

EL TORNO AL VOTO PARTICULAR DE LA STC 18/1994, DE 20 DE ENERO. LA AUTOCUESTION O CONTROL SUCESIVO DE CONSTITUCIONALIDAD

ANTONI ROIG BATALLA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *El marco constitucional y la elaboración del artículo 55.2 de la LOTC.* 2. *Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales:* A) La interpretación literal del artículo 55.2 de la LOTC; B) Intentos de superación de este planteamiento.—II. EL RECURSO DE AMPARO PREVIO A LA ELEVACIÓN: 1. *El objeto del recurso de amparo.* 2. *La resolución del recurso de amparo:* A) Control sobre la existencia de un acto de aplicación; B) Control de legalidad; C) Control de constitucionalidad instrumental del precepto legal y posterior control de aplicación; D) Elevación como consecuencia de los controles realizados.—III. EL TRÁMITE DE ELEVACIÓN Y LA ADMISIÓN DE LA CUESTIÓN: 1. *La elevación de la cuestión.* 2. *La admisión de la cuestión.*—IV. EL PROCESO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA ELEVACIÓN O CUESTIÓN SUCESIVA: 1. *El objeto de la cuestión sucesiva de inconstitucionalidad.* 2. *La resolución de la cuestión.*—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

En la STC 18/1994, de 20 de enero, el Tribunal Constitucional decide hacer uso de la conexión procesal que le permite el artículo 55.2 de la LOTC y plantear «cuestión de constitucionalidad» sobre un precepto legal. Se trata, en efecto, del artículo 468.c de la Ley Procesal Militar, cuya aplicación a un caso concreto por parte de la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha producido, según el Tribunal Constitucional, una vulneración del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE. En efecto, se ha impedido el acceso a la jurisdicción, así como su derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de su pretensión, ya que se ha considerado una causa de inadmisión que no se adecúa a las exigencias constitucionales (FJ 6 *in fine*). Ello ha conllevado que se haya concedido el amparo solicitado (pronunciamientos primero y segundo del fallo). Sin embargo, una vez decidida la vulneración de derechos fundamentales, se

ha constatado que ésta deriva del precepto legal aplicado (1). Por ello se plantea al Pleno (2) la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 468.c en el tercer y último pronunciamiento de la sentencia (3).

El magistrado Rafael de Mendizábal Allende mantiene un voto particular, discrepando precisamente del pronunciamiento referido a la cuestión: «En pocas palabras, y para no hacer más largo el cuento, creo que primero debió autoplantearse y resolverse la cuestión de inconstitucionalidad, con suspensión mientras tanto del proceso de amparo en el cual había surgido, y luego —una vez allanado este obstáculo— pasar al enjuiciamiento del caso concreto.» Se pretende de esta manera evitar las dificultades que comporta el cumplimiento del fallo de la sentencia de amparo por parte del Tribunal ordinario. En efecto, se aduce, en su nueva sentencia que este último debería inaplicar un precepto legal todavía vigente, ya que no ha sido expulsado en el pronunciamiento del amparo (4). Para evitar esta disfunción, se propone que «el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y por las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la Sentencia y difiera luego el amparo a la Sala. Cabe también, por qué no, una Sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos Sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos» (5). Como veremos más adelante, y como parece admitir el propio magistrado en su voto particular (6), el artículo 55.2 de la LOTC configura una conexión sucesiva entre dos procesos. Sin embargo, existiría un vacío legal en el supuesto de que el Pleno usara su competencia de avocación del recurso de amparo. Frente a este «silencio de la Ley» cabe trasladar el mecanismo sucesivo del supuesto ordinario —en el cual la Sala resuelve el amparo y eleva la cuestión al Pleno— o bien, la solución que se defiende, construir mediante *usus fori* un mecanismo con características incidentales o incluso unitarias. No parece que el supuesto de avocación pueda ser un supuesto de partida con entidad para

(1) «Ahora bien, tras llegar a la anterior conclusión, es de advertir que esa consecuencia, le-siva del derecho fundamental como el examen anterior ha puesto de relieve, deriva de lo prescrito en el artículo 468.c de la Ley Procesal Militar, precepto que, por excluir cualquier recurso, no se compadece con lo dispuesto en los artículos 24.1, 106.1 y 53.2 CE» (FJ 7).

(2) No se utiliza el verbo elevar al haber avocado el Pleno, a petición de la Sala Segunda, la decisión sobre el recurso de amparo, de acuerdo con lo que establece el artículo 10.k LOTC.

(3) «3.º Plantear de acuerdo con el artículo 55.2 LOTC cuestión de inconstitucionalidad del artículo 468.c de la Ley Procesal Militar por la posible vulneración de los artículos 24.1, 53.2 y 106.1 CE» (tercer pronunciamiento del fallo).

(4) Fundamento tercero del voto particular.

(5) Fundamento primero del voto particular.

(6) Dice concretamente: «Lo que está vedado a la Sala es el planteamiento de la cuestión con carácter previo, como hacen los jueces ordinarios» (fundamento primero del voto particular).

romper el carácter sucesivo de la autocuestión. Su interés como opción legislativa es, sin embargo, innegable. Se pone a discusión, de esta manera, la conexión procesal constitucional del artículo 55.2 de la LOTC, que pasamos ahora a estudiar.

Pues bien, ni la Constitución ni la LOTC contienen ninguna referencia a un proceso constitucional llamado «autocuestión de inconstitucionalidad». El origen de esta denominación hoy ya generalizada es, en efecto, doctrinal (7). El Tribunal Constitucional la ha adoptado (8), si bien no la utiliza con asiduidad, pues a menudo se refiere al «mecanismo» o la «vía» del artículo 55.2 de la LOTC (9). Otras veces se refiere a una «cuestión» (10) o «cuestión de inconstitucionalidad» elevada por la Sala (11), como, por ejemplo, en la presente sentencia a estudio. Estas expresiones se refieren en todo caso al proceso ante el Tribunal Constitucional regulado en el artículo 55.2 de la LOTC. Dicho artículo remite el procedimiento a la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales (artículos 37 y concordantes de la LOTC) y los efectos de la sentencia a la regulación común para los procedimientos de inconstitucionalidad (artículos 38 y siguientes de la LOTC) (12).

Muy pocas han sido, en verdad, las ocasiones en las cuales el Tribunal

(7) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3.ª ed., 2.ª reimpresión, pág. 149. La primera edición en esta colección es de 1981. Previamente se había presentado públicamente este trabajo en diversas conferencias. También se había publicado antes, con mención expresa, igualmente, a la «autocuestión de inconstitucionalidad» en el volumen I de la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 51, y en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1 (1981), pág. 59.

(8) Por ejemplo, en la STC 40/1989, de 16 de febrero (FJ 2), utiliza la expresión «procedimiento de “autocuestión” de inconstitucionalidad».

(9) Por ejemplo, la palabra «mecanismo» se menciona en la STC 216/1991, de 14 de noviembre (FJ 2); «vía», entre muchas otras, en la STC 74/1991, de 8 de abril (FJ 1).

(10) Un ejemplo de referencia a la «cuestión lo encontramos en la STC 110/1988, de 8 de junio (FJ 3); un supuesto de «cuestión de inconstitucionalidad» en la STC 63/1982, de 20 de octubre (FJ 3).

(11) La denominación de «autocuestión» no es neutral, ya que presupone una posible equiparación de la «autocuestión» a una «cuestión de inconstitucionalidad» que plantearía una de las dos Salas al Pleno del Tribunal Constitucional. Otras posibles denominaciones podrían ser «proceso de control sucesivo de constitucionalidad» o «proceso en interés de la primacía de los derechos fundamentales».

(12) Artículo 55.2 LOTC: «En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes.»

Constitucional ha seguido en su integridad el mecanismo configurado en el artículo 55.2 de la LOTC. Pero también es cierto que algunas de las más importantes resoluciones que el Tribunal ha dictado, cualificándolas genéricamente como cuestiones de inconstitucionalidad, son más precisamente «autocuestiones».

En el presente trabajo se utilizará la expresión «mecanismo complejo del artículo 55.2 de la LOTC» o, más simplemente, el precepto mencionado para aludir al conjunto de los dos procesos (recurso de amparo y cuestión de inconstitucionalidad) y su conexión. En cambio, la «cuestión sucesiva» será concretamente el proceso de control sucesivo de constitucionalidad. Finalmente, nos referiremos a la «conexión» como la elevación de la «cuestión sucesiva». Podría haberse optado igualmente por estudiar únicamente la conexión o elevación, así como el proceso subsiguiente de inconstitucionalidad. Se ha preferido, en cambio, analizar, desde una perspectiva global, tanto el proceso de control de inconstitucionalidad como el previo recurso de amparo. Una visión parcial hubiera impedido reflejar la incidencia y problemática globales del artículo 55.2 de la LOTC, forzándonos a una traslación de los esquemas propios del proceso de control incidental de constitucionalidad (artículo 163 CE), con ligeras adaptaciones, en el mejor de los casos, a la realidad sucesiva de la cuestión. La opción global no ha de ser confundida con una concepción del artículo 55.2 de la LOTC como un «macroproceso». Estamos ante dos procesos conectados, pero precisamente será este enfoque de conjunto el que permitirá realzar la individualidad de dos procesos conectados por su objeto.

Una vez dicho esto, es necesario matizar que nuestro estudio se centrará en los objetos y resoluciones de los procesos, sin dedicar especial atención —a pesar de que la merece— a su tramitación. Por tanto, dada la poca bibliografía existente sobre la autocuestión o cuestión sucesiva de constitucionalidad, un trabajo más centrado en los aspectos procedimentales aportaría nuevos elementos de reflexión.

1. *El marco constitucional y la elaboración del artículo 55.2 de la LOTC*

La Constitución no contempla ninguna conexión, que no sea incidental, entre un proceso de resolución de un caso concreto y un proceso de control de normas. El artículo 163 CE se limita a describir la cuestión incidental de inconstitucionalidad y no nos aporta elementos para decidir. Por otro lado, el artículo 161 CE, en la letra *d*) de su apartado primero, remite a un legislador cualificado para que acabe de definir la competencia del Tribunal Constitucional

mediante leyes orgánicas (13). Esta regulación constitucional da a entender, en una primera aproximación, que el legislador dispone de un marco abierto, sin aparentes limitaciones en cuanto a la configuración de los procesos. Sólo algunos concretos procesos serían contemplados en la Constitución, los otros deberían ser referidos a la Ley del Tribunal Constitucional.

El único precepto constitucional que parece poder incidir en la futura configuración del legislador, por lo que respecta a mecanismos de conexión, es el artículo 164 CE. En éste se distinguen los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho y las demás resoluciones. El debate sobre la separación entre resoluciones que incorporen un control normativo y las que deciden un caso concreto no tiene incidencia directa en la autocuestión. Lo que nos interesa aquí es saber si pueden enlazarse, externamente y sucesivamente, ambos procesos. La *conexión* entre los dos procesos no parece configurada y delimitada por la Constitución española, de manera que el legislador tiene, en este supuesto, más relevancia en el establecimiento del definitivo ámbito competencial del Tribunal Constitucional.

El Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (14) contenía una regulación diferente de la que finalmente resultará el actual artículo 55.2 de la LOTC. En los artículos 46.1 y 52 se establecía un recurso de amparo frente a leyes y su tramitación seguía el procedimiento del recurso de inconstitucionalidad (15). En la tramitación en el Congreso de los Diputados se incorporaron

(13) Artículo 161.1 CE: «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.»

(14) Publicado en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, de 24 de mayo de 1979, serie A, núm. 44-I.

(15) El artículo 46 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «1. Cuando por ley, o por disposición o acto con valor de ley formal, del Estado o de las Comunidades Autónomas, que hubieren de ser cumplidos directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual, se violen o pongan en peligro actual o inmediato los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, la persona directamente afectada, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, podrá interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

»El recurso de amparo deberá interponerse en el plazo de tres meses, a contar desde el día siguiente a la publicación de la ley, o acto o disposición con valor de ley formal. La falta de impugnación directa no será obstáculo, sin embargo, para recabar posteriormente el amparo constitucional frente a actos del Poder Público, fundados en la norma que se repute inconstitucional.»

El artículo 52 del Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: «El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional.

»No obstante el recurso de amparo constitucional frente a la ley, disposición o acto con fuerza de ley, será conocido por el Tribunal en Pleno y se tramitará a partir de la admisión de la demanda como recurso de inconstitucionalidad, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la intervención en él de las personas legitimadas.»

dos enmiendas que suprimieron tanto el segundo apartado del artículo 52 como el apartado primero del artículo 46 del Proyecto.

El actual artículo 55.2 de la LOTC, que podríamos decir que surgió de los restos de los artículos 46.1 y 52, párrafo segundo del Proyecto, suprimidos en el Congreso, tiene su origen en la enmienda 55, del Grupo Unión de Centro Democrático, formulada al texto en el Senado (16). La justificación que se aportó fue la siguiente:

«El Tribunal Constitucional ha de decidir el amparo aplicando sólo la Constitución y su propia ley orgánica (artículo 1 del proyecto), pero si los actos del Estado a los que reproche la violación de los derechos fundamentales que justifican el amparo son actos de aplicación de una ley inconstitucional tendrá que pasar por encima de ésta. Sería una declaración implícita de inconstitucionalidad; es preferible que sea explícita y con todas las garantías.»

2. *Las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales*

A) *La interpretación literal del artículo 55.2 de la LOTC*

De acuerdo con esta posición, el artículo 55.2 dibuja un marco procesal con dos sentencias sucesivas. En palabras de Xavier Pibernat: «Se encadenan en sucesión procesal dos sentencias del Tribunal, la primera de la Sala conoedora del recurso de amparo y la segunda del Pleno al conocer de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por aquélla» (17). El recurso de amparo debe resolverse, pues, antes de que se realice el control de constitucionalidad de la ley en el proceso subsiguiente. Ahora bien, para resolver el amparo es menester, según parece desprenderse del artículo 55.2 de la LOTC, haber decidido previamente si el precepto legal es inconstitucional. En consecuencia, tal como manifiesta el mismo autor, es necesario que se realice un control de constitucionalidad únicamente a efectos de resolver el amparo.

Este pronunciamiento previo sobre el mismo objeto procesal sobre el cual decidirá después el Pleno, plantea no una posible redundancia, sino una prede-

(16) Las enmiendas formuladas al texto en el Senado está, publicadas en el *BOCG*, Senado, de 21 de agosto de 1979, serie II, núm. 21.

(17) XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Tampoco parece convencido por una interpretación literal Rubio cuando manifiesta: «... el artículo 55.2 [de la LOTC], cuya aplicación literal es punto menos que imposible...» (FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», en *REDA*, núm. 60 (1988), pág. 524, nota 52.

terminación del pronunciamiento de la cuestión (18). El Tribunal Constitucional ha elaborado una construcción ingeniosa para compatibilizar la necesidad de control de constitucionalidad con la obligatoriedad de que se resuelva, en una *segunda sentencia*, con plena jurisdicción y efectos sobre la constitucionalidad de la ley. El control de constitucionalidad realizado es sólo *instrumental* para decidir el recurso de amparo, dejando, por tanto, al Pleno, en la sentencia posterior sobre la cuestión elevada, el control sobre la constitucionalidad de la ley aplicada con plenos efectos.

B) *Intentos de superación de este planteamiento*

a) Una sentencia que ya desde el principio marcó un punto de referencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es la STC 41/1981, de 18 de diciembre:

«De este modo, puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por los particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos y siempre que sean inescindibles el amparo constitucional y la constitucionalidad de la Ley.

El planteamiento que se ha hecho en el apartado anterior permite comprender que para resolver el presente recurso es preciso previa y contemporáneamente decidir la inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, pues, como ya se ha dicho, los órganos jurisdiccionales actuaron dentro de la más estricta legalidad y si al mismo tiempo lo hicieron dentro del marco de la Constitución, por ser conformes con ésta los textos legales que aplicaron, es obvio que el amparo no podrá prosperar» (FJ 1) (19).

(18) XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Continúa diciendo este autor que «el problema se magnifica en la hipótesis de que el Pleno del Tribunal Constitucional se pronuncie en sentido contrario al anterior pronunciamiento efectuado por la Sala para estimar el amparo. Esto es, que el Pleno no aprecie la inconstitucionalidad de la ley impugnada, cuya presunta inconstitucionalidad ha servido de presupuesto para la estimación del amparo por la Sala. La flagrante contradicción conduce fácilmente al absurdo de haberse estimado el amparo en base a la consideración de la inconstitucionalidad de una ley que a continuación el Pleno del Tribunal, y a instancia de la misma Sala que ha otorgado el amparo, ha considerado constitucional». Concluye el autor diciendo que es más razonable, si defendemos la necesidad de control de constitucionalidad para la estimación del amparo, que ésta se produzca en una única resolución donde se decidan tanto el recurso de amparo como la inconstitucionalidad de la ley. Reconoce, sin embargo, el autor que esta posición difícilmente encontrará cabida en la literalidad —e incluso en una interpretación no literal— del artículo 55.2 LOTC.

(19) Siguen esta línea diversas sentencias del Tribunal Constitucional, entre ellas las recientes 119/1990, de 21 de junio (FJ 2), y 74/1991, de 8 de abril.

Esta sentencia desestimatoria dio pie a que ciertos autores defendieran la posibilidad de un *recurso de amparo contra leyes* (20) o bien la opción de una resolución en la cual se resolvieran conjuntamente la constitucionalidad del artículo de la ley y el amparo (21). Esta resolución no fue seguida, sin embargo, de sentencias estimatorias que confirmasen las expectativas. Esta es también la posición mantenida, como segunda opción, por el magistrado Rafael de Mendizábal Allende al afirmar, como ya hemos recogido antes: «Cabe también, por qué no, una sentencia única para ambos, en una acumulación de pretensiones y dos sentencias simultáneas o sucesivas de ambos procesos» (punto primero, *in fine*, del voto particular). Se salvaría la dicción del artículo 55.2 de la LOTC mediante una solución procesal que se nos antoja compleja, como es la decisión en dos sentencias. No parece conservarse así el carácter sucesivo requerido por el artículo 55.2 de la LOTC.

El Tribunal Constitucional, a pesar de todo, no ha renunciado a la sucesión de dos procesos y, por tanto, ha impedido que se pueda hablar de un recurso de amparo mediato o indirecto contra una ley (22). A pesar de todo, el Tribunal

(20) Véase IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98 (1982), págs. 167-220.

(21) Véase XAVIER PIBERNAT DOMÈNECH: *El control...*, cit., pág. 162. Afirma este autor que «[m]ás ajustada, si no al enunciado literal del artículo 55.2, sí a la más elemental lógica, resulta proceder como hace el mismo Tribunal en la segunda solución, en que el Pleno, en virtud del artículo 10.k LOTC, recaba para sí el conocimiento del recurso de amparo y, por consiguiente, en una sola sentencia resuelve el amparo constitucional y la cuestión de inconstitucionalidad por aquél suscitada».

Al no ser estimado este proceso de amparo, no sabía el autor que hubiera podido suceder en el caso de estimación. De la fundamentación del recurso de amparo denegado cabía llegar coherentemente a esta solución. Hoy sabemos ya que no siguió el Tribunal Constitucional esta solución «unitaria», que consistiría en fundir los dos procesos en uno único. De todas maneras, desde un punto de vista teórico, esta propuesta tenía la ventaja de la coherencia procesal que supone evitar un doble pronunciamiento, con un condicionamiento sobre el segundo proceso, es decir, un previo análisis sobre su objeto. El inconveniente de la solución avanzada es hacer confluír, en una única resolución, los contenidos y efectos diversos de los procesos de resolución individual de un caso con los procesos de control de normas, cosa que parece contradecir el artículo 164 CE.

(22) Ignacio Borrajo utiliza una terminología diferente, y cualifica como «recurso reflejo» lo que el Tribunal considera como «recurso mediato». Nosotros seguiremos la terminología del Tribunal Constitucional. Recogemos, de todas maneras, la siguiente referencia del autor, que sintetiza una posición original: «Ahora bien, entre el recurso inmediato, prohibido por la LOTC, y el recurso reflejo, previsto por su artículo 55.2, queda una posibilidad intermedia: un recurso mediato o concreto frente a la ley.

Recurso que se separaría del inmediato en que la ley sería impugnada con ocasión de su aplicación, precisamente al recurrir contra uno de los actos que se fundaran en ella. Pero que se diferenciaría del recurso reflejo en que tal impugnación sería directa, deducida bajo la forma de una

Constitucional ha continuado utilizando la expresión «recurso mediato» incluso después de confirmar la existencia de dos procesos sucesivos. El sentido que debe darse a la expresión —a nuestro parecer incorrecta mientras se defiende la sucesión procesal— es el siguiente: se puede impugnar el acto de aplicación por lesión de derechos fundamentales, y en el supuesto de que se den los presupuestos procesales que estudiaremos, la Sala deberá elevar la cuestión sobre la constitucionalidad de la ley aplicada.

b) Otros autores defienden una cuestión incidental de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. Este planteamiento, defendido, por ejemplo, por Joan Oliver (23), es *de lege ferenda*, pues requiere una modificación del artículo 55.2 de la LOTC. Consiste en admitir la necesidad de un previo control de la constitucionalidad del precepto legal para decidir si el acto de aplicación lesiona derechos fundamentales, evitando, al mismo tiempo, el doble pronunciamiento. Para ello se suspendería el recurso de amparo hasta que el Pleno decidiera, en una cuestión incidental, sobre la constitucionalidad de la ley. Una vez ha decidido con plenos efectos sobre la constitucionalidad o no del precepto legal, la Sala decidiría sobre el caso concreto. Es decir, se transformaría el control de constitucionalidad sucesivo en incidental. En este supuesto debe enmarcarse la propuesta, que también hemos recogido ya anteriormente, del magistrado Rafael de Mendizábal Allende, si bien limitada a los supuestos de avocación: «Otra [interpretación posible del artículo 55.2 de la LOTC] —mi propuesta— que el Pleno se autoplantee la cuestión de la eventual inconstitucionalidad, abra el proceso correspondiente por los pasos y con las audiencias que marca nuestra Ley, decida acerca de ella en la sentencia y difiera luego el amparo a la Sala» (punto primero, *in fine*, del voto particular).

Deben contarse entre las *ventajas* de la propuesta la coherencia y la simplificación. Esta construcción comporta, sin embargo, *inconvenientes* y puntos oscuros. En primer lugar, para concluir que se está ante un supuesto que requiere un control incidental, la Sala deberá realizar un control de legalidad. Por otra parte, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal sobre la resolución del amparo plantean igualmente problemas. ¿Se otor-

pretensión de anulación de la ley del caso. Pretensión dirigida a vincular al juez constitucional para que decidiera expresamente, al resolver el recurso de amparo, sobre la inconstitucionalidad de la ley, no a que dejara la cuestión para un proceso posterior. Pero que sería deducida como una más de un haz de pretensiones que se unirían en un recurso concreto de amparo, dirigido inmediatamente contra actos del poder público y, por tanto, sólo mediatamente contra la ley que prestara cobertura a tales actos» (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 98 [1982], pág. 184).

(23) JOAN OLIVER ARAUJO: *El recurso de amparo*, UIB, 1986, pág. 375.

gará o se denegará automáticamente el amparo en función de la resolución de la cuestión de inconstitucionalidad? Ello es obligado, pues si no quedaría en entredicho la necesidad de resolver sobre la inconstitucionalidad de la ley para decidir el recurso de amparo. ¿No sería más adecuado, situados en planteamientos de coherencia procesal, defender un planteamiento unitario donde se decidiese en una única resolución el amparo en relación al acto aplicador y la constitucionalidad del precepto legal aplicado? De hecho, el magistrado mencionado defiende igualmente esta segunda opción.

Difícilmente, sin embargo, puede modificarse el procedimiento seguido de acuerdo al artículo 55.2 de la LOTC mientras no se modifique su característica definitoria: se trata de una conexión entre dos procesos, y la cuestión es así un control sucesivo de constitucionalidad. Procedamos ahora al estudio detallado de las diferentes etapas del mecanismo.

II. EL RECURSO DE AMPARO PREVIO A LA ELEVACION

1. *El objeto del recurso de amparo*

La autocuestión es problemática, en buena parte, por la configuración especial del objeto del recurso de amparo previo a la elevación. Tenemos, por una parte, el artículo 42 de la LOTC, que impide el recurso de amparo contra leyes, y por otro lado, el precepto 161.1.a CE, que no incluye a los particulares entre los legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad (24). En palabras de Eduardo García de Enterría, «[e]s, pues, explícita la voluntad de excluir del recurso de amparo inmediato a las eventuales agresiones a los derechos protegidos que puedan proceder de las leyes». Más adelante añade

(24) Varios son los autos en los cuales una sección del Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la no impugnación directa de las leyes mediante un recurso de amparo:

Auto 1197/1987, de 26 de octubre: «Por último, en relación con la pretendida inconstitucionalidad sobrevenida del proceso judicial a que se refieren los artículos 186 de la Ley del Suelo y 188 de la LJCA, debe recordarse que la vía de amparo constitucional no es la adecuada para depurar en abstracto el ordenamiento jurídico, sino que sólo es idónea para reparar eventuales lesiones de los derechos fundamentales incluidos en su ámbito. En consecuencia, no sólo hubiera sido preciso poner en evidencia una contradicción de la regulación legal con las exigencias del derecho de defensa, sino acreditar también que precisamente por la aplicación de la norma se ha producido una concreta vulneración del derecho invocado en los términos que señala el artículo 55.2 LOTC» (FJ 4).

Véanse también Auto 573/1986, de 2 de julio (FJ 1); Auto 244/1986, de 12 de marzo (FJ único); Auto 84/1981, de 22 de julio (FJ 6); STC 119/1990, de 21 de junio (FJ 5), y STC 209/1988, de 10 de noviembre (FJ 5).

este autor que el procedimiento del artículo 55.2 de la LOTC debe concebirse «no como un amparo directamente dirigido contra la ley» (25). A pesar de la claridad de la formulación de los preceptos citados y de la reconocida posición doctrinal recogida, no se ha cerrado definitivamente la vía para recurrir, en amparo, normas de rango legal. En efecto, se ha interpretado que si bien no es posible recurrir *directamente* contra una ley, sí lo es, en cambio, plantear un *recurso mediato o indirecto* de amparo contra una ley. Creemos que debe entenderse con ello que se impugnaran en primer lugar sus actos o normas de aplicación, acreditando que, precisamente por la aplicación de la norma legal, se ha producido una concreta vulneración del derecho fundamental (26). En caso de estimarse el recurso de amparo, el Pleno resolverá en otra sentencia sobre la inconstitucionalidad del precepto legal.

El recurso de amparo previo a la elevación de la cuestión, tal como lo venimos configurando, reviste una particularidad: el acto aplicador es inconstitucional, pero en cambio no es ilegal. Si dejásemos de lado la Constitución, el acto no sería contrario al ordenamiento. En cambio, los objetos de los recursos contemplados en los artículos 42, 43 y 44 de la LOTC, además de inconstitucionales, son ilegales. Podemos concluir, por tanto, que el objeto del recurso de amparo previo a la elevación de la cuestión es un acto o norma de un poder público *que ha aplicado correctamente un precepto legal*. De esta manera se traslada la «lesión» de derechos fundamentales de la ley al acto aplicador. El postulado clave es, así, la imposibilidad de resolver el amparo sin decidir primero si la ley es inconstitucional.

2. La resolución del recurso de amparo

Las Salas del Tribunal Constitucional, cuando deciden sobre un recurso de amparo en un supuesto que puede dar lugar a una cuestión, resuelven de la siguiente manera (27):

(25) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución...*, pág. 149.

(26) Auto 1197/1987, de 26 de octubre.

(27) Las resoluciones del Tribunal Constitucional que siguen este esquema son: SSTC 41/1981, de 18 de diciembre; 10/1983, de 21 de febrero; 16/1983, de 10 de marzo; 20/1983, de 15 de marzo; 30/1983, de 26 de abril; 53/1983, de 20 de junio; 93/1983, de 8 de noviembre; 101/1983, de 18 de noviembre; 122/1983, de 16 de diciembre; 93/1984, de 16 de octubre; 75/1985, de 21 de junio; 139/1985, de 18 de octubre; 9/1986, de 24 de enero; 28/1986, de 21 de abril; 29/1986, de 26 de abril; 107/1986, de 24 de julio; 140/1986, de 11 de noviembre; 99/1988, de 31 de mayo; 118/1988, de 20 de junio; 209/1988, de 10 de noviembre; 243/1988, de 19 de diciembre; 106/1989, de 8 de junio; 138/1989, de 20 de julio; 186/1989, de 13 de noviembre; 193/1989, de 16 de noviembre; 211/1989, 212/1989 y 213/1989, de 19 de diciembre; 119/1990, de 21 de junio; 207/1990, de 17 de diciembre; 74/1991, de 8 de abril, y 90/1991, de 25 de abril.

- Control sobre la existencia de un acto de aplicación.
- Control de legalidad: el acto de aplicación ha interpretado correctamente la ley.
- Control de Constitucionalidad instrumental.
- Elevación en función de los resultados anteriores.

A) *Control sobre la existencia de un acto de aplicación*

De no existir una norma intermedia o de aplicación mediante la cual se haya vulnerado efectivamente un derecho fundamental o libertad pública de la parte, se desestima el recurso de amparo por falta de legitimación de los particulares para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Normalmente este requisito será ya resuelto en el trámite de admisión, aunque existen también ejemplos de sentencias, como es el caso de la STC 139/1988, de 8 de julio (FJ 4). El Tribunal Constitucional considera que la aplicación es «un requisito procesal para el ejercicio de la acción de amparo» (28). Se quiere decir con ello que es necesario un acto de aplicación para que se dé una afectación directa a un derecho fundamental del demandante.

B) *Control de legalidad*

Antes de estudiar la posible inconstitucionalidad de la ley aplicada, procede realizar un *test* de legalidad. Si el acto controlado no aplica correctamente la ley, siendo, por tanto, ilegal, procederá el estudio de la vulneración de derechos y libertades fundamentales por parte del propio acto, resolución o disposición y no ya de la ley aplicada por éste.

C) *Control de constitucionalidad instrumental del precepto legal y posterior control de aplicación*

En el proceso de amparo se realiza un control de constitucionalidad *instrumental* del precepto legal aplicado (29). Ante todo, hay que decir que el acto,

(28) La cita corresponde a la STC 162/1987, de 27 de octubre (FJ 1 *in fine*).

(29) En la Sentencia 119/1990, de 21 de junio, se afirma: «Es cierto que, como venimos sosteniendo desde nuestra Sentencia de 18 de diciembre de 1981 (STC 41/1981), cuando la petición de amparo se dirige contra un acto de aplicación de un precepto legal al que no se reprocha

resolución o disposición aplicador es el objeto directo del recurso. Ahora bien, para determinar la vulneración de derechos fundamentales debe realizarse, sólo a efectos de resolver el caso concreto, un control abstracto y previo de constitucionalidad del precepto legal aplicado. Así, la violación de derechos fundamentales se produce al aplicarse una norma de rango legal, que es inconstitucional, pues contiene una regulación contraria a derechos fundamentales. Por tanto, el control de constitucionalidad es *necesario* (30) y se dirige únicamente a resolver el amparo.

Este carácter instrumental provoca que dicho control de constitucionalidad sobre la ley *no produzca efectos generales*. El artículo 164 de la Constitución excepciona expresamente del efecto general los procesos que se limiten a la estimación subjetiva de un derecho. De hecho, estos efectos *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad de la ley aplicada permiten al Pleno desestimar la cuestión elevada, sin que ello repercuta en el recurso de amparo previamente resuelto. Estamos así ante una decisión prejudicial de inconstitucionalidad que es necesaria para resolver un recurso de amparo especial.

En algunos supuestos se ha venido a considerar que existe entre la ley y el acto aplicador no una simple relación de aplicación, sino una «relación inescindible». Esto podría dar lugar a una restricción de los supuestos de elevación siguiendo criterios no establecidos por la LOTC o, lo que es lo mismo, con la introducción de un criterio de oportunidad (31).

desviación alguna de lo allí previsto, el recurso de amparo implica un ataque indirecto a la constitucionalidad del precepto mismo» (FJ 2). «Es cierto que, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica, la Sentencia que pone término a un recurso de amparo no puede proclamar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las normas con valor de ley, pero, como es obvio, sí puede fundamentar su fallo en la afirmación, *prima facie*, de tal inconstitucionalidad, cuando la lesión de los derechos fundamentales para la que se pide nuestro amparo no se haya originado en ningún defecto propio del acto de aplicación de la norma, sino de la norma misma» (FJ 5).

(30) La STC 22/1985, de 15 de febrero: «No existiendo, pues, finalmente [razón] que justifique el obstáculo que la aplicación del artículo 82.a de la LJCA crea, dicho precepto ha de considerarse lesivo para el derecho de la tutela judicial efectiva y, en consecuencia, vulneradora de tal derecho la Sentencia que hace uso de la facultad que ese precepto otorga» (FJ 6). Por otro lado, encontramos en la STC 99/1988, de 31 de mayo: «Una Sentencia de amparo no es el lugar adecuado para formular juicios de constitucionalidad de la norma, salvo en la hipótesis prevista en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica (FJ 4).

(31) Véanse las SSTC 63/1982, de 20 de octubre (FJ 3); 86/1984, de 27 de julio (FJ 3); 162/1987, de 27 de octubre (FJ 1); 86/1984, de 27 de julio (FJ 3), y 67/1988, de 18 de abril (FFJJ 3 y 4).

D) *Elevación como consecuencia de los controles realizados*

La elevación es sólo un requisito formal, sin relevancia ni contenido. Una vez se den todos los presupuestos antes detallados deberá procederse a la elevación.

III. EL TRAMITE DE ELEVACION Y LA ADMISION DE LA CUESTION

1. *La elevación de la cuestión*

a) *Carácter.* Una vez se ha otorgado el amparo debería procederse a la conexión o elevación que caracteriza al artículo 55.2 de la LOTC para que el Pleno del Tribunal Constitucional pueda decidir sobre la constitucionalidad de la ley aplicada con plenos efectos.

La cuestión sucesiva de inconstitucionalidad no obedece a una reparación de una violación de derechos fundamentales, sino a una depuración «impersonal» del ordenamiento. Por ello, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, la Sala o el Pleno (artículo 10.k de la LOTC), en el caso de estimar el recurso de amparo, están *obligados* a plantear la cuestión (32). La especificidad del

(32) La STC 66/1982, de 12 de noviembre, parece introducir en algún caso, a pesar de todo, la necesidad de que el demandante solicite también la declaración de inconstitucionalidad de la ley en sentencia posterior al amparo: «Este Tribunal no debe, sin haber sido previamente requerido por los órganos constitucionales previstos, entrar en el examen de la supuesta contradicción cuando ningún órgano judicial ha planteado cuestión constitucional, ni la han suscitado las partes (FJ 5).

Coincidimos, en cambio, con Ignacio Borrajo cuando dice que «[e]n cualquier caso aquí no cabe hablar de pretensiones. El particular no pide al Tribunal Constitucional que anule la Ley, sino a lo sumo que, en aplicación del artículo 55.2, eleve al pleno la cuestión de la posible inconstitucionalidad de la Ley. Petición en cierto modo superflua, salvo como recordatorio, porque la norma genera *ex lege* un deber que vincula al Tribunal, lo pidan o no las partes» (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes...», cit., pág. 177). Hay que decir que el autor defiende la necesidad de una pretensión, *en sentido propio*, contra leyes. Esto lo lleva a mantener la construcción ingeniosa ya mencionada.

Angela Figueruelo parte de la pretensión del demandante para configurar dos variantes: «1.^a Una pretensión indirecta de inconstitucionalidad que se produce cuando la Ley del caso es la causante de la violación, pero el recurrente sólo pretende la protección de su situación jurídica y no la anulación de la Ley. El amparo sería resuelto por la Sala, que plantearía la cuestión de inconstitucionalidad interna ante el Pleno (sentencias del Tribunal Constitucional de 6 de abril y 10 de noviembre de 1981, de la Sala Primera y del Pleno, respectivamente).

2.^a Pretensión directa de amparo en la cual el recurrente alega la declaración de inconstitucionalidad de la norma como presupuesto del resarcimiento de la situación subjetiva perturbada.

mecanismo de este artículo no es sólo la conexión entre dos procesos, sino también su carácter preceptivo en el caso de que se den los requisitos necesarios (33).

Supongamos ahora que la Sala otorga el amparo, pero no eleva la cuestión al Pleno. De acuerdo con el artículo 10.k de la LOTC, el Pleno puede avocar la competencia de elevar la cuestión que corresponde en principio a la Sala. De hecho, el Pleno está no sólo facultado, sino incluso obligado, a hacerlo de acuerdo con lo que prescribe el artículo 55.2 de la LOTC. Dicho esto, no puede resolverse la cuestión sin que esta última haya sido «elevada». Por tanto, es necesario que el Pleno dicte, antes de entrar a resolver sobre la constitucionalidad de la ley, un auto elevando la cuestión. El límite temporal para la elevación no queda establecido en el artículo 55.2 de la LOTC ni en los artículos a los cuales se remite. Podríamos pensar, por analogía con el recurso de inconstitucionalidad (artículo 33 de la LOTC), que la Sala o el Pleno que ha estimado el amparo debe elevar la cuestión en el plazo máximo de tres meses.

En todos los casos de recursos de amparo otorgados la Sala deberá plantearse si se da el supuesto del artículo 55.2 de la LOTC. En el caso de concluir afirmativamente los controles de legalidad e inconstitucionalidad, se elevará la cuestión sucesiva. De no ser así, se mencionará expresamente que no procede la elevación. Como es sabido, hasta ahora el Tribunal Constitucional sólo menciona que no procede elevar la cuestión en los fundamentos, y no siempre.

b) *Los controles necesarios para la elevación.* Una vez visto el carácter preceptivo de la elevación, nos queda ahora estudiar su contenido. Debemos afirmar de entrada que el Tribunal Constitucional no llena de contenido la elevación, que viene así reducida a un mero trámite formal. En cambio, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, contenido de la elevación debería ser el siguiente:

En este caso, el Pleno, recabando para sí el conocimiento del asunto, falla el recurso de amparo y se plantea una genuina "autocuestión de inconstitucionalidad", que procesalmente se traduce en un trámite de audiencia al Legislativo (sentencias del Pleno del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986» (ANGELA FIGUERUELO BURRIEZA: «Algunos problemas que suscita la autocuestión...», cit, pág. 247).

No parece que el Tribunal Constitucional siga este razonamiento, ya que hay bastantes casos de pretensiones de inconstitucionalidad de la norma de rango legal en la demanda de amparo y, en cambio, el Pleno no avoca la competencia para resolver el caso. Algunos ejemplos son las SSTC 63/1982, de 20 de octubre; 93/1983, de 8 de noviembre; 101/1983, de 18 de noviembre; 243/1988, de 19 de diciembre (donde se eleva la cuestión), y 216/1991, de 14 de noviembre.

(33) Así, la STC 185/1990, de 15 de noviembre: «... el origen de la lesión había de ser atribuido a la norma aplicada que por eso el mencionado artículo 55.2 LOTC obliga a cuestionar» (FJ 1).

- Constatación de haberse estimado el recurso de amparo.
- Control de legalidad.

La constatación de haberse estimado un recurso de amparo es un presupuesto procesal necesario según el mismo artículo 55.2 de la LOTC. Precisamente, para configurar la «cuestión» como un proceso de control de constitucionalidad sucesivo, éste es un elemento determinante.

A pesar de ser imprescindible, un pronunciamiento favorable al demandante en el proceso reparador no es, sin embargo, suficiente para proceder a plantear la cuestión al Pleno. El artículo 55.2 de la LOTC condiciona, en efecto, el otorgamiento del amparo a que la lesión sea producida por una «ley aplicada». El control de constitucionalidad de la ley viene condicionado al resultado del control de legalidad previo. Si el acto aplicador es ilegal, se controla la afectación a derechos fundamentales por parte del mismo. Si el acto aplicador es legal, se procede a controlar la constitucionalidad de la ley aplicada.

c) *El procedimiento de elevación.* El procedimiento formal de elevación de la cuestión consiste normalmente en un punto añadido al final de la sentencia estimatoria del amparo. Un ejemplo de ello lo encontramos en la STC 243/1988, de 19 de diciembre, en la cual, después de otorgar el amparo, se añade un cuarto punto en la resolución (34):

«4.º Elevar la cuestión al Pleno de este Tribunal a fin de que pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del último inciso del párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, en cuanto dispone que “iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso o del Senado”.»

Más lacónica, la STC 140/1986, de 11 de noviembre:

«Y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 55.2 de la LOTC, iníciase la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.»

En muy pocos casos la Sala ha dictado un auto elevatorio (35). En el supuesto de que sea el Pleno el que haya resuelto el recurso de amparo, en virtud

(34) Tenemos pocos ejemplos más de elevaciones en la resolución del amparo: SSTC 209/1988, de 10 de noviembre; 211/1989, 212/1989 y 213/1989, de 19 de diciembre.

(35) Las excepciones son los Autos 39/1981, de 10 de abril, y 922/1986, de 11 de noviembre.

del artículo 10.k de la LOTC, no se ha modificado por ello el procedimiento de elevación. Aunque el hecho de dictar un auto para decidir la elevación no implicaría automáticamente que la elevación dejará de ser una formalidad, parecería, de todas maneras, que es el procedimiento que más se ajusta a la configuración del artículo 55.2 de la LOTC.

En todos los casos estudiados la elevación ha tenido un contenido puramente declarativo o formal, sin que se manifieste que se ha efectuado ningún tipo de control.

2. *La admisión de la cuestión sucesiva*

La cuestión es un proceso de control de constitucionalidad cuyo objeto viene definido en otro proceso previo y necesario. Así, el objeto de la cuestión es el precepto legal, cuya aplicación ha dado lugar al otorgamiento del amparo. Pero no sólo el objeto viene predeterminado por otro proceso, sino que todo el procedimiento es el de la cuestión de inconstitucionalidad. Tres son las etapas procesales en la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 37 de la LOTC:

- Admisión o inadmisión a trámite de la cuestión.
- Audiencia y alegaciones.
- Resolución.

Con todo, no se ha dado ningún caso de inadmisión de la elevación de la cuestión (36). Ciertamente puede argumentarse que dado que es una Sala del propio Tribunal Constitucional la que eleva la cuestión, es muy difícil que se dé un supuesto de inadmisión. A ello debería añadirse el poco número de elevaciones que se han producido. A pesar de todo, podemos afirmar que no se dictarán tampoco más adelante inadmisiones de cuestiones mientras se parta de la configuración que el Tribunal Constitucional viene manteniendo de la resolución del amparo. Todos los *tests* que se tendrían que realizar son anticipados al momento de la decisión sobre el amparo y sobre la elevación.

El procedimiento a seguir en la fase de admisión está regulado, de acuerdo con el artículo 55.2 de la LOTC, en los artículos 37 y «concordantes» de la misma ley. No se menciona, en esta remisión concreta al procedimiento de la cuestión incidental de inconstitucionalidad, ninguna posible especificidad para la autocuestión. El contenido de la admisión podría ser el control por parte del Pleno del Tribunal de la falta de «condiciones procesales» contempladas en el artículo 37 de la LOTC. Seguiremos la ordenación realizada por Encarnación

(36) El último Auto analizado es el 374/1991, de 30 de abril.

Marín (37) de los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad que contempla el artículo 35 de la LOTC.

a) *Los presupuestos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad adaptables a la autocuestión.* Por razón de brevedad, únicamente se enunciarán, pasando a estudiarlos de manera conjunta.

— Debe tratarse de un recurso de amparo.

— La cuestión debe ser elevada por una de las Salas, o por el Pleno, del Tribunal Constitucional.

— La norma cuestionada debe tener rango legal.

— El procedimiento debe haber concluido, faltando sólo dictar sentencia (artículo 35.2).

— Deben concretarse el artículo de la ley aplicado, así como los preceptos constitucionales infringidos (artículo 35.2).

— Debería darse audiencia a las partes (artículo 35.2).

— Debería dictarse una resolución interlocutoria decidiendo sobre la elevación de la cuestión.

El artículo 163 de la Constitución española no parece contemplar la conexión entre un recurso de amparo y un control de normas. Por otro lado, el artículo 161.1.d de la Constitución abre la posibilidad de concreción de la competencia del Tribunal Constitucional por ley orgánica. Por tanto, el supuesto de hecho especial, contemplado en el artículo 55.2, es el que permite esta conexión de tipo sucesivo, no incidental.

La Sala que ha estimado el recurso de amparo es la competente para elevar la cuestión al Pleno del Tribunal Constitucional. Como ya hemos tenido ocasión de comentar, el Pleno ha hecho uso de la potestad que le confiere el artículo 10.k de la LOTC de avocación sobre cualquier tema competencia del Tribunal, realizada a propuesta del presidente o de tres magistrados del mismo. Otro problema por resolver es en qué momento puede producirse la avocación. A nuestros efectos, éste es un problema menor para la autocuestión, pues será competente para proceder a la elevación quien haya resuelto y otorgado el amparo.

En cuanto a la concreción del precepto legal, ha de considerarse suficiente una referencia al precepto aplicado por el acto vulnerador de derechos fundamentales que ha dado lugar al otorgamiento del amparo. La referencia del precepto constitucional tampoco es un supuesto problemático. En la resolución del amparo los preceptos constitucionales vulnerados servirán como referencia del precepto de rango legal.

(37) ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO: *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 276.

Por otro lado, la tramitación del propio recurso de amparo puede cumplir las funciones de un trámite de audiencia (38). Por otro lado, es excepcional que se dicte un auto para elevar la cuestión al Pleno. La Sala o el Pleno acostumbra a elevar la cuestión en la misma resolución del amparo. En la inmensa mayoría de los casos, el cumplimiento de la sucesión temporal entre otorgamiento y elevación se da sólo en el orden de los puntos de dicha resolución.

b) *Presupuestos y requisitos procesales específicos de la cuestión sucesiva.* Dos son los aspectos procesales a retener: un previo otorgamiento de un recurso de amparo; una previa elevación de la cuestión.

Las consecuencias propias de un proceso incidental no se reproducen en la cuestión sucesiva. La existencia de una sentencia de un proceso reparador no es un requisito suficiente. Es necesario, además, que el amparo sea resuelto afirmativamente. La elevación queda así condicionada al contenido de la resolución del amparo.

El Pleno del Tribunal no puede entrar a resolver, en razón del artículo 55.2 de la LOTC, ninguna cuestión que no le sea elevada en un auto o cuando menos en la resolución del recurso de amparo. Sin este requisito de previa elevación estaríamos ante un proceso de control abstracto de normas, promovido de oficio por el Tribunal Constitucional. Como el artículo 162 de la Constitución no legitima al Tribunal Constitucional para interponer el recurso de inconstitucionalidad, la necesidad de elevación es un punto central del mecanismo (39).

(38) En el caso que dio lugar a la STC 45/1989, de 20 de febrero, el abogado del Estado defendió, en sus alegaciones, un planteamiento similar: «En lo relativo, en primer lugar, a las “condiciones procesales”, a los “puntos que cabe estimar planteados” y al “orden para su examen”, se observa por el abogado del Estado que la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad por el Pleno del Tribunal ante sí mismo (arts. 10.k y 55.2 LOTC) envuelve una diferencia de trámite en comparación con las cuestiones planteadas por los órganos judiciales, siendo de tener en cuenta que, en un procedimiento como el presente, las alegaciones formuladas en el recurso de amparo y la Sentencia que lo resolvió desempeñan una función procedimental análoga, respectivamente, a las alegaciones de las partes y del fiscal en el incidente de planteamiento y al Auto de planteamiento regulados en los artículos 163 de la Constitución y 35.2 de la LOTC. Por ello, las condiciones procesales de esta cuestión han de ser referidas a la STC 209/1988, resolución esta de la que también se habrán de extraer los puntos de constitucionalidad concretamente planteados» (A 4).

(39) Según Ignacio Borrajo, la cuestión que plantea el Pleno a sí mismo, en virtud del artículo 10.k de la LOTC, es la que debería denominarse con propiedad como *autocuestión*, mientras que cuando la Sala eleva la cuestión al Pleno, estaríamos ante una *cuestión interna* (IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes...», cit., pág. 208). Con el mismo afán de precisión, podríamos hablar de *elevación* en el caso de intervenir la Sala, y simplemente de *planteamiento* en la sucesión del Pleno a sí mismo.

c) *El análisis sobre la corrección del control de legalidad efectuado.* El más importante control procesal que podría realizar el Tribunal recaería sobre la relación que debe existir entre los objetos de los dos procesos sucesivos. El objeto del segundo proceso ha de ser una ley aplicada correctamente por el objeto del segundo. De no existir relación con el objeto del proceso de amparo no podría el Pleno resolver sobre el precepto legal que la Sala considerase aplicado.

IV. EL PROCESO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POSTERIOR A LA ELEVACION O CUESTION SUCESIVA

1. *El objeto de la cuestión sucesiva de inconstitucionalidad*

El legislador ha configurado el objeto de la cuestión en el mismo artículo 55.2 de la LOTC. Así, el Pleno del Tribunal conocerá de la posible inconstitucionalidad de «la ley aplicada [que] lesiona derechos fundamentales o libertades públicas». Por tanto, podemos avanzar como primera aproximación que el objeto del procedimiento de cuestión sucesiva es una ley. El objeto de esta última no se limita, sin embargo, a las leyes, sino que el Tribunal Constitucional lo extiende expresamente a «una norma con rango de ley». En la STC 187/1991, de 3 de octubre, el Tribunal apunta (40):

«... no podría dejar de llevar a la concesión del amparo por el hecho de que su fallo fuese *mera aplicación de lo dispuesto en una norma de rango de ley, eventualidad expresamente prevista en el artículo 55.2 de la LOTC.* Es posible, por el contrario, que en el recurso de amparo se llegue a discutir la conformidad con la Constitución del *precepto o preceptos legales* cuya aplicación haya causado la lesión que motiva la queja de la recurrente...» (FJ 1; la cursiva es nuestra).

(40) En el mismo sentido, se pueden ver las SSTC 209/1988, de 10 de noviembre; 140/1986, de 11 de noviembre; 9/1986, de 21 de enero, y el Auto 403/1982, de 22 de diciembre, entre otros. La Sentencia 99/1988, de 31 de mayo, y los Autos 1379/1987, de 9 de diciembre; 66/1981, de 17 de junio, hacen alusión, en cambio, a *normas con fuerza de ley*. En el Auto 255/1985, de 17 de abril, la referencia es a *disposiciones o actos con valor y fuerza de ley*. Adoptaremos la expresión «normas con rango de Ley», consideraremos, de acuerdo con Francisco Rubio Llorente, que «lo que caracteriza a las normas con rango o valor de ley es el hecho de ser las únicas que pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad» (FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *Revista de Administración Pública*, vol. I, núms. 101-102 [1983], pág. 421).

El listado del artículo 27.2 de la LOTC es, pues, el marco de referencia.

La Sala, en la resolución del recurso de amparo, puede declarar que una ley preconstitucional, que ha sido aplicada, no es vigente desde la entrada en vigor de la Constitución. De esta manera, es innecesario plantear la *cuestión de inconstitucionalidad* al Pleno (41). Otro supuesto en el cual tampoco se elevará una cuestión al Pleno es cuando la ley haya sido ya declarada nula en un procedimiento de inconstitucionalidad. Así, el artículo 38.1 de la LOTC (42) hace inútil la segunda resolución sobre el control de constitucionalidad del precepto legal. Un ejemplo es la STC 140/1989, de 20 de julio:

«Este precedente [la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC 113/1989] hace inútil el ulterior planteamiento de la cuestión al Pleno, conforme interesa la actora y prevé el artículo 55.2 de la LOTC, toda vez que aquélla ya ha sido resuelta» (FJ 4).

2. La resolución de la cuestión

Podríamos extraer los siguientes elementos configuradores de la STC 34/1981, de 10 de noviembre:

— El Pleno resuelve con plena jurisdicción.

— El Pleno realiza un control de constitucionalidad sobre el precepto de rango legal. El parámetro de constitucionalidad parece limitarse al contraste con los derechos fundamentales y libertades públicas mencionados en el artículo 55.2 de la LOTC.

(41) En la STC 22/1985, de 15 de febrero, encontramos la siguiente mención: «Tratándose de una norma preconstitucional, estamos facultados, como el resto de los órganos judiciales, para considerar derogado dicho precepto, lo que hace innecesario acudir al procedimiento previsto en el artículo 55.2 de nuestra Ley Orgánica» (FJ 5). Esta fórmula será recogida por la STC 90/1991, de 25 de abril. En un mismo sentido, encontramos también las SSTC 10/1983, de 21 de febrero (FJ 5); 16/1983, de 10 de marzo; 28/1983, de 21 de abril; 29/1983, de 26 de abril; 30/1983, de 26 de abril; 93/1984, de 16 de octubre (FJ 5); 75/1985, de 21 de junio; 138/1989, de 20 de julio; 186/1989, de 13 de noviembre, y 207/1990, de 17 de diciembre. No es ésta, en cambio, la posición mantenida en la STC 34/1981, de 10 de noviembre. Se declara en ésta la *inconstitucionalidad sobrevenida* del artículo 28.2, última parte, del Texto Refundido de la Ley de Derechos Pasivos de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, relativo a la jubilación por incapacidad permanente.

(42) Artículo 38 LOTC: «Las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.»

a) *El pleno resuelve con plena jurisdicción.* Cuando el Tribunal Constitucional se ve obligado a manifestar que el Pleno resuelve sobre la constitucionalidad del precepto legal con plena jurisdicción es que existe una interpretación contraria con suficiente fundamento. La duda puede venir de la configuración del recurso de amparo específico en el mecanismo del artículo 55.2 de la LOTC, como un proceso en el cual se realiza un control de constitucionalidad, si bien con carácter instrumental. Podemos afirmar que la cuestión sucesiva es un segundo control de constitucionalidad, no condicionado por el primero, y con unos efectos diferentes.

b) *El Pleno realiza un control de constitucionalidad sobre el precepto legal.* Una vez identificada la norma por la resolución de elevación, controlada la identificación al tramitarse la admisión de la misma, quedaría ahora controlar la constitucionalidad del precepto legal. En la importante STC 41/1981, de 18 de diciembre, se configura el parámetro de constitucionalidad del procedimiento de autocuestión:

«... puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 al 30 de la Constitución...» (FJ 1).

El Tribunal no ha sentido la necesidad de concretar el alcance de la expresión «derechos fundamentales o libertades públicas» del artículo 55.2 de la LOTC, dado que existe reiterada jurisprudencia sobre el parámetro material de constitucionalidad utilizado en la resolución de un recurso de amparo. Volvemos a encontrar claramente el planteamiento global sobre el procedimiento de autocuestión: no se trata de un procedimiento especial que requiera una jurisprudencia que acote la legitimación, pretensiones, objeto y procedimiento del mismo, sino que deben únicamente encajarse los efectos de la *conexión* entre dos procedimientos ya delimitados como son el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad. Entender la cuestión sucesiva como una cuestión de inconstitucionalidad especial dentro de la vía del recurso de amparo lleva a limitar el control de constitucionalidad en la resolución de la cuestión a lo que es propiamente el marco referencial en el recurso de amparo: los derechos fundamentales o libertades públicas (artículos 161.1.b y 53.2 de la Constitución).

Así, en la Sentencia 29/1987, de 6 de marzo, se dice:

«[El] artículo 55.2 [de la LOTC] permite declarar la inconstitucionalidad de aquella ley que lesione *derechos fundamentales o libertades públicas*, todo ello

a través de un *recurso de amparo* en que así se estime y tras elevar la cuestión al Pleno del Tribunal» (FJ 5).

Parece que la acotación material de derechos fundamentales y libertades públicas se impone por el artículo 55.2 de la LOTC, como excepción a la regla general del artículo 39 de la LOTC. La conexión opera, de alguna manera, como una traslación, obviamente en sentido impropio, de la acotación material del proceso de amparo a la cuestión sucesiva. Dentro de este campo material puede operar el artículo 39 de la LOTC, pero no fuera de él. En la presente STC 18/1994 parece extenderse el control de constitucionalidad más allá, ya que se afirma que el «[e]xamen de inconstitucionalidad [...] ha de llevarse a cabo no sólo desde la perspectiva del derecho fundamental vulnerado en el presente recurso de amparo (artículo 24.1 CE), sino también en relación con el carácter subsidiario de este recurso (artículo 53.2 CE) y desde la perspectiva del control de la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de la misma a los fines que la justifican (artículo 106.1 CE) (FJ 7 y último).

V. CONCLUSIONES

El artículo 55.2 de la LOTC configura un procedimiento sucesivo con una resolución de elevación y un segundo pronunciamiento de efectos generales. La cuestión sucesiva es, pues, un proceso de inconstitucionalidad por infracción de derechos fundamentales, de necesario planteamiento y condicionado al otorgamiento del amparo sobre un acto de aplicación del precepto legal. Y ello también en el supuesto de avocación del recurso de amparo por el Pleno. Ahora bien, incluso cuando es la Sala la que resuelve el amparo previo a la elevación, se realiza un control de inconstitucionalidad instrumental en el propio recurso de amparo. Ello conlleva una carga de incidentalidad evidente por mucho que no aparezca formalmente en la decisión. De esta manera, el Tribunal estaría resolviendo de manera parecida a la que defiende el magistrado en su voto particular: primero se decide sobre la constitucionalidad del precepto legal antes que resolver el amparo. Por ello, la propuesta del magistrado Rafael de Mendiábal, en su voto particular a la STC 18/1994, pudiera tener menos importancia práctica de la que parece. Cabe pensar, de todas maneras, en los posibles problemas que pudieran acaecer en supuestos en los cuales la sentencia del control sucesivo de constitucionalidad difiera del control de constitucionalidad instrumental previamente realizado. Más fácil, aunque no menos problemático, puede ser que se demore en demasía la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley.

Quisiera finalizar con otra reflexión al hilo de la presente sentencia. Si, como se ha visto, se conviene en que la «autocuestión» es un procedimiento automático o preceptivo, dados unos requisitos, debería haber muchos más supuestos de elevación. Cabe hablar por ello de que la «autocuestión» ha sido infrutilizada. Podemos avanzar algunas hipótesis de elementos de corrección:

— En primer lugar, la posibilidad de decidir en el mismo recurso de amparo sobre la derogación de leyes preconstitucionales, haciendo innecesaria la elevación.

— El Tribunal dispone, además, de la introducción de un criterio cualitativo en la relación de aplicación entre el objeto de los dos procesos (relación de «inescindibilidad»). No ha sido necesario desarrollar este criterio, pues se dispone de un instrumento mucho más útil y sencillo.

En efecto, la Sala puede no elevar la cuestión al decidir que existe una interpretación de la ley que está de acuerdo con la Constitución. De esta manera, se hace innecesaria la elevación de la cuestión.