzionalità, dando luogo altresì ad una forma di controllo di tipo diffuso attraverso il potere di disapplicazione del giudice nazionale.

Il Protocollo n. 16, indica l'oggetto del parere consultivo in "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli", per cui sono stati sollevati dubbi sulla capacità della Corte europea di attenersi ad un piano astratto di interpretazione dei principi, quando finora la sua attività è stata un'attività di decisione su casi concreti.

Nella ricostruzione del contraddittorio e del ruolo delle parti, sia nel giudizio *a quo*, come in quello davanti alla Corte di giustizia ed alla Corte europea, abbiamo creduto in particolare di sottolineare, con riguardo al rinvio pregiudiziale, come il giudice sia stato ritenuto dalla Corte di Lussemburgo come il *dominus* assoluto, non legato quindi nella sua decisione e nel determinare il contenuto del provvedimento alla posizione delle parti del processo in corso.

Mentre, per il giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, abbiamo notato come la presenza delle parti è prevista quale "amicus curiae", dal momento che la decisione (a discrezione del presidente di farle partecipare è presa in considerazione "dell'interesse di una buona amministrazione della giustizia".

Infine con riguardo alla decisione, abbiamo sottolineato la natura bifasica propria del procedimento relativo alla richiesta di pareri alla Corte di Strasburgo e tentato di individuare le ragioni sulla base delle quali si potrà decidere di non ammettere la richiesta.

Mentre gli effetti della decisione della Corte di giustizia circa l'interpretazione del diritto eurounitario, sono ritenuti obbligatori *erga omnes*, e quindi in questo parificati ad una legge di interpretazione autentica, i pareri espressi dalla Grande camera di Strasburgo sono invece qualificati come privi di efficacia vincolante.

In proposito abbiamo ritenuto di dover porre in dubbio che davvero i pareri possano ritenersi privi di efficacia giuridica e questo nella considerazione, sia che

comunque sono qualificati al pari delle sentenze-pilota della Corte europea e comunque della sua giurisprudenza, sia perché, una volta che il richiedente intendesse non seguire il parere, si aprirebbe la assolutamente prevedibile via contenziosa, che porterebbe nuovamente la questione al giudizio della stessa Corte, la quale, dismesso il cappello di organo consulente assumerebbe quello di organo decidente. Dal momento che sotto il diverso cappello starà la medesima testa, appare di tutta evidenza in questi casi l'alta probabilità di successo del ricorso.

L'altro tema affrontato è stato, come premesso, quello della “doppia pregiudizialità”, sia con riguardo al giudizio davanti alla Corte di giustizia, sia alla Corte europea.

Nel primo caso il giudice comune si trova nella condizione di nutrire, contemporaneamente e con riguardo al medesimo procedimento pendente davanti ad esso, sia un dubbio in ordine alla conformità della legge da applicare ai principi costituzionali, sia circa la corretta interpretazione del diritto eurounitario rilevante per il caso da decidere

La situazione può, in certa misura, ritenersi “figlia” della concezione dualista del rapporto tra ordinamenti fatta propria dal Giudice costituzionale, con la conseguenza che - se in caso di contrasto tra il diritto nazionale e quello eurounitario il giudice deve procedere alla disapplicazione del primo, salvo il previo rinvio interpretativo alla Corte di giustizia – restano una serie di ipotesi, tra cui quella relativa al diritto eurounitario non direttamente applicabile, per le quali vale invece la competenza della Corte costituzionale.

Il fenomeno della “doppia pregiudizialità” è stato esaminato prima a livello astratto, con riguardo alle diverse possibilità prefigurate dalla dottrina, sia attraverso l'esame di alcuni casi pratici particolarmente caratteristici, mentre abbiamo ritenuto di dedicare una particolare attenzione alla posizione assunta in proposito dalla giurisprudenza costituzionale dei due Paesi oggetto di questo studio.

La Corte costituzionale italiana in primo momento si era infatti limitata ad affermare che il problema relativo alla interpretazione del diritto dell'Unione europea era un problema del giudice comune, mentre successivamente ha elaborato una giurisprudenza, poi del tutto consolidata, fondata su quello che è stato chiamato uno “strattagemma processuale”, ossia la questione attinente alla rilevanza della questione.

Secondo la Corte costituzionale la soluzione relativa alla corretta interpretazione del diritto eurounitario porta con sé la conclusione circa la doverosità o meno di disapplicazione del diritto nazionale da parte del giudice precedente e, nel secondo caso, la conseguente irrilevanza della questione di costituzionalità dal momento che il giudice non avrebbe dovuto quindi far applicazione della normativa nazionale. Da qui la conclusione per cui il giudice *a quo* avrebbe dovuto prima accertare l'applicabilità (attraverso, se del caso, il rinvio pregiudiziale) e solo successivamente, una volta escluso il contrasto con il diritto dell'Unione europea, investire della questione di costituzionalità la Corte costituzionale.

Una soluzione da molti ritenuta fondata su basi assai fragili e in realtà dovuta a ragioni pratiche o di economia processuale, che ha condotto la Corte a dialogare con la Corte di giustizia, per usare una felice espressione di Marta Cartabia, “per interposta persona”.

Il Tribunale costituzionale spagnolo si è pronunciato sul tema della doppia pregiudizialità in differenti ipotesi, tutte molto recenti.

In quelle circostanze che possiamo definire di “doppia pregiudizialità in senso stretto” abbiamo appurato che anche il *Tribunal Constitucional*, come la Corte costituzionale italiana, invoca l'assenza dei requisiti della applicabilità e rilevanza per dichiarare inammissibili quei casi in cui un giudice ordinario abbia sollevato una questione di incostituzionalità esprimendo anche dubbi circa la interpretazione o la conformità della stessa disposizione secondo il diritto eurounitario (e non abbia sollevato una pregiudiziale europea), oppure in quei casi in cui l'organo della giurisdizione ordinaria sollevi contemporaneamente le due questioni. Il Giudice costituzionale afferma così la priorità, in queste circostanze, della pregiudiziale eurounitaria.

Abbiamo anche voluto esaminare un caso che ci è sembrato particolarmente significativo, nel quale, di fronte a una questione di incostituzionalità sollevata da un giudice che, sulla stessa norma, aveva sollevato una questione pregiudiziale e ottenuto dalla Corte di Lussemburgo una decisione che confermava la compatibilità fra norma UE e norma nazionale, il TC non si dichiara contrario alla possibilità che un organo della giurisdizione nazionale utilizzi entrambi gli strumenti pregiudiziali. Riconosce infatti il Costituzionale spagnolo che, da un lato, possono esistere piani e ambiti distinti di indagine su una stessa norma, e cioè un controllo di costituzionalità e uno di

adeguatezza al diritto europeo, ognuno dei quali di competenza di un differente giudice. Dall'altro lato, il Costituzionale spagnolo dichiara, nei casi (come quello proposto) nei quali la Corte di giustizia si sia pronunciata anteriormente sulla stessa norma, di essere libera di prendere le sue decisioni in merito alla costituzionalità della disposizione. Quindi, proprio per quella differenza di ambiti a cui poc'anzi facevamo riferimento, anche se una norma di legge ha superato il controllo di conformità al diritto eurounitario, la questione può essere riproposta posteriormente al vaglio del *Tribunal Constitucional*, che deciderà indipendentemente dalle valutazioni della Corte di giustizia con l'unica precisazione che, senza dubbio, il TC dovrà “tenere molto presenti le conclusioni prese dal Giudice di Lussemburgo”. Ci siamo chiesti quindi, viste poi le conclusioni del TC (che praticamente fa sue tutte le considerazioni della Corte di giustizia), se davvero esistono questi due ambiti distinti di indagine e di azione, o se invece i Tribunali costituzionali non debbano in qualche modo “rassegnarsi” alla realtà delle cose: che qualora su una materia esiste una disciplina eurounitaria, la interpretazione che prevarrà sarà quella di Lussemburgo. Abbiamo però aggiunto due eccezioni a questa circostanza che si sta trasformando in regola: le Corti costituzionali, da un lato, non dovranno cedere al diritto UE e all'interpretazione fornita dalla sua Corte nel caso in cui questi si pongano in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento nazionale (c.d. controlimiti); e, dall'altro, conserveranno uno spazio indipendente ogni qualvolta esista un profilo della disciplina in questione (nazionale o costituzionale) che sfugga alla disciplina eurounitaria. In questi due casi, le Corti costituzionali dovranno assicurarsi di affermare il loro ruolo di garanti dei principi supremi e identitari dell'ordinamento nazionale.

Abbiamo quindi proceduto ad esaminare i problemi relativi alla “doppia pregiudizialità” nei rapporti tra quella costituzionale e quella convenzionale, rispetto alla quale abbiamo ritenuto che una influenza decisiva viene svolta dal ruolo e significato riconosciuto alla Cedu nel sistema delle fonti ed alla interpretazione della medesima fornita dalla Corte di Strasburgo, concludendo che nella generalità dei casi, il richiedente sarà comunque portato a rivolgersi prima a quest'ultima e solo successivamente, se del caso, al Giudice costituzionale.

Per concludere in proposito abbiamo creduto di individuare due elementi di ulteriore complicazione nell'attribuzione del valore giuridico dei Trattati alla Carta dei

diritti dell'Unione europea e nella previsione della futura adesione della Unione europea alla Cedu.

A proposito della prima abbiamo ricordato una importante precisazione ad opera della Corte costituzionale italiana, la quale ha escluso che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, mentre circa la seconda di grande importanza è stato il parere molto negativo espresso dalla Corte di giustizia rispetto al progetto di adesione e anche specificamente con riguardo al Protocollo n. 16.

Sulla base di questo parere è stato osservato che parrebbe quasi che sia la Cedu che viene ad aderire alla Unione europea e non viceversa e che la Unione europea potrà aderire solamente quando sarà disponibile ad accettare un controllo esterno da parte della Corte di Strasburgo, mentre Vladimiro Zagrebeky ha affermato che il parere della Corte di giustizia ha fatto sì che *“il percorso di integrazione dell'Unione nella Grande Europa del consiglio d'Europa si è interrotto”*.

Infine per l'ipotesi in cui una violazione della Cedu, che determina un indiretto contrasto con la Costituzione, sia riconducibile ad un atto normativo dell'Unione europea, abbiamo avanzato l'ipotesi di una possibile situazione di “tripla pregiudizialità”, potendo l'”alta giurisdizione” sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, proporre un rinvio interpretativo alla Corte di Lussemburgo o chiedere un parere non vincolante alla Corte di Strasburgo.

Il terzo aspetto esaminato è stato quello dell'utilizzazione di una delle vie d'accesso alle Corti costituzionali (il controllo della legge in via incidentale, in Italia, e l'*amparo*, in Spagna) allo scopo di denunciare davanti al Giudice costituzionale la violazione da parte di un atto normativo dell'Unione europea di un diritto fondamentale, inviolabile della persona, allo scopo con ciò di sottrarsi all'efficacia diretta e soprattutto al primato del diritto dell'Unione, grazie alla dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana per la parte in cui essa ha introdotto nel nostro ordinamento la disposizione eurounitaria, o alla concessione della protezione offerta dall'*amparo* costituzionale in Spagna.

Ad esso strettamente collegato appare l'utilizzo da parte del Giudice costituzionale dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per

ricevere chiarimenti interpretativi in ordine a atti normativi dell'Unione o a decisioni della stessa Corte di Lussemburgo coinvolgenti diritti fondamentali della persona.

In proposito abbiamo ritenuto preferibile ed opportuno partire da quest'ultimo aspetto, ricostruendo (separatamente per ognuno dei due Paesi) il lento –e in certi casi oscillante- percorso seguito in proposito dalle Corti costituzionali italiana e spagnola le quali, per molti anni, come abbiamo sottolineato, hanno resistito ad una posizione quasi unanime della dottrina la quale le chiedeva, attraverso un variegato ventaglio di motivazioni, di proporre direttamente il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La parte finale del surrichiamato percorso è rappresentata dalle pronunce con le quali, abbandonando la radicale posizione di isolamento, i due Tribunali hanno finalmente deciso di farlo.

L'attenzione principale è stata dedicata al richiamo ed all'utilizzo dei c.d. controlimiti come fondamento per la tutela dei diritti inalienabili della persona ed alla sua evoluzione da semplice minaccia a strumento davvero utilizzabile.

A tal fine ci è sembrato utile seguire la problematica attraverso l'esame di due casi che potrebbero ritenersi in proposito davvero emblematici per i due paesi presi in considerazione nella tesi: il caso Melloni per la Spagna e quello Taricco per l'Italia.

La nostra indagine inizia con una descrizione del primo dei due casi. Il sig. Melloni, indagato in Italia per il delitto di bancarotta fraudolenta si era trasferito in Spagna; a seguito della richiesta della magistratura italiana, la giurisdizione spagnola ne concesse l'extradizione perché questi potesse essere giudicato presso il Tribunale di Ferrara. Tuttavia egli, rilasciato su cauzione sempre in Spagna, fece perdere le sue tracce. Il processo in Italia seguì intanto il suo corso ed il Tribunale di Ferrara rilevò la mancata comparizione del sig. Melloni, autorizzando l'esecuzione delle notifiche presso i difensori di fiducia da lui nominati. Veniva quindi, all'esito del processo, condannato per il suddetto delitto in contumacia alla pena di dieci anni di reclusione, sentenza confermata dalla Cassazione nel 2004. Venne quindi emesso dalla Corte d'appello di Bologna un nuovo mandato di arresto europeo al fine dell'esecuzione della sentenza di condanna. Arrestato nel 2008 dalle autorità spagnole, gli atti vennero trasmessi alla prima sezione della camera penale della *Audiencia Nacional*.

Il sig. Melloni si oppose alla consegna alle autorità italiane lamentando anzitutto di aver conferito in appello mandato ad un avvocato diverso da quelli del primo grado,

revocando i mandati precedenti ma che tuttavia le notifiche avevano continuato ad essere eseguite presso i difensori originari. Addusse altresì la circostanza che il diritto processuale italiano non consentisse di impugnare le sentenze pronunciate in contumacia e che quindi l'esecuzione avrebbe dovuto essere subordinata dalle autorità spagnole alla circostanza che venisse consentito all'imputato di impugnare la sentenza di condanna.

La *Audiencia Nacional* non accolse le doglianze, ritenendo indimostrata la revoca dei difensori e valutando rispettato il diritto di difesa in considerazione del fatto che i due avvocati, nominati di fiducia, avevano ricevuto tutte le notifiche e avevano partecipato all'intero processo.

Il sig. Melloni propose allora un ricorso diretto al Tribunale costituzionale spagnolo lamentando la violazione del diritto ad un processo equo così come sancito dall'art. 24.2 CE, dato che la giurisprudenza costituzionale di questi (per esempio nelle sentenze 91/2000 e 177/2006) aveva interpretato che la consegna a Stati che, per reati con pena elevata, non prevedono la revisione del processo per il caso di processi celebrati in assenza dell'imputato, viola il principio sancito dalla carta costituzionale spagnola.

Il Costituzionale spagnolo, trovandosi di fronte ad un caso in cui stando evidentemente in gioco e fortemente sovrapposti diritti fondamentali e norme della Unione Europea, decise di sollevare per la prima volta una questione pregiudiziale al Tribunale di Giustizia, chiedendo in definitiva come poter rendere compatibile la Euroorden e l'interpretazione ampia da lei garantita fino a quel momento al contenuto del diritto di difesa.

La Corte di Lussemburgo, con sentenza della Gran Sala del 26 febbraio 2013, decise (in estrema sintesi e concentrando in questa sede solo sull'aspetto più delicato) per l'inconciliabilità fra la giurisprudenza costituzionale e la disciplina della Euroorden. Il fondamento di tale asserto risiede nel principio del primato del diritto dell'Unione che verrebbe minato nelle sue stesse fondamenta qualora fosse concessa la possibilità ad uno Stato di subordinare l'extradizione al rispetto di diritti fondamentali previsti in maniera differente ancorché maggiormente favorevoli all'interessato, dalle proprie Costituzioni nazionali. In effetti, citando la propria precedente giurisprudenza, la Corte di Lussemburgo ricorda che in nessun caso una disposizione nazionale, quand'anche di rango costituzionale (e in questo caso, così come risultante dalla

interpretazione del Tribunale costituzionale del Paese in questione), potrà diminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato.

Il passo successivo e conclusivo della vicenda sarà la sentenza che risolve l'*amparo* costituzionale, non concedendo lo stesso al Sig. Melloni e confermando quindi l'esecuzione della Euroorden e la estradizione. Sentenza criticata da una parte della dottrina, che considerava fosse finalmente giunto il momento che uno Stato membro attivasse la teoria dei controlimiti per garantire lo standard di tutela fino a quel momento applicato.

Con riguardo al Caso Taricco abbiamo proceduto ricostruendo la fattispecie che ha condotto alla sentenza della Corte di giustizia, la quale ha fornito una interpretazione dell'art. 325 Tfeue che ha suscitato molte perplessità circa la sua compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento italiano ed i diritti inalienabili della persona.

Di conseguenza alcuni giudici, tra cui la Corte di cassazione, hanno ritenuto di dover sollevare questione di costituzionalità denunciando la violazione di fondamentali principi costituzionali, quali il principio di irretroattività della legge penale *in malam partem*, con la riserva di legge contenuta nell'art. 25, 2° comma, Cost. ed il principio di tassatività della norma penale, con il principio di separazione dei poteri e di soggezione del giudice soltanto alla legge, con il diritto di difesa dell'imputato ed il principio della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

La dottrina ha, in generale, criticato fortemente la decisione della Corte di Lussemburgo chiedendo espressamente alla Corte costituzionale di far valere i "controlimiti" e di accogliere quindi la questione di costituzionalità sollevata.

La Corte, pur ritenendosi convinta della risposta negativa, ha chiesto ugualmente alla Corte di giustizia se essa ritenga che il giudice nazionale debba dare applicazione ad una regola del diritto dell'Unione anche quando la stessa si ponga in contrasto con i principi supremi dello Stato, non mancando di ricordare che l'art. 4.3 del Trattato esprime il principio di leale cooperazione che implica reciproco rispetto e assistenza e suggerisce alla Corte di giustizia una lettura della regola tratta dall'art. 325 Tfeue nel senso che la stessa sia da ritenere applicabile solo a condizione che sia compatibile con l'identità costituzionale dello stato membro, precisando che se tale interpretazione fosse ritenuta corretta, la questione di costituzionalità sarebbe risolta con una pronuncia di rigetto.

Una simile lettura, ad avviso della Corte, preserva da un lato la identità nazionale e dall'altro non compromette la uniforme interpretazione del diritto Ue, ponendosi quindi come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. In caso contrario il processo di integrazione europea avrebbe l'effetto di degradare le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali e di allontanarsi dal suo percorso di unificazione nel segno del rispetto dei diritti umani.

In conclusione il raffronto fra la pregiudiziale costituzionale, eurounitaria e convenzionale mostra come, mentre nelle prime due qualsiasi autorità giudiziaria, nel corso di un procedimento che si svolge davanti alla stessa, è legittimata a proporre questione di costituzionalità o effettuare un rinvio interpretativo, nel caso del protocollo n. 16, il numero delle autorità giudiziarie legittimate è estremamente ridotto a soggetti espressamente e tassativamente indicati a livello politico dagli stati membri.

Pure da sottolineare come il Giudice costituzionale, mentre è ritenuto senz'altro legittimato a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la sua legittimazione a richiedere pareri a Strasburgo è rimessa alle scelte degli organi politici ed è quindi possibile, come nel caso italiano, che non sia ad esso riconosciuta la relativa legittimazione. Restiamo in attesa della scelta del legislatore spagnolo.

Dal confronto tra i tre meccanismi pregiudiziali risulta come la diffusione dei principi e dei valori per la cui realizzazione e garanzia operano le autorità giudiziarie legittimate ad attivare i meccanismi stessi, sia pienamente realizzata dalla pregiudiziale costituzionale in cui tutti i giudici hanno l'obbligo, in presenza di certi presupposti, di sollevare questione di costituzionalità, in misura sufficiente anche se più ridotta dalla pregiudiziale eurounitaria, stante la sola facoltà per i giudici non di ultima istanza ed in forme del tutto insufficienti in quella convenzionale, ispirata solo ad un dialogo tra autorità di vertice che lascia del tutto fuori la grandissima parte dei giudici nazionali.

A conclusione di questo raffronto che abbiamo tentato di operare tra la pregiudizialità costituzionale, quella eurounitaria e quella convenzionale, potremmo chiederci se l'istituto della pregiudizialità possa essere considerato come uno strumento di dialogo – o tale da favorire il dialogo – oppure come una inevitabile gerarchizzazione fra i diversi giudici ed i differenti livelli in senso di una sopra o sotto ordinazione dei giudici e delle corti.

Pare indubbio che, mentre il sistema delle impugnazioni tende ad esprimere più propriamente un sistema gerarchico, quello della pregiudizialità appare orientato maggiormente nel senso della collaborazione-cooperazione tra due diversi soggetti, uniti dal perseguimento di uno scopo unitario espresso al fondo da un'unica decisione finale. Un unico giudizio, nel corpo del quale viene innestato un altro giudizio strumentale alla risoluzione del primo.

Nella pregiudiziale costituzionale è apparso evidente come le esperienze italiana e spagnola esaminate nella tesi mostrano a sufficienza che molto dipende da come in concreto si sono venuti a realizzare i rapporti fra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale, tanto che abbiamo individuato fasi, anche temporalmente, diverse, passando da una situazione di "guerra" oppure di "diffidenza" ad una di consonanza più o meno piena.

La previsione di un sistema accentrato, ma ad iniziativa diffusa, con il riconoscimento ad ogni autorità giudiziaria della legittimazione a sollevare questioni di costituzionalità ha certamente contribuito ad indirizzare lo strumento verso forme di collaborazione e di dialogo con il Giudice costituzionale. Un dialogo che può rischiare di essere interrotto allorchè quest'ultimo ritenga di privilegiare la sua "anima politica" a danno di quella "giurisdizionale", spingendo così i giudici comuni e le parti dei giudizi a ricercare un "giudice" a livello sovranazionale.

Nella pregiudiziale eurounitaria la finalità di uniformare l'interpretazione del diritto dell'Unione europea e quindi la distinzione fra giudici di ultimo grado e non, l'efficacia erga omnes delle interpretazioni della Corte di giustizia, unitamente a certi comportamenti "autoritari" della stessa, hanno finito per determinare una maggiore sensazione di sopra-sotto ordinazione, evidenziando un elemento che certamente è implicito nel sistema pregiudiziale e nel fatto stesso che un soggetto, sospenda il suo giudizio in attesa di una decisione di competenza di altro soggetto e che verrà ad influire sulla risoluzione del suo processo.

Nella pregiudiziale convenzionale il dettato normativo sembrerebbe assolutamente tale da far pensare ad un modello ideale per favorire un dialogo fra le "alte giurisdizioni" e la Corte europea dei diritti dell'uomo, attraverso la previsione di una semplice facoltà di richiedere parere e della efficacia non vincolante dello stesso, anche se, come abbiamo detto, solo l'esperienza pratica potrà dire quale potrà essere la vera efficacia dei pareri.

Nell'esame della "doppia pregiudizialità" è emerso piuttosto chiaramente, a nostro giudizio, che l'esperienza che abbiamo vissuto con riguardo ai rapporti fra la pregiudizialità costituzionale e quella eurounitaria non sarà comunque ripetuta, e certamente non negli stessi termini, nel caso in cui lo stesso problema dovesse venire a porsi tra la prima e la pregiudizialità convenzionale, stante le profonde differenze che caratterizzano la richiesta facoltativa di pareri a carattere non vincolante.

Il futuro molto difficile che sembra prospettarsi per l'adesione dell'Unione europea alla Cedu, rendono poco probabile, almeno in tempi brevi, l'eventualità che abbiamo prospettato di una "tripla pregiudizialità", pensando ad un giudice di ultima istanza (qualificato come "alta giurisdizione") che si trovi nella condizione di poter sollevare questione di costituzionalità in via incidentale, proporre un rinvio interpretativo alla Corte di Lussemburgo o chiedere un parere non vincolante alla Corte di Strasburgo.

L'esame di due casi emblematici verificatisi di recente nei due Paesi di riferimento della nostra tesi, è stato diretto a verificare in quali limiti i giudici comuni nazionali, e conseguentemente il Giudice costituzionale, possano effettivamente ed al di là delle affermazioni di principio, utilizzare il richiamo ai c.d. controlimiti allo scopo di garantire la tutela dei diritti fondamentali, stavolta non nei riguardi delle leggi ed atti aventi forza di legge nazionali, bensì nei confronti del diritto euro unitario.

In entrambi i casi il Giudice costituzionale ha ritenuto di dover effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (per la Spagna è stato il primo caso in assoluto) e, nel caso italiano questo è avvenuto proprio nell'ambito di un giudizio di costituzionalità sollevato in via incidentale, mentre in quello spagnolo, in un giudizio su un ricorso di amparo.

Il diverso giudizio nell'ambito del quale si è concretamente posto il problema dei contro limiti (incidentale o amparo costituzionale), non determina all'evidenza alcuna incidenza sul tema che ci siamo proposti di analizzare, vale a dire come ed in che limiti il giudice comune, nell'ambito di un giudizio incidentale, possa tutelare i diritti fondamentali nei confronti di eventuali lesioni derivanti dal diritto eurounitario, come interpretato dalla Corte di giustizia.

Ciò che infatti a noi premeva di porre in evidenza era il significato e l'utilizzo che realmente può essere fatto dei controlimiti dal giudice comune e dal Giudice

costituzionale ed è appunto questo che abbiamo cercato di derivare dai due casi esaminati.

Riguardo al caso Melloni abbiamo posto l'accento su tre aspetti certamente interessanti e connessi con i temi trattati nella tesi.

In primo luogo, è importante ricordare che grazie a questa occasione il Tribunal Constitucional supera le forti resistenze che aveva precedentemente dimostrato (STC 28/1991), accettando finalmente di riconoscersi inclusa fra gli "organi giurisdizionali" ex art. 267 del Tfu e di poter utilizzare il procedimento pregiudiziale di fronte al Giudice di Lussemburgo, instaurando così una collaborazione diretta con quest'ultimo.

In secondo luogo abbiamo sottolineato però come possa risultare sotto certi aspetti contraddittorio il comportamento del TC che sembra svilupparsi attraverso due differenti discorsi: quello della sentenza che conclude la vicenda nel 2014, in qualche modo non concordante con il primo, in occasione dell'ordinanza di rinvio 86/2011. In effetti in quest'ultima, soprattutto rispetto alla terza delle tre questioni sollevate al Tribunale di giustizia, il Constitucional utilizzava un tono e un discorso persuasivo, cortese e piuttosto contenuto, rivolto a convincere il Giudice di Lussemburgo della ragionevolezza e dei valori superiori difesi nella sua precedente giurisprudenza sulla materia, espansiva nella protezione del diritto di difesa degli imputati condannati in contumacia. Il Costituzionale spagnolo ragionava e attuava quindi senza l'intenzione di confrontare i principi di primazia e supremazia, ammettendo implicitamente che fosse il Tribunale di giustizia l'organo competente per decidere sull'incidenza dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'UE. Dalla risposta di Lussemburgo sarebbe pertanto dipeso lo spazio di manovra concesso alla giurisprudenza costituzionale spagnola in quel terreno di confluenza fra diritti fondamentali e norme europee (come nel caso Melloni). Prova di ciò erano appunto le varie interpretazioni della suddetta norma della Carta dei diritti proposte dal TC, una delle quali di natura restrittiva, che avrebbe potuto portare a una potenziale riduzione della tutela offerta dal Costituzionale spagnolo in quegli spazi di sovrapposizione fra piano costituzionale e piano del diritto europeo. Il discorso era quindi certamente persuasivo, ma in un certo senso anche autorestrittivo, dal momento che mai si faceva menzione all'eventuale attivazione del principio di supremazia né dei controlimiti e alle dichiarazioni contenute in proposito nella decisione DTC 1/2004.

Tuttavia abbiamo osservato come il Tribunale costituzionale spagnolo subisca quasi una trasformazione nella successiva sentenza 26/2014, cambi il suo linguaggio e

il suo tono – ora diretto alla difesa delle sue posizioni e della sua identità nazionale - dopo aver ricevuto una risposta evidentemente non desiderata dalla Corte di Lussemburgo (sentenza del 26 febbraio 2013), nella quale l'organo europeo nega una lettura dell'art 53 della Carta permissiva di un incremento di protezione dei diritti da parte degli stati membri. E così, come abbiamo sottolineato, nella sentenza che conclude la vicenda, rivolge l'intero paragrafo 3 della decisione ad affermare ripetutamente l'esistenza dei controlimiti in quei punti fondamentali che si riferiscono alla struttura di base e al sistema di valori e principi fondamentali riconosciuti nella Costituzione, citando ripetutamente la DTC 1/2004 e dichiarando che le sue affermazioni “completano” quanto detto dal Tribunale di Lussemburgo.

La terza e ultima conclusione che abbiamo tratto è riferita agli effetti “pratici” delle dichiarazioni del TC nella sua sentenza 26/2014, forse volutamente un po' “vistose” e dai “toni alti”. Infatti, pur impegnandosi nelle affermazioni contenute in quel paragrafo 3 del quale abbiamo appena parlato, alla fine anche in questa occasione il richiamo ai controlimiti non rimane altro che la minaccia del lancio di una “bomba atomica”, che non si spinge oltre le autoaffermazioni identitarie in difesa della presupposta supremazia costituzionale.

E difatti il Tribunal Constitucional dichiara di cambiare la sua dottrina anteriore (scegliendo una versione più restrittiva del diritto di difesa) perché ciò si dimostra opportuno vista la giurisprudenza internazionale, le varie normative e i fatti; non riconosce espressamente di doversi conformare e sottomettere a quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sentenza del febbraio 2013; argomenta il suo discorso fondandosi sull'art. 10.2 CE –interpretazione dei diritti fondamentali d'accordo con il diritto internazionale - (e non sul 93 CE – cessione di sovranità nazionale in ragione della stipula di un Trattato internazionale). Però, in definitiva, pur affermando tutto ciò, riduce la tutela del diritto in questione, contravvenendo alla sua stessa giurisprudenza anteriore (cosa certamente non proibita nell'ordinamento spagnolo) e finisce con prendere una decisione conformandosi a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia; quando avrebbe invece potuto attivare i controlimiti, come già annunciato nella DTC 1/2004.

Abbiamo ritenuto a questo punto necessario precisare come la scelta di utilizzare la teoria dei controlimiti non deve certo prendersi alla leggera. E' ragionevole che la concreta attivazione degli stessi deve contemplarsi da parte di un Giudice costituzionale in forma assolutamente straordinaria ed eccezionale. Ciò che ci

siamo permessi di contestare è l'atteggiamento in un certo senso contraddittorio del Costituzionale spagnolo che, se da un lato si dimostra coraggioso nelle dichiarazioni di principio in merito alla necessità di tutela i diritti fondamentali, i principi supremi e l'identità nazionale, dall'altro finisce per non mettere le stesse in pratica, lasciando ancora una volta la teoria dei controlimiti nell'ambito delle minacce.

Vista l'esperienza esaminata, ci siamo quindi chiesti che futuro possano davvero avere e a che conseguenze concrete possano portare le dichiarazioni espresse con tanto vigore dal Tribunale costituzionale spagnolo ed in che limiti pertanto il giudice comune possa tutelare i diritti inviolabili della persona ponendo, attraverso il giudizio in via incidentale, il problema dei contro limiti.

La vicenda Taricco circa il rilievo che attualmente possono svolgere i c.d. controlimiti per una tutela dei diritti inviolabili della persona, ha infine permesso di mettere a fuoco due aspetti entrambi di estremo interesse per i temi trattati nella tesi, il primo relativo alla possibilità di utilizzare allo scopo lo strumento del giudizio in via incidentale da parte del giudice comune, il secondo invece sull'impiego in queste situazioni del rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale.

Sul primo aspetto la Corte costituzionale ha significativamente sostenuto che “nell'ordinamento italiano [la valutazione della compatibilità della regola eurounitaria con l'identità costituzionale dello stato membro] può avvenire attraverso l'iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale. E' poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l'incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia”.

In ordine al secondo aspetto la Corte costituzionale, pur non cedendo alle richieste di chi le chiedeva di chiudere il giudizio con una dichiarazione di incostituzionalità, ha deciso di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale ed ha tenuto nel merito una posizione assolutamente ferma e niente affatto interlocutoria, utilizzando affermazioni dalle quali ben difficilmente potrà tornare indietro e si potrebbe addirittura supporre che abbia fatto ciò di proposito, proprio per precludersi passi indietro e far capire che, a questo punto, non ha alcuna intenzione di farli.

La vicenda ha mostrato altresì il grande vantaggio che è derivato dall'aver deciso la Corte costituzionale di porsi finalmente in dialogo diretto con la Corte di giustizia, dal momento che riteniamo sarebbe stato ben difficile che un giudice diverso

dalla Corte costituzionale avesse potuto sostenere ciò che questa ha sostenuto e con lo stesso tono e comunque quelle affermazioni non avrebbero potuto avere lo stesso significato ed autorevolezza.

Bibliografia

- AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, en Foro it., V, 2015
- AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1993
- AGUDO ZAMORA, MIGUEL (et al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2016
- AGUIAR DE LUQUE, LUIS, *Control de normas en el "modelo europeo de justicia constitucional"*, en LÓPEZ GUERRA, LUIS (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002
- AGUIAR DE LUQUE, LUIS, *Control de normas en el "modelo europeo de justicia constitucional"*, en LÓPEZ GUERRA, LUIS (Coord.), *La Justicia constitucional en la actualidad*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2002
- AGUILAR CALAHORRO, AUGUSTO, *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011
- AGUILAR CALAHORRO, entre otros Autores, es de la opinión de que el TC busca el dialogo, AGUILAR CALAHORRO, AUGUSTO, *La primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Auto del Tribunal Constitucional 86/2011, de 9 de junio*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 16, 2011
- AGUNDEZ FERNÁNDEZ, GARCÍA MONTORO, MENDIZÁBAL ALLENDE, REYES MONTERREAL en VV.AA., *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982.
- AHUMADA RUIZ, MARIAN, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Civitas, Navarra
- ALONSO GARCÍA, R., *Tribunal Constitucional español y Derecho de la Unión Europea*, en AAVV, *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario (Palazzo della Consulta - 20 aprile 2007)*, Giuffrè, Milano, 2008
- AMALFITANO, C., CONDINANZI, M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino, 2015
- AMALFITANO, C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, en *Euroius.it*, 2017
- AMATO, G. *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna, 2015
- AMATO, G., *Corte costituzionale e Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2015

ANDRIOLI, V., *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, Atti 1° convegno internazionale di diritto processuale civile, Cedam, Padova, 1953

ANTONINI, L., *La sent. n. 102 del 2008: una tappa importante per l'autonomia impositiva regionale*, 2008

APPANAH, DAVID, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et Convention européenne des droits de l'Homme: entre cohérence et légitimation. A propos des arrêts Aklagaren c/Hans Akerberg Fransson et Stefano Melloni c/ Ministerio Fiscal rendus par la Cour de justice le 23 février 2013*, en *Revue Générale de Droit International Public*, n. 2, 2014

ARAGÓN REYES, MANUEL, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 85, enero-abril, 2009

ARAGÓN REYES, MANUEL, *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*, Iustel, Madrid, 2016

ARIÑO ORTIZ, GASPAR, *Leyes singulares, leyes de caso único*, en *Revista de Administración Pública*, n. 118, enero-abril, 1989

ARROYO JIMENEZ, LUIS, *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional - Comentario a ATC 86/2011*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015

ARROYO JIMÉNEZ, LUIS, *Los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional*, en *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 174, 2015

ASTA, G., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en *La Comunità internazionale*, 4, 2013

AZZARITI, G., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1951

AZZENA, L., *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli, 2012

BACHMAIER WINTER, LORENA, *Más reflexiones sobre la sentencia Melloni: primacía, diálogo y protección de los derechos fundamentales en juicios in absentia en el derecho europeo*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 56, 2015

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

BAILLEUX, ANTOINE, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin : C.J.U.E., Stefano Melloni et Akerberg Fransson, 26 février 2013*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, CÁMARA VILLAR, GREGORIO, MEDINA REY, LUIS FELIPE, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*,

Tecnos, Madrid, 2008; CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación de un sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987

BAÑO LEÓN, J. M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 18, mayo-agosto de 2004

BARILE, *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi-provvedimento*, en *Giur. cost.*, 1957

BARILE, P., *Competenza della Corte costituzionale sulle leggi provvedimento*, en *Giur. Cost*, 1957

BARILE, P., *La Costituzione come norma giuridica*, Barbera, Firenze, 1951

BARNABO', M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en *Federalismi.it*, n. 4, 2013

BARTOLE, S., *Pregiudizialità comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, en *Regioni*, 2008

BATTAGLINI, M., MININNI, M., *Manuale legislativo della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1957

BIANCHI, P., *Dal "processo senza parti" alla "rappresentazione processuale degli interessi" y La Corte ancora alla ricerca del "suo" contraddittorio: una incerta pronuncia sull'intervento nel giudizio incidentale*, *ivi*, 1994, pp. 3045 y ss., y 1995

BIANCHI, P., *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, *Quaderni cost.*, 2014

BIENTINESI, F., *Un nuovo conflitto sugli effetti delle sentenze interpretative di rigetto*, en *Giornale dir. amm.*, 2004

BIGNAMI, M., *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1996

BIGNAMI, M., *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, www.questionegiustizia.it

BILANCIA, P., DE MARCO, E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Atti del Convegno Milano, 4 aprile 2003, Giuffrè, Milano, 2004

BIN, R., *Taricco, una sentenza sbagliata : come venirne fuori?*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

BIONDI, F., *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, *ambos en Quaderni cost.*, 2014

- BLANCO VALDES, ROBERTO, *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003
- BORRIELLO, R., *L'intervento nel processo costituzionale di parti provenienti da giudizio "analogo" sospeso senza rimessione, tra esigenze di tutela dell'incidentalità in senso esterno e garanzia del contraddittorio*, en *Giur. cost.*, 2003
- BRANCA, M., *Il punto sui "contro limiti"*, en *Giur. cost.*, 2014
- BRIGUGLIO, A., *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e la efficacia del lodo*, en *Riv. arbitrato*, 2000
- BRKAN, MAJA, *L'arrêt Melloni: nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : CJUE, 26 février 2013, Melloni, aff. C-399/11*, en *Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs*, n. 1, 2013
- BRUNELLI, G., *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, www.articolo29.it, 26 de junio de 2014
- BRUNO, M., *Divergenze interpretative tra le sezioni unite e la Corte costituzionale in tema di custodia cautelare*, en *Cass. pen.*, 2004
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000
- CAIANIELLO, M., *Il prot. 16 Cedu e la giurisdizione penale. Tra spinte verso una maggiore integrazione e pulsioni autonomistiche*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015
- CALAMANDREI, PIERO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, en *Riv. dir. proc.*, 1956
- CALIFANO, L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Giappichelli, Torino, 2003
- CALVANO, R., *Chi è la più bella del reame? Corte di giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull'adesione alla Cedu*, en *Dir. pubbl. eur.*. Rassegna online, julio de 2015
- CANALE, G., *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, en *Giur. it.*, 2002
- CANNIZZARO, E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Riv. dir. inter.*, 2008

CANNIZZARO, E., *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino,

CAPONI, R., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2011

CAPPELLETTI, MAURO, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 1972

CARDONE, A., *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011

CARDONE, A., DONATI, F., GRISOLIA, C., TARLI BARBIERI, G. (Coords.), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016

CARDONE, A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

CARDONE, A., *Le leggi-provvedimento e le leggi auto applicative*, in ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

CARLASSARE, L., *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. n. 87/1953?*, in *Dir. e soc.*, 1997

CARNELUTTI, F., *Intervento*, in *Atti I° convegno internazionale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1950

CARNEVALE, P., MODUGNO, F., *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta di addizione*, in *Giur. cost.*, 1990

CARTABIA, M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007

CARTABIA, M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1997

CARTABIA, M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in ZANON, N. (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006

CARTABIA, M., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali - il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, intervento in occasione dell'«Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014», reperibile su www.cortecostituzionale.it, 2014

CARTABIA, M., *Nuovi sviluppi nelle "competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989

CARTABIA, M., *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO (a cura di), C., *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004

CASTELLÁ ANDREU, JOSEP MARÍA, EXPÓSITO GÓMEZ, ENRIQUETA, *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, en *Teoría y realidad constitucional*, n. 4, 2º semestre 1999

CATALANO, S., *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, en Riv. AIC Osservatorio, ottobre de 2013

CECAMORE, F., *L'autorità indipendente come giudice a quo nel giudizio incidentale*, en BALDUZZI, R., COSTANZO, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007

CELOTTO, A., *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, en MODUGNO, F. (coord.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Giuffrè, Milano, I, 1999

CELOTTO, A., *Crolla un altro baluardo*, en Giustamm.it

CELOTTO, A., *L'«abuso» del decreto legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997

CELOTTO, A., *Legittimità costituzionale e legittimità comunitaria*, in Rass. dir. pubbl. eur., 2002

CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en Dir. pen.contemporaneo, 2014

CERRI, A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano, 2012

CERRI, A., *La doppia pregiudizialità in una innovativa decisione della Corte*, en Giur. cost., 2013

CHIARA, G., *L'arbitro come giudice "a quo": profili ricostruttivi*, en Giur. cost., 1997

CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

CHITI, M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, en Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2012

COLAPIETRO, C., *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello stato sociale*, Cedam, Padova, 1996

COLAPIETRO, C., *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pacini, Pisa, 1991

CONDINANZI, M. e MASTROIANNI, R. (*Il contenzioso dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009

CONTI, R., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, en *Questione giustizia online*, 2012

CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en *Questione Giustizia*, fasc. 4/2016

CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en *Consultaonline*, 2014

CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue*, en *Europeanrights.eu*

CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione della normativa "comunitaria": i poteri del giudice nazionale*, in *Quaderni europei*, agosto 2012

CORSARO, A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea cit.;*

CORZO SOSA, EDGAR, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

COSTANZO, P. (coord.), *L'organizzazione ed il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1996

COSTANZO, P., *Aspetti tecnici dell'esperienza storica di controllo di costituzionalità "diffuso" nell'ordinamento italiano*, en *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Cedam, Padova, 1995

CRISAFULLI, V., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, en *Giur. cost.*, 1965

CRISAFULLI, V., *La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento*, en *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, IV

CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale. La Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1984

CRISAFULLI, V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, en *Giur. cost.*, 1956

CRIVELLI, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Cedam, Padova, 2003

CRUZ VILLALÓN, PEDRO y REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015

CRUZ VILLALÓN, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMPES, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación de un sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987

CUPELLI, C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017

CUPELLINI, S., *La fictio litis e le azioni di accertamento dei diritti costituzionali*, en *Giur. cost.*, 2003

D'AMICO, M., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993

D'AMICO, M., *La Corte riconosce l'interesse della parte privata (estranea al processo a quo) ad intervenire nel processo costituzionale*, en *Giur. it.*, I, 1992

D'AMICO, M., *Le insidie delle decisioni “di principio” (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, en *Giur. cost.*, 1999

D'AMICO, M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991

D'AMICO, M., *Sulla “costituzionalità” delle decisioni manipolative in materia penale*, en *Giur. it.*, IV, 1990

D'ANDREA, L., MOSCHELLA, G., UGGERI A. y SAITTA A. (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino, 2016

D'ANDREA, L., *Verso una “democratizzazione” del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Giur. cost.*, 1994

D'ATENA, A., GROSSI, P. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Giuffrè, Milano, 2004

D'ORAZIO, G., *Le asentenze costituzionali Additive tra esaltazione e contestazione*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992

D'ORAZIO, G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Giappichelli, Torino, 1988 y 1992

DAL CANTO, F., *Il Consiglio di stato tra normativa comunitaria, controlimiti e giudicato costituzionale*, en *Giur. it.*, 2007

DAL CANTO, F., *La Corte di Cassazione, il principio di diritto nell'interesse della legge e le condizioni di proponibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2014

DAL CANTO, F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI, E., ROMBOLI, R., ROSSI, E., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Giappichelli, Torino, 2002

DANIELE, L., *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 2009

DANOVI, R., *Un avvocato spagnolo alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1995

DE MIGUEL BÁRCENA, JOSU, *Juez nacional y aplicación del derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional*, in REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL (Coord.), *El poder judicial: VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009

DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987

DE SANTIS, D., *Sul rilievo di una questione di legittimità costituzionale da parte della Cassazione che voglia pronunciare "ex officio" il principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Foro it.*, I, 2014

DE SENA, P., *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino

DELLEDONNE, G., *La "prima volta" di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle outright monetary transactions*, in *Centro studi sul federalismo*, Commenti, 13 de febrero de 2014

DI BARI, M., *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Riv. Aic, Osservatorio costituzionale*, junio de 2014

DI MARTINO, A., *Le outright monetary transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, in *Federalismi.it*, 19 de febrero de 2014

DI STEFANO, E., *Verso un patrimonio comune. Riflessioni a margine della sentenza n. 102*, in *Consultaonline*, 2008

DICKMANN, R., *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 25 de febrero de 2015

DÍEZ-HOCHLEITNER, JAVIER, *El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?*, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR n° 17, 2013

DOLSO, G. P., *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, en *Giur. cost.*, 1999

DOLSO, G.P., *Giudici e corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 2003

DOLSO, P. G., *Le interpretative di rigetto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, *ivi*, 2004

DOMENICUCCI, D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, ERA – Accademia di diritto europeo (Trier 12-13 novembre 2012), <http://www.era-comm.eu>.

DUBOUT, ÉDOUARD, *Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt Melloni*, en *Cahiers de Droit Européen*, n. 2, 2013

ELIA, L., *Sentenze “interpretative” di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, en *Giur. cost.*, 1966

En la opinión del ex Presidente de la Corte A. MARINI (*Conferenza sulla giustizia costituzionale nel 2005*, *Giur. cost.*, 2006

ESPOSITO, C., *Nota senza titolo*, en *Giur. cost.*, 1957, p. 73 y *Compatibilità delle disposizioni di legge con la Costituzione e interpretazione della legge*, *ivi*, 1958

ESPOSITO, M., *Si aprono le “porte del cielo”: dall’arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della repubblica*, en *Giur. cost.*, 2001

FAGGIANI, VALENTINA, *La sentenza Melloni: il Tribunal Constitucional si arrende al primato del diritto dell'UE*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2015

FALZEA, P., *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo dei giudici nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Giappichelli, Torino, 2000

FALZEA, P., *Norme, principi, integrazione. Natura, limiti e seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali a contenuto indeterminato*, Giappichelli, Torino, 2005

FANTARONI, M., *Criteri di valutazione delle sentenze della Corte che alterano l’equilibrio di bilancio*, en *Parlamento*, n. 7, 1992

FAVARA, E., *Una legge costituzionale dimenticata*, en *Foro pad.*, IV, 1950

FERNANDEZ RODRIGUEZ, JOSÉ JULIO, *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998 y

VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997

FERRANTE, M. L., *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *diritti fondamentali.it*, fasc. 1, 29 de enero de 2017

FERRARI, G. F., *Le sentenze di "spesa" della Corte costituzionale*, en *Corr. giur.*, 1994

FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *El problema del "doble vicio" en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011

FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, *El "diálogo aparente" entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Luxemburgo. Comentarios a propósito de la STC que resuelve el recurso de amparo núm. 6922-2008 (caso Melloni)*, en *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Comares, Granada, 2014

FOA', S., *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, Report annuale 2015. Italia*, in *Ius publicum network review*, 2015

FONTANELLI, F., *A comment on Tribunal Constitucional's judgment no. 199/2009 and Czech Constitutional Court's judgment no. 29/2009. How interpretation techniques can shape the relationship between constitutional courts*, en *STALS Research Paper*, n. 1/2010, p. 12, <http://stals.ssup.it>

FURNO, E., *Corte costituzionale e arbitrati: un nuovo "giudice a quo"?*, en *Giur. it.*, 2004

GALLO, F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 maggio 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it

GAMBINO, S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti*, in *Federalismi.it*, 13/2014

GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione multilevel dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en www.forumcostituzionale.it, 2015

GARCÍA COUSO, SUSANA, *El juicio de relevancia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, *La eliminación general de las normas nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 66, Civitas, 1990

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1, enero-abril. Madrid, 1981

GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1981

GARCÍA PELAYO, MANUEL, *El status del Tribunal Constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, 1981

GARCÍA ROCA, JAVIER, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2010

GARCÍA ROCA, JAVIER, *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez ordinario: el caso del juez civil*, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 27, 1992

GARCÍA ROCA, JAVIER, *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007

GARCÍA SÁNCHEZ, BEATRIZ, *TJUE - Sentencia de 26.02.2013, Melloni, c-399/11 - "Cooperación policial y judicial en materia penal - Orden de detención europea - Procedimientos de entrega entre Estados miembros - Resoluciones dictadas a raíz de un juicio en el que el interesado no ha comparecido - Ejecución de una pena impuesta en rebeldía - Posibilidad de revisión de la sentencia" ¿Homogeneidad estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales en la eurorden europea?*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 46, 2013

GERBASI, GIAMPAOLO, *La Corte Costituzionale italiana*, en GAMBINO, SILVIO (Coord.), *Diritti Fondamentali e Giustizia Costituzionale. Esperienze europee e Nord-americana*, Giuffrè Editore, Milano, 2012

GHERA, F., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni n. 102 e 103 del 2008*, *En Giur. cost.*, 2009

GHERA, F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000

GIACOBBE, E., *La questione di costituzionalità nel processo arbitrale*, en *Riv. trim. appalti*, 2002

GIGLIO, V., *La Consulta sul caso Taricco: analisi dell'ordinanza n. 24/2017*, en *Filodiritto*, 2017

GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010 e 2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2011

GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P., *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale cit. (2011-13)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 413;

GIUFFRÉ, F., *L'intervento di terzo nel giudizio costituzionale incidentale*, en *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Cedam, Padova, I, 1997

GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coímbra Editora, Coímbra, 1982

GORDILLO PÉREZ, LUIS IGNACIO y TAPIA TRUEBA, ARIANE, *Diálogos, monólogos y tertulias. Reflexiones a propósito del caso Melloni*, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 22, 2014

GROPPI, T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, en

GROSSO, E., *Sentenze di spesa "che non costino"*, Giappichelli, Torino, 1992

GUARNIER, T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di giustizia*, en *Federalismi.it*, 17 febbraio 2017

GUATAFERRO, B., *La Corte costituzionale e il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, en *Forumquadernicostituzionali*, 21 de octubre de 2013

GUERRERO PICÓ, CARMEN, *Spagna*, en PASSAGLIA, PAOLO, *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Corti_costituzionali_rinvio_pregiudiziale_12012010.pdf

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, JOAQUÍN, *Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Melloni y Akerberg Fransson (unas notas de urgencia)*, en *El Derecho. Revista de Jurisprudencia* (En línea), n. 1, 2013

IACOMETTI, MIRYAM, *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea tra Corte di Giustizia e Tribunale Costituzionale spagnolo*, en *Osservatorio Costituzionale AIC* (En línea), n. 1, 2013

IADICICCO, M.P., *Il precariato scolastico tra giudici nazionali e Corte di giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, en *Riv AIC, Osservatorio* enero de 2014

IZQUIERDO SANS, CRISTINA, *Sobre lo que opina el TJ en relación la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la unión: Comentario a la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Asunto Melloni, C-399/11*, en *La Ley Unión Europea* (En línea), n. 4, 2013

JIMÉNEZ CAMPO en JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Qué hacer con una ley inconstitucional*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL, AROZAMENA SIERRA, ANGEL, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUEZZA, LUIS, RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994 (Coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994)*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en CRUZ VILLALON, PEDRO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, LOPEZ GUERRA, LUIS, PÉREZ TREMP, PABLO, *Los procesos constitucionales – Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992

KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981.

LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

LANA, A.G., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre*, in www.cortedicassazione.it /23 ottobre 2014)

LECIS COCCO-ORTU, A.M., *L'intervento del terzo portatore di interessi collettivi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una comparazione tra Italia e Francia*, en *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2013

LEONE, S., *Sulla costituzione del pubblico ministero nel giudizio dinanzi alla Corte*, en BIN, R., BRUNELLI, G., GUAZZAROTTI, A., PUGIOTTO, A., y VERONESI, P. (Coords.), *Il lodo ritrovato*, Giappichelli, Torino, 2009

LÓPEZ GUERRA, LUIS MARÍA, *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014

LOPEZ GUERRA, LUIS, *El Tribunal Constitucional y el principio stare decisis*, en *El Tribunal Constitucional*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981

LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *Origenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1999

LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000

LOPEZ ULLA, JUAN MANUEL, *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMP, PABLO (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional. Acta del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007

LOSANA, M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le corti*, en Riv. Aic, n. 1, 24 gennaio 2014

LOTITO, P. F., *L'obbligo di copertura della legge finanziaria in Parlamento ed il ruolo della Corte costituzionale*, en *Quaderni cost.*, 1993

LUCIANI, M., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, en *Questione giustizia*, 1, 2015

LUCIANI, M., *Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, en *Rivista AIC*, n. 2, 15 de abril de 2016

LUCIANI, M., *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, en *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Vol. III, Jovene, Napoli, 2009

LUISO, F.P., *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, en *Giust. civ.*, 2002

LUPO, E., *La primauté del diritto dell'Ue e l'ordinamento penale nazionale*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

MACÍAS CASTAÑO, JOSÉ MARÍA, *La cuestión prejudicial europea y el Tribunal Constitucional : El asunto Melloni*, Atelier, D.L., Barcelona, 2014

MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015

MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015

MANES, V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012

MANES, V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016

MANES, V., *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2017

MANFRELOTTI, R., *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*, en *Giur. cost.*, 2010

MARCENO', V., *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per "insufficiente sforzo interpretativo": una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente*, en *Giur. cost.*, 2005

MARCHESELLI, A., *Dalla Robin tax allo sceriffo di Nottingham*, www.questionegiustizia.it

MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più*

alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Giappichelli, Torino, 2015

MARCHINI, M., *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en Eurojus.it, 13 novembre 2014

MARTÍN DE LA VEGA, A., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003

MARTÍN REBOLLO, LUIS, *Uso y abuso del Decreto-ley: Un análisis empírico*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016

MARTÍN RODRÍGUEZ, PABLO JESÚS, *Crónica de una muerte anunciada: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni, C-399/11 (RI §413463)*, en *Revista General de Derecho Europeo* (En línea), n. 30, 2013

MARTINICO, G., *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2015

MASSA PINTO, I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 30 de marzo de 2015

MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales: en defensa del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, 2016

MAZZUCCHI, S., *"Residui" di incostituzionalità nel rapporto fra norme comunitarie e norme nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004

MEDINA GUERRERO (MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000

MEDINA GUERRERO, MANUEL, *Los procesos de control de la constitucionalidad de la ley (II): El control indirecto. La sentencia en los procesos de control de constitucionalidad*, en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, FRANCISCO, GÓMEZ MONTORO, ANGEL J., MEDINA GUERRERO, MANUEL, REQUEJO PAGÉS JUAN LUIS, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p.

MEZZANOTTE, C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Giuffrè, Milano, 1979

MEZZANOTTE, C., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, en AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, Bari, 1979

MODUGNO, F., *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995

MODUGNO, F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009

MONTESANO, L., *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2000

MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, *Defensa judicial versus ley singular de intervención (Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de junio de 1993 sobre el caso Rumasa)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 14, n. 40, enero-abril, 1994

MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994

MORELLI, M. R., *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, II, 1996

MORELLI, M.R., *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità “sopravvenuta”, a seguito di precedente pronuncia monitoria*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

MORELLI, M.R., *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di “incostituzionalità sopravvenuta”. Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della efficacia retroattiva*, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 514.

MORTATI, C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, V, 1970

MORTATI, C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949

NIGRO, M., *Le giurisdizioni sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Dir. proc. amm.*, 1984

objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la

ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, in *Eius*, 4 luglio 2016

ODDI, A., *La parte afona*, in *Giur. cost.*, 2009

ONIDA V., *Relazione di sintesi*, in AA.VV. *Giudizio “a quo” e promovimento cit.*,

ONIDA, V., *Introduzione*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

ONIDA, V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, en *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Giuffrè, Milano, 1977

ONIDA, V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, en AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2008

ONIDA, V., *Relazione di sintesi cit.*, p. 305

PACE, A., *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

PACE, A., *Sull'ammissibilità della costituzione del p.m. (penale) nel giudizio incidentale di costituzionalità*, *ivi*, 2015

PALADIN, L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, en CARLASSARE, L. (coord.), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988

PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996

PALICI DI SUNI, E., *Il nome di famiglia: la Corte costituzionale si tira ancora una volta indietro, ma non convince*, en *Giur. cost.*, 2006

PANUNZIO, S. P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005

PANUNZIO, S., *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

PANZERA, C., *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Esi, Napoli, 2013

PANZERA, C., *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, en RUGGERI, A. (coord.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006

PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996

PÉREZ ROYO, FRANCISCO JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014

PÉREZ ROYO, FRANCISCO JAVIER, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2007

PÉREZ ROYO, JAVIER, *Tribunal Constitucional y division de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988

PÉREZ TREMPS, PABLO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005

PÉREZ TREMPS, PABLO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, en *Estudios Constitucionales*, vol. 3, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, 2005, pp. 133 y del mismo Autor, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985

PÉREZ TREMPS, PABLO, *Sistema de Justicia Constitucional*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016

PÉREZ TREMPS, PABLO, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1985

PESOLE, L., *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 103 del 2008*, en *Federalismi.it*

PEZZINI, B., *La Corte costituzionale applica una condizione risolutiva al matrimonio del transessuale*, www.confronticostituzionali.it, 17 de junio de 2014 y *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, www.articolo29.it, 15 de junio de 2014

PIGNATELLI, N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, III, 2012

PINARDI, R., *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro-futuro delle sentenze di accoglimento*, en *Giur. cost.*, 1991

PINARDI, R., *La Corte, i giudici cit.*, pp. 55 y ss. y RUGGERI, A., SPADARO, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014

PINARDI, R., *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, espec. y pp. 53 ss. y *Le decisioni di "incostituzionalità sopravvenuta", di "incostituzionalità differita" e le tecniche monitorie*, en *Foro it.*, 1998

PINARDI, R., *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993

PINARDI, R., *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte); notazioni minime sulla "naturale" elasticità della nozione di giudice a quo*, *ivi*, 2001

PIRRONE, P., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017

PISANA, S.M., *Le pronunce additive e sostitutive della Corte costituzionale*, en *Riv. corte dei conti*, I, 2006

PISANESCHI, A., *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014

PIZZORUSSO, A., *La restituzione degli atti al giudice “a quo” nel processo costituzionale incidentale*, Giuffrè, Milano, 1965

PIZZORUSSO, A., *Prefazione*, in ROMBOLI, R. (coord.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991

PIZZORUSSO, A., *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, in Riv. dir. proc., 1990

PIZZORUSSO, A., *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011

PIZZORUSSO, A., *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in BESSONE, M. (coord.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996

POLITI, F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997

POLLICINO, O., *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, in *Forumquadernicostituzionali*, 2 aprile 2014

PUGIOTTO, A., *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. Giur.*, 2004

PUGIOTTO, A., *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un'ordinanza pilatesca*, in *Diritto e giustizia*, 2004

PUGLISI, R., *La durata massima delle misure cautelari nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Giur. cost.*, 2004

PURIFICATI, N., *L'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza*, in *Neldiritto.it*, 2016

RANDAZZO, B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012

RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sent. n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015

REPETTO, G., *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 15 de mayo de 2016

REPETTO, G., *Rinvio alla Corte di giustizia Ue e doppia pregiudizialità nei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Editoriale scientifica, Napoli, 2016

RESCIGNO, G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. cost.*, 2009

RESCIGNO, G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in AZZARITI, G., (coord.), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21,

RIBAS MAURA, ANDRÉS, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas y Universitat de le Illes Balears, Madrid, 1991

RITLENG, DOMINIQUE, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Akerberg Fransson et Melloni*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 2, 2013

RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016

RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016

RODRIGUEZ OLIVER, JOSÉ MARIA, *Sobre los efectos no suspensivos de la cuestión de inconstitucionalidad y la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre*, in *Rev. Esp. Der. Adm.*, 2/1980

ROLLA, G., *I diritti fondamentali nel costituzionalismo contemporaneo: spunti critici*, in ID. (a cura di), *Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2001

ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005

ROMBOLI R., *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in PANIZZA, S., PIZZORUSSO, A., ROMBOLI, R., (coord.), *L'ordinamento giudiziario e forense*, Pisa, Uniplus, 2002

ROMBOLI, R., *I rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, UNAM, México, 2004

ROMBOLI, R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985

ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Giappichelli, Torino, 1999

ROMBOLI, R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in CIANCIO, A. (cur.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Aracne, Roma, 2014

ROMBOLI, R., CARROZZA, P., ROSSI, E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in ROMBOLI, R. (coord.), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, ESI, Napoli, 2006

ROMBOLI, R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, en Rassegna n. 3/2014

ROMBOLI, R., *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, en *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno, n. 21, Torino, 2012

ROMBOLI, R., *Il controllo della decretazione d'urgenza da parte della Corte costituzionale: dal biennio 1995-96 a quello 2007-08 e una postilla sull'utilizzo del decreto legge nella vicenda Englaro*, en PANIZZA, S., ROMBOLI, R. (coords.), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Cedam, Padova, 2009

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

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R. (coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., (coord.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989) y (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1990

ROMBOLI, R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, en ROMBOLI, R., (coord.) *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Giappichelli, Torino, 1993

ROMBOLI, R., *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, en *Giur. cost.*, I, 1992

ROMBOLI, R., *L'obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ad origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, en *Forumcostituzionale*, 2015

ROMBOLI, R., *La revocabilità dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, en *Foro it.*, III, 1990

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

ROMBOLI, R., *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, en *Foro it.*, I, 2014

ROMBOLI, R., *La presenza del pubblico ministero davanti alla Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi: in attesa di un'occasione migliore*, en *www.rivista.AIC.it*, 2010

ROMBOLI, R., *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia ex nunc della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla Corte nella motivazione*, en *Foro it.*, I, 2015

ROMBOLI, R., *Passato e avvenire della "manifesta infondatezza"*, en *Giur. cost.*, I, 1983

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

ROMBOLI, R., *Trasformazione del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, en CHIODI, G., PULITANO, D. (coord.), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013

ROMBOLI, R., *Variabili effetti della mancata notifica dell'ordinanza di rinvio*, en *Foro it.*, I, 1987

ROMBOLI, S., *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, en *Consultaonline*, 22 de dicembre de 2016

ROMBOLI, S., *Regeneración y reforma constitucional: la fallida experiencia Renzi*, en BARRERO ORTEGA, ABRAHAM (Coord.), *Regeneración y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2017, (en prensa).

RORIG, M.T., in PASSAGLIA, P. (cur.), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, Servizio studi della Corte costituzionale*, Roma, aprile 2010

ROVAGNATI, A., *Il primo caso di rinvio pregiudiziale promosso dal Conseil constitutionnel*, en *Quaderni cost.*, 2013

ROVAGNATI, A., *Mancato rinvio pregiudiziale di questioni interpretative concernenti il diritto euro unitario e diritto ad un giusto processo ex art. 6 Cedu*, en *Ric. AIC*, 2012/1, 14 marzo 2012

ROVAGNATI, A., *Nuove scelte giurisprudenziali in tema di doppia pregiudizialità (comunitaria e costituzionale)*, en *Quaderni cost.*, 2009

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, ARAGÓN REYES, MANUEL, *La jurisdicción constitucional*, en *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático (Dirigido por los profesores ALBERTO PREDIERI y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA)*, Civitas, Madrid, 1981

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 1 y ss.

RUGGERI, A., *A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitari età" congiuntamente proposte in via d'azione*, en *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVII, Giappichelli, Torino, 2013

RUGGERI, A., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. 18. Studi dell'anno 2014*, Giappichelli, Torino, 2015

RUGGERI, A., *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale*, in *Dir. unione europea*, 2012/1

RUGGERI, A., *Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*, in www.giurcost.org, 2016

RUGGERI, A., *IV. La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in Ruggeri, A., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XVII, studi dell'anno 2013*, Giappichelli editore, Torino, 2014

RUGGERI, A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi* in *Dir. e soc.*, 1, 2007

RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007

RUGGERI, A., *Le pronunzie della Corte costituzionale come "controlimiti" alle cessioni di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario*, in *"Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, IX, Studi dell'anno 2005*, Torino, 2006

RUGGERI, A., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei dritti fondamentali?*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi dell'anno 2015, XIX, 2015*

RUGGERI, A., *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014

RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Riv. AIC*, 7 febbraio 2014

RUGGERI, A., *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della Cedu*, www.europeanrights.eu

RUGGERI, A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento, "intercostituzionale"*, in www.rivistaaic.it, 2013

RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in PACE, A. (coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006

RUOTOLO, M., *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000

RUOTOLO, M., *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, en Riv. AIC 6 de marzo de 2015

SAHÚN PACHECO, ROCÍO, *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad en dos resoluciones judiciales recientes*, en Revista española de Derecho Administrativo, n. 181, 2016

SAIZ ARNAIZ, A. (*La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el dialogo*), en *Lo Stato*, 2015

SALAZAR, C., *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, www.confronticostituzionali.it, 27 de junio de 2014

SALINAS ALCEGA, SERGIO, *Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni y Ministerio Fiscal (AS. C-399/11). Ejecución de orden de detención europea emitida contra una persona condenada en rebeldía*, en Unión Europea Aranzadi, n. 2, 2014

SÁNCHEZ BLÁZQUEZ, M., *STC 194/2006, de 19 de junio: vulneración del derecho al proceso debido e indefensión de la Comunidad Autónoma de Canarias por inaplicación en una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de un precepto de la Ley reguladora del IGIC de contenido idéntico a otro de la LIVA declarado contrario a la Sexta Directiva por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, in www.ief.es/Publicaciones/JurisCons/.../2006_STC194_Sanchez.pdf.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El Tribunal Constitucional y la Garantía Interna de la Aplicación del Derecho Comunitario en España (a propósito de la STC 58/2004)*, en *Derecho Privado y Constitución*, n. 18, enero-diciembre de 2004

SANDULLI, A. M., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961

SANDULLI, A.M., *Il giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967

SARRIÓN ESTEVE, JOAQUÍN, *Supremacía constitucional y primacía del Derecho de la Unión Europea tras el caso Melloni*, en *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016

SCACCIA, G., *Riflessi ordina mentali dell'annullamento della l. n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, en www.confronticostituzionali.eu

SCARCIGLIA, R., *Diritto comunitario e relazioni fra il Tribunal Constitucional spagnolo, il Tribunale europeo dei diritti umani e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, en FERRARI, G. F. (a cura di), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006

SCHEPISI, C., *Rinvio pregiudiziale obbligatorio e questioni incidentali di costituzionalità: rimane ancora qualche nodo da sciogliere?*, en *Osservatorio europeo*, diciembre 2016

SCIARABBA, V., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, en www.rivistaaic.it, 2017

SCODITTI, E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*, in *Foro it.*, III, 2012

SENESE, S., *Relazione*, en *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1978

SERENO, G., *Riflessioni sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012)*, *ivi*, 2012

SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999

SICLARI, M., *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, en *Giur. it.*, 1999

SICLARI, M., *Principio di gratuità degli atti del procedimento innanzi alla Corte costituzionale e diritto "positivo" alla difesa nei giudizi in via incidentale*, en COSTANZO, P. (Coord.) *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996

SILVESTRI, G., *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2013

SILVESTRI, G., *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, en *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

SIMONCINI, A. (coord.), *L'emergenza infinita: la decretazione d'urgenza in Italia*, Eum, Macerata, 2006

SORRENTI, G., *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forumquadernicostituzionali*, 2015

SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, en www.archivio.rivistaaic.it, 2004, y en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005

SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011

- SOTIS, C., *Il limite come contro limite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2016
- SPADARO, A., *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Jovene, Napoli, 1990
- SPADARO, ANTONINO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza di Catanzaro, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1990
- SPANGHER, F., *Custodia cautelare: la cassazione “sfida” la Consulta*, in *Giur. cost.*, 2003
- SQUAZZONI, A., *Qualche suggestione. Se un ponte tra giudici si fa diretto*, in LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino, 2015
- STAIANO, S., *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell’Unione europea*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Jovene, Napoli, 2002
- STASIO, D., *La Consulta apre ai collegi arbitrali*, in *Il Sole 24 Ore* 24 novembre 2001
- Sul ruolo delle Corti costituzionali nei processi di transizione alla democrazia, v. BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016
- TEGA, D., *I diritti in crisi - Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012
- TIRIO, F., *Due ragioni per l’intervento dei terzi davanti alla Corte costituzionale: il sapere extragiuridico e il diritto straniero e internazionale*, in *Studi senesi*, 2009
- TIZZANO, A., *I diritti fondamentali e la Corte in Europa*, in *Diritto dell’Unione europea*, 2005
- TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, *El papel del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios en un contexto de tutela multinivel de los derechos fundamentales*, *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, WP IDEIR n° 23, 2015
- TORRES MURO, IGNACIO, *La condena en ausencia: unas preguntas osadas (ATC 86/2011, de 9 de junio) y una respuesta contundente (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 97, 2013
- TORRES PÉREZ, AIDA, *Melloni in three acts : from dialogue to monologue*, in *European Constitutional Law Review*, v. 10, n. 2, 2014

TROCKER, N., *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, en *Foro it.*, 1989

UCCELLO BARRETTA, L., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, en *Riv AIC*, Osservatorio, novembre, 2013

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO y RIPOL CARULLA, SANTIAGO, *La euroorden ante la tutela de los derechos fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental. (A propósito de la STJ Melloni, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)*, en *Revista española de Derecho Europeo*, n. 4, 2013

URÍAS, JOAQUÍN, *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

URÍAS, JOAQUÍN, *La tutela frente a leyes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001

VARANI, E., *Spesa pubblica e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, en *Rass. parlamentare*, 1996

VECCHIO, F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di “doppia pregiudizialità”: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, en *Giust. amm.*, 2010

VECCHIO, FAUSTO, *I casi Melloni e Akerberg : il sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali*, en *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, n. 2, 2013

VERONESI, P., *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, en *Quaderni cost.*, 2016

VERONESI, P., *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, en *Studium Iuris*, 2014

VIDAL FUEYO, MARIA DEL CAMINO, *Ruiz Mateos c. España (STED de 23 de junio de 1993): Las garantías del proceso equitativo ante la jurisdicción constitucional*, en SÁNCHEZ TOMÁS, JOSÉ MIGUEL, BELADIEZ ROJO, MARGARITA Y ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL (Coords.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas Thomson Reuters, Cizus Menos, 2013

VIGANO', F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, en *Dir. pen. contemporaneo*, 2016,

VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, *Algunas reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 18, enero-abril, 2003

VUOLO, A., *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, en ANZON, A., CARETTI, P., GRASSI, S. (Coords.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Anzon, Torino, 2000

WINKLER, M., *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci ed ombre*, www.articolo29.it, 13 de junio de 2014

ZAGREBELKY, G., MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977

ZAGREBELSKY, G., *Diritto processuale costituzionale?*, en AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1990

ZAGREBELSKY, G., *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, en AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989

ZAGREBELSKY, G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988

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

ZAGREBELSKY, G., *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, en *Giur. Cost.*, 2014

ZAGREBELSKY, V., *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*, en LAMARQUE, E. (coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015

ZAGREBELSKY, V., CHENAL, R., TOMASI, L., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2016

ZAGREBELSKY, V., *Corte, convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, en *Foro. It.*, V, 2006

ZAGREBELSKY, V., *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015

ZAMPETTI, G., *Rinvio pregiudiziale di interpretazione obbligatorio e giudice amministrativo: natura giuridica, portata dell'obbligo ex art. 267, par. 3, Tfeue e conseguenze della sua mancata osservanza*, en *Riv. AIC, Osservatorio*, 2014