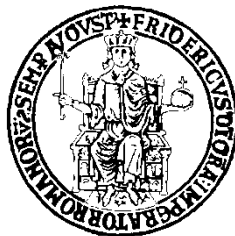


UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
E TUTELA DELLE SITUAZIONI SOGGETTIVE**

TESI DI DOTTORATO

**PROFILI DELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN
SPAGNA**

Tutor:
Chiar.mo Prof. Sandro Staiano

Candidata:
Antonia Abbatiello

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Massimo Iovane

Anno Accademico 2015-2016

INDICE

INTRODUZIONE	4
INTRODUCCIÓN	8
CAPITOLO I	14
NOZIONI PRELIMINARI IN TEMA DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE IN SPAGNA	14
LE RAGIONI DELLO STUDIO.....	14
DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE.....	30
VIE D'ACCESSO E LIVELLI DI TUTELA COSTITUZIONALE: QUALE RAPPORTO?	35
CAPITOLO II	51
LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E LIBERTÀ PUBBLICHE: IL RECURSO DE AMPARO ...	51
LE ORIGINI DELL'ISTITUTO.....	51
LA DISCIPLINA DEL RECURSO DE AMPARO.....	61
<i>Natura giuridica</i>	66
<i>Oggetto</i>	72
<i>Legittimazione</i>	89
<i>Requisiti previ e giudizio di ammissibilità</i>	96
LA CRISI DEL SISTEMA DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI	110
IL TENTATIVO DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: LA <i>LEY ORGÁNICA 6/2007</i>	124
IL NUOVO RECURSO DE AMPARO: VERSO UNA "OGGETTIVIZZAZIONE" DELLA TUTELA COSTITUZIONALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI	137
<i>La especial trascendencia constitucional</i>	137
<i>La STC 155/2009</i>	148
<i>La Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo Arribas Anton c. España del 20 gennaio 2015</i>	157
LA RIFORMA DELL'INCIDENTE DI NULLITÀ DEGLI ATTI PROCESSUALI.....	165
L'AMPARO INDIRECTO FRENTE A LEY: LA NUOVA CUESTIÓN INTERNA DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	176
OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....	188
CAPÍTULO III	194
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES, DISPOSICIONES Y ACTOS CON FUERZA DE LEY	194
INTRODUCCIÓN.....	194
SECCIÓN PRIMERA	201
EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD	201
LA LEGITIMACIÓN	201

<i>La acción de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno</i>	206
<i>La acción de inconstitucionalidad de los órganos ejecutivos colegiados y Asambleas de las Comunidades Autónomas</i>	209
<i>La suspensión de los preceptos impugnados y la controvertida asimetría entre Estado y Comunidades Autónomas</i>	217
<i>La legitimación del Defensor del Pueblo</i>	222
<i>La acción de inconstitucionalidad de las minorías parlamentarias</i>	225
EL OBJETO DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	231
<i>Leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley</i>	235
<i>Los Reglamentos parlamentarios</i>	240
<i>Los tratados internacionales</i>	245
EL RECURSO PREVIO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	248
CONCLUSIÓN.....	256
SECCIÓN SEGUNDA.....	260
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	260
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	260
EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	267
EL JUICIO DE APLICABILIDAD Y RELEVANCIA	286
<i>La obligación de interpretar la ley conforme con la Constitución</i>	296
¿HACÍA UNA DIFUSIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD? LA CONTROVERTIDA DOCTRINA SENTADA EN LA STC 102/2016	299
CONCLUSIÓN.....	310
CAPITULO IV.....	314
I CONFLITTI COSTITUZIONALI.....	314
INTRODUZIONE	314
I CONFLITTI DI COMPETENZA	317
I CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE	329
IL CONFLITTO IN DIFESA DELL'AUTONOMIA LOCALE	342
L'IMPUGNAZIONE DI DISPOSIZIONI NORMATIVE NON LEGISLATIVE E RISOLUZIONI DELLE COMUNITÀ AUTONOME EX ART. 161.2 CE.....	358
CONCLUSIONI	372
BIBLIOGRAFIA	376

INTRODUZIONE

L'accesso costituisce uno dei punti privilegiati di osservazione delle esperienze di giustizia costituzionale. Questa variabile permette, innanzitutto, di distinguere tra loro i diversi sistemi di giustizia costituzionale, al di là delle tradizionali classificazioni in macro-modelli. Lo studio dell'accesso permette, poi, di valutare il funzionamento dei sistemi di giustizia costituzionale, il loro effettivo rendimento e, dunque, il livello di tutela costituzionale concretamente raggiunto in un dato ordinamento. L'accesso costituisce, inoltre, un importante indicatore del ruolo che gli organi di giustizia costituzionale assumono nel sistema istituzionale. Dalle scelte sull'accesso dipende, infatti, il difficile equilibrio tra diritto e politica, che ciascun organo di giustizia costituzionale è chiamato a garantire.

Sulla base di queste premesse la presente ricerca studia l'accesso alla giustizia costituzionale in un Paese, come la Spagna, che adotta un sistema non solo tra i più ampi d'Europa, ma addirittura aperto ad ulteriori soluzioni eventualmente prospettate oltre che dal costituente, anche dal legislatore organico [art. 161.1 d) CE]. Uno studio delle problematiche di accesso alla giustizia costituzionale in Spagna risulta particolarmente interessante dal momento che questo sistema costituisce un costante modello di riferimento per la dottrina italiana, soprattutto nella prospettiva di un ripensamento dell'attuale modello di giustizia costituzionale.

La ricerca analizza le problematiche di accesso affrontate in sede giurisprudenziale dal *Tribunal Constitucional* nei diversi processi costituzionali. Il lavoro si struttura in quattro Capitoli: nel primo si procede a delimitare il campo d'indagine e a definire la finalità della ricerca; nel secondo si analizzano le principali questioni relative al ricorso di *amparo* per la tutela dei diritti fondamentali e libertà pubbliche; nel terzo si studia l'accesso al controllo di costituzionalità delle leggi, sia con riguardo al ricorso diretto che alla questione incidentale; nel quarto ed ultimo capitolo si analizzano i profili

dell'accesso ai conflitti costituzionali, di competenza e di attribuzione, e alle altre impugnazioni dirette regolate dalla *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (conflitto in difesa dell'autonomia locale e impugnazione governativa di disposizioni non legislative e risoluzioni adottate dagli organi delle Comunità Autonome).

Lo studio intende offrire una panoramica d'insieme su come il *Tribunal Constitucional* ha inteso e modulato il fenomeno dell'accesso nei diversi processi costituzionali. Sulla base della giurisprudenza costituzionale si trarranno alcune considerazioni sul complessivo funzionamento del sistema di giustizia costituzionale e sul ruolo che il *Tribunal Constitucional* ha assunto nell'ordinamento spagnolo. In una tale prospettiva, l'analisi dell'esperienza spagnola permetterà di dimostrare che un sistema di accesso particolarmente ampio non necessariamente assicura un maggior livello di tutela costituzionale. Al contrario, rischia di compromettere il complessivo sistema delle garanzie giurisdizionali.

Al riguardo, risulta emblematico che la proliferazione dei canali di partecipazione al giudice costituzionale ha portato in Spagna ad una grave crisi funzionale del sistema. Il *Tribunal Constitucional* non è stato, infatti, in grado di gestire l'enorme carico di lavoro, provocando ritardi, anche eccessivi, nei tempi della giustizia costituzionale; ritardi che rischiano di compromettere non solo la supremazia normativa della Costituzione, ma anche l'effettività della tutela giurisdizionale ordinaria.

Le regole di accesso in materia di ricorso di *amparo* hanno costituito la ragione principale della crisi funzionale che ha investito il *Tribunal Constitucional* e che non pare essere stata risolta definitivamente con la riforma della *Ley Orgánica* del 2007. In altri casi – come, ad esempio, nei conflitti di attribuzione e nel conflitto in difesa dell'autonomia locale – la disciplina dell'accesso ha, invece, rappresentato un ostacolo alla tutela costituzionale di specifiche situazioni, come quelle derivate dalla distribuzione del potere.

La crisi funzionale della giustizia costituzionale in Spagna è stata di una tale portata da pregiudicare anche la legittimazione del *Tribunal Constitucional* come supremo interprete e garante della Costituzione.

Il sistema di accesso alla giustizia costituzionale ha, inoltre, condizionato in maniera evidente le relazioni del *Tribunal Constitucional* con i tradizionali poteri dello Stato. La possibilità, ad esempio, di annullare in *amparo* le decisioni degli organi giudiziari ha generato non pochi contrasti con il potere giudiziario sull'interpretazione dei diritti fondamentali. La previsione, poi, di un controllo preventivo sui progetti degli Statuti di Autonomia, e sulle proposte di riforma degli stessi, rischia di trasformare l'organo di giustizia costituzionale in un co-legislatore e di condizionare la dialettica politica in un ambito strettamente connesso alla forma di Stato. Tuttavia, il ricorso previo non è l'unico strumento di giustizia costituzionale che espone il *Tribunal Constitucional* sul piano delle relazioni politiche. In un sistema ad elevata conflittualità verticale, dovuta alla peculiare configurazione dello Stato come Stato delle Autonomie, non è infrequente che l'organo di giustizia costituzionale venga trascinato nel dibattito politico, soprattutto quando si tratta di definire il complesso ed ambiguo sistema costituzionale di riparto delle competenze tra Stato e Comunità Autonome. Il ricorso di incostituzionalità, i conflitti di competenza e l'impugnazione di disposizioni non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome sono processi che in Spagna assumono un'elevata carica politica. La disciplina dell'accesso costituisce, al riguardo, un fattore determinante. Il riconoscimento, ad esempio, alle minoranze parlamentari della legittimazione a promuovere un ricorso di incostituzionalità sposta, inevitabilmente, la dialettica politica in sede di giurisdizione costituzionale, pur quando non assuma un fondamento giuridico-costituzionale. Ciò rende difficile che il *Tribunal Constitucional* non entri in questioni che non presentano alcuna connessione con le norme costituzionali. Inoltre, il riconoscimento allo Stato del potere di invocare in ogni caso la sospensione automatica degli atti impugnati condiziona il ruolo svolto dal *Tribunal*

Constitucional, dal momento che la decisione sulla ratifica o revoca della sospensione risulta determinate al fine di non compromettere l'efficacia degli atti normativi prima che si concluda il giudizio costituzionale.

Alle disfunzioni del sistema di giustizia costituzionale il legislatore organico ha cercato di porre rimedio mediante una serie di riforme legislative destinate principalmente a rivedere il sistema di accesso. Tuttavia, l'esperienza dimostra che, nonostante i tentativi di razionalizzazione, la giustizia costituzionale in Spagna continua a subire, sia pure in misura ridotta, gli effetti di un sistema di accesso particolarmente ampio.

In Italia, dove il sistema di accesso è articolato principalmente sulla regola dell'accesso incidentale, non sono mancate proposte in favore di un ampliamento dei canali di partecipazione alla giustizia costituzionale. Nessuna di queste, però, si è mai tradotta in riforme legislative del sistema. Pertanto, in presenza di specifiche esigenze, è stata la Corte costituzionale ad ampliare in sede giurisprudenziale l'accesso alla giustizia costituzionale – si veda, ad esempio, quanto è accaduto in relazione al controllo delle leggi elettorali politiche e alla legittimazione nel conflitto di attribuzione. Questa circostanza, se da un lato evidenzia lo squilibrio esistente nelle relazioni istituzionali, a causa del ruolo forte assunto dalla Corte sul piano della forma di governo; dall'altro, dimostra l'esigenza di rivedere le regole di accesso, sia pure solo in determinate situazioni, essendosi in generale garantito un buon livello di tutela costituzionale.

In questa prospettiva uno studio dell'accesso alla giustizia costituzionale in Spagna risulta particolarmente interessante per comprendere i possibili effetti che taluni strumenti di giustizia costituzionale sarebbero in grado di produrre sul complessivo sistema delle garanzie giurisdizionali.

INTRODUCCIÓN

El acceso constituye uno de los puntos de observación más relevantes de las experiencias de justicia constitucional. Dicha variable permite, en primer lugar, de distinguir entre ellos los diferentes sistemas de justicia constitucional, más allá de las tradicionales tipificaciones en macro-modelos. Un estudio sobre el acceso permite, además, de evaluar el concreto funcionamiento de los sistemas de justicia constitucional, es decir, el nivel de tutela constitucional efectivamente conseguido. Asimismo, el acceso constituye un importante indicador del papel que los órganos de justicia constitucional adquieren en el sistema institucional. Tanto es así, que de las soluciones en materia de acceso depende el difícil equilibrio entre derecho y política; equilibrio que todo órgano de justicia constitucional ha de garantizar.

Con base en estas premisas la presente investigación estudia el acceso a la justicia constitucional en un País, como es España, que adopta un sistema de acceso no solo entre los más amplios de Europa, sino que este es también abierto a las futuras elecciones tanto del constituyente como del legislador orgánico [art. 161.1 d CE].

Un estudio de las problemáticas de acceso a la justicia constitucional en España resulta particularmente interesante por el debate en torno al estado de la justicia constitucional en Italia, pues el sistema español representa un constante modelo de referencia por la doctrina italiana, sobre todo en una perspectiva de reforma del actual sistema de justicia constitucional.

La investigación examina las problemáticas de acceso a las que se ha enfrentado en sede jurisprudencial el Tribunal Constitucional. El trabajo se estructura en cuatro Capítulos: en el primero se define el objeto y las finalidades de la investigación; en el segundo se analizan las principales cuestiones de acceso relativas al recurso de amparo para la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas; en el tercero se estudia el acceso al control de constitucionalidad de las leyes, tanto en lo relativo al recurso como

en lo relativo a la cuestión de inconstitucionalidad; en el cuarto y último capítulo se analizan las problemáticas de acceso a los conflictos constitucionales, de competencia y de atribuciones, y a las demás impugnaciones constitucionales reguladas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (conflicto en defensa de la autonomía local e impugnación de disposiciones no legislativas y resoluciones de las Comunidades Autónomas).

El estudio quiere ofrecer un panorámico general sobre como el Tribunal Constitucional ha entendido el acceso en los diferentes procesos constitucionales.

A la luz de la jurisprudencia constitucional será posible hacer unas consideraciones sobre el funcionamiento del sistema de justicia constitucional y el papel desarrollado por el Tribunal Constitucional en el ordenamiento español. En esta perspectiva, el estudio de la experiencia española permitirá demostrar que un sistema de acceso particularmente amplio no garantiza necesariamente un mayor nivel de tutela constitucional. Por el contrario, este puede comprometer el global sistema de garantías jurisdiccionales.

Al respecto, resulta emblemático que la proliferación de los canales de participación al Juez constitucional ha conllevado en España una grave crisis funcional del sistema. Es notorio que el Tribunal Constitucional no ha podido manejar la enorme carga de trabajo, provocando retrasos, incluso excesivos, en los tiempos de justicia constitucional; retrasos que arriesgan de comprometer no solo la supremacía normativa de la Constitución, sino también la efectividad de la tutela jurisdiccional ordinaria.

Las reglas en materia de acceso al recurso de amparo han representado la razón principal de la crisis funcional con la que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional, y que no parece que se haya solucionado definitivamente con la reforma de la Ley Orgánica del 2007. En otros supuestos – como, por ejemplo, en los conflictos de atribuciones y en el conflicto en defensa de la autonomía local – la disciplina del acceso ha representado, por el contrario, un obstáculo a

la tutela constitucional de determinadas situaciones, como las que derivan de la distribución del poder.

La crisis funcional de la justicia constitucional en España ha sido de una tal portada de prejuzgar la legitimación del propio Tribunal Constitucional como supremo intérprete y garante de la Constitución.

Además, el sistema de acceso a la justicia constitucional ha condicionado en manera evidente las relaciones entre el Tribunal Constitucional y los tradicionales poderes del estado. La posibilidad, por ejemplo, de anular en amparo las decisiones de los órganos judiciales ha generado no pocos conflictos con el Poder Judicial sobre la interpretación de los derechos fundamentales. Asimismo, la previsión de un control previo de constitucionalidad de los proyectos de Estatutos de Autonomía, y de sus propuestas de reforma, condiciona expone el órgano de justicia constitucional, transformándolo en un colegislador, y condiciona la dialéctica política en un ámbito estrictamente conectado con la forma de Estado. Sin embargo, el recurso previo no es la única herramienta de justicia constitucional que expone el Tribunal Constitucional en el marco de las relaciones políticas. En un sistema con elevada conflictividad vertical, debido a la peculiar configuración del Estado como Estado Autónomico, no es infrecuente que el órgano de justicia constitucional venga arrastrado en el debate político, sobre todo cuando se trata de definir el complejo y ambiguo sistema constitucional de reparto de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. El recurso de inconstitucionalidad, los conflictos de competencia y la impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas son procesos que adquieren en España una elevada carga política. La disciplina del acceso constituye, al respecto, un factor determinante. El reconocimiento, por ejemplo, a las minorías parlamentarias de la legitimación a promover un recurso de inconstitucionalidad traslada el debate político en sede de jurisdicción constitucional, aun cuando este no tenga ningún fundamento jurídico-constitucional. Esto hace muy difícil que el Tribunal Constitucional no entre en cuestiones que no presenten ninguna relación con las normas

constitucionales. Asimismo, el reconocimiento al Estado del poder de invocar en todo caso la suspensión automática de los actos impugnados condiciona el papel desarrollado por el Tribunal Constitucional, pues su decisión sobre el levantamiento o mantenimiento de la suspensión resulta determinante para no comprometer la eficacia de los actos normativos antes que se concluya el juicio constitucional.

En relación con todo lo anterior, cabe subrayar que el legislador orgánico ha intentado reaccionar a las disfunciones del sistema de justicia constitucional a través de diversas reformas legislativas, finalizadas principalmente a revisar las soluciones de acceso. Sin embargo, a pesar de los intentos de racionalización, la experiencia demuestra que la justicia constitucional en España sigue subiendo, aunque en medida reducida, los efectos de un sistema de acceso particularmente amplio.

En Italia, donde el sistema de acceso está articulado principalmente sobre la regla del acceso incidental, no han faltado propuestas de reforma en favor de una ampliación de los canales de participación a la justicia constitucional. Sin embargo, ninguna de ellas ha llegado a traducirse en reformas legislativas. Por ello, frente a específicas exigencias, ha sido la Corte constitucional a ampliar, en sede jurisprudencial, el acceso a la justicia constitucional – se vea, por ejemplo, lo ocurrido en relación con el control de las leyes electorales y en lo relativo a la legitimación al conflicto de atribución.

Esta circunstancia, si por un lado pone de manifiesto el evidente desequilibrio en el complejo de las relaciones institucionales, debido al papel fuerte asumido por la Corte constitucional en el marco de la forma de gobierno; por el otro, pone la cuestión de una eventual revisión de las reglas de acceso, aunque solo en relación con determinados supuestos, ya que en general la Corte ha podido garantizar un buen nivel de tutela constitucional.

En esta perspectiva, un estudio sobre el acceso a la justicia constitucional en España ayuda a comprender los posibles efectos que determinados medios de

justicia constitucional pueden producir sobre el conjunto de las garantías jurisdiccionales.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il *Tribunal Constitucional de España* per avermi dato l'inestimabile opportunità di vivere un'esperienza di formazione nel servizio di dottrina costituzionale. Per più di un anno ho potuto lavorare a questa Tesi avendo acceso diretto al materiale giurisprudenziale e dottrinale, reperibile nella base di dati e nella preziosa biblioteca del Tribunale costituzionale. Grazie a questa esperienza ho potuto orientarmi con scioltezza nello studio del fenomeno dell'accesso alla giustizia costituzionale in Spagna.

A lavoro ultimato non posso non ringraziare in particolare il responsabile del servizio di dottrina, per essere stato una guida costante, per il continuo stimolo allo studio del Diritto e alla ricerca, per i preziosi suggerimenti e i tanti insegnamenti che mi ha trasmesso durante il soggiorno nel Tribunale. Un grazie ai funzionari del Tribunale, per essere stati per me una seconda famiglia. Un grazie infinito va agli amici dell'undicesima e dodicesima promozione di borsisti, per aver condiviso con me il lavoro di questa ricerca e, in generale, lo studio del Diritto.

Il grazie più grande va, però, a mio marito e a tutta la mia famiglia, per avermi sostenuta sempre in questo percorso di formazione, condividendo con me gioie e difficoltà. A loro, che sono stati la mia forza, dedico questo lavoro.

CAPITOLO I

Nozioni preliminari in tema di accesso alla giustizia costituzionale in Spagna

Le ragioni dello studio

Nel dibattito sull'accesso alla giustizia costituzionale l'esperienza spagnola costituisce un interessante caso di studio dal momento che rappresenta un esempio di massima estensione dei canali di partecipazione al giudice costituzionale. La presente ricerca si propone di analizzare l'esperienza spagnola di giustizia costituzionale per trarre alcune considerazioni sul rapporto tra il sistema di accesso al giudice costituzionale e il livello di tutela concretamente raggiunto.

L'analisi delle regole e della giurisprudenza in tema d'accesso alla giustizia costituzionale impone, in primo luogo, una ricostruzione del sistema oggetto di studio. Una volta inquadrato il sistema di giustizia costituzionale spagnolo sarà altrettanto necessario delimitare il tema della ricerca, in ragione del carattere evidentemente pluralistico del concetto di accesso.

La giustizia costituzionale in Spagna, come nel resto d'Europa, è un'istituzione recente considerato che si svilupperà in via eccezionale a partire dagli inizi del XX secolo, per consolidarsi solo con le democrazie del secondo dopoguerra. Solo con la transizione dello Stato di diritto in uno Stato costituzionale e democratico di diritto, infatti, si accoglierà in Europa il concetto nordamericano di Costituzione come norma fondamentale superiore¹ e si avvertirà l'esigenza

¹ La concezione della Costituzione come corpo di diritto superiore e vincolante per qualsiasi dei poteri costituiti, e in particolare per il legislativo, sarà elaborata già alla fine del '700 da Alexander Hamilton in uno dei suoi articoli pubblicati su *The Federalist*. In una recente versione di HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The view of the Constitution of Judiciary Department, in relation to the tenure of the good behaviour*, in *The Federalist*, n. LXXVIII. Oxford 2005, 411 ss. Si legge «una Costituzione è di fatto una legge fondamentale e così deve essere considerata dai

“irrinunciabile” di strumenti di garanzia costituzionale contro il rischio di una possibile deriva autoritaria del potere².

Negli Stati Uniti, il riconoscimento della giuridicità della Costituzione e, conseguentemente, della sua superiorità rispetto alle altre norme dell'ordinamento condurrà, già a partire dalla storica Sentenza *Marbury v. Madison* del 1803, alla affermazione di un controllo giurisdizionale

giudici. Ad essi spetta, pertanto, determinarne il significato, così come per qualunque legge che provenga dal corpo legislativo. E se c'è discrepanza tra la Costituzione e una legge, deve preferirsi, come è naturale, quella che possiede una forza e validità superiore; in altre parole, deve preferirsi la Costituzione alla legge ordinaria, la intenzione del popolo alla intenzione dei suoi mandatari. Pertanto, nessun atto legislativo contrario alla Costituzione può essere valido. Negare questo significherebbe affermare che il mandatario è superiore al mandante, che il servitore è più del suo padrone, che i rappresentanti del popolo sono superiori al popolo stesso e che gli uomini che operano in virtù di determinati poteri possono fare non solo ciò che questi non permettono, ma anche ciò che proibiscono».

² Come spiega STAIANO S., *Introduzione al volume Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionali. Italia, Francia e Spagna*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, Napoli 2012, 14 «si tratta di una acquisizione culturale forte che condurrà ad istituire un giudice come custode e a individuare la funzione giudiziale come strumento, non di garanzia della legge, che è voluta dal potere politico-legislativo, ma dei diritti riconosciuti nelle nuove Costituzioni». Si veda anche PEREZ ROYO J., *Curso de derecho Constitucional*, Madrid 1999, secondo cui «*El Tribunal constitucional europeo es un órgano artificial inventado por el constituyente democrático del siglo XX para completar la división tripartita clásica de poderes ante la insuficiencia de esta última para controlar el ejercicio del poder del Estado y evitar su desnaturalización autoritaria. Se trata, pues, de un producto de la falta de respecto a la Constitución por los poderes clásicos del Estado [...] los constituyentes democráticos de los países en los que ha ocurrido esto último han tenido que hacer de la necesidad virtud... En esto, en última instancia, es en lo que consiste el Tribunal Constitucional*». Sulla evoluzione della giustizia costituzionale in Europa e nel mondo si veda GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Pamplona 2006, 45 ss.; ID., *La Constitución como norma jurídica*, in PREDIERI A., GARCÍA DE ENTERRÍA E. (a cura di), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1981, 95 ss.; CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1979; CELOTTO A., *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, Relazione al Seminario VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, 2003; ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, Madrid 2013, 167 ss.; RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 5 ss.; FERNANDEZ RODRIGUEZ J. J., *la justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid 2002.

dicostituzionalità delle leggi, il cd. *Judicial Review*³, che consente a qualunque giudice di disapplicare, nel caso concreto, norme legislative contrarie alla Costituzione. Questo sistema di controllo si affermerà come modelli di giustizia costituzionale articolato secondo un sindacato diffuso e incidentale, che responsabilizza e valorizza il giudice comune come giudice della costituzionalità delle leggi.

Se negli Stati Uniti un controllo di costituzionalità delle leggi si affermava già ai primi dell'Ottocento, il percorso che porterà in Europa alla affermazione della giustizia costituzionale sarà più tardivo, oltre che più articolato⁴. La tesi che la Costituzione sia una norma di valore, superiore ad ogni altra, e in particolare a quelle del legislativo che, proprio nella Norma fondamentale incontra i limiti al suo potere, fatica ad imporsi sui dogmi consolidati della sovranità parlamentare e della onnipotenza della legge⁵; ciò che impedirà la diffusione di meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi fino alle moderne democrazie⁶.

³ La Sentenza motiva con la seguente argomentazione: «E' una proposizione troppo chiara per essere contestata, quella secondo la quale la Costituzione controlla qualsiasi atto legislativo contrastante con essa oppure quella secondo la quale il potere legislativo può modificare la Costituzione con legge ordinaria. Tra queste alternative, non c'è alcuna via di mezzo. O la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie, oppure ha il rango di legge ordinaria, e come gli altri atti, può essere modificata quando il potere legislativo lo decida. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua stessa natura non limitabile».

⁴ Sulle origini della giustizia costituzionale in Europa CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., 137 ss.; ID., *La Constitución como norma jurídica*, cit. 71 ss.

⁶ Esiste una innegabile relazione negativa tra giustizia costituzionale e tradizione democratica perché come avvertiva già nel 1988 PEREZ ROYO J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid 1988, 39 ss. «*la Justicia constitucional no es, pues, en sus orígenes un indicador de buena salud democrática, sino de todo lo contrario*»; e, pertanto, «*la institución es pensada, pues, desde sus orígenes como instrumento de defensa frente a la opresión, como un instrumento de protección de las minorías, de defensa del pacto constituyente frente a posibles interpretaciones*

Una teoria sulla giustizia costituzionale in Europa sarà elaborata, all'inizio del XX secolo, da Hans Kelsen che, in rottura con il modello americano di giustizia costituzionale diffusa, proponeva di sottrarre ai giudici comuni il controllo di costituzionalità delle leggi per affidarlo ad una nuova istituzione, un giudice costituzionale appunto, configurato come nuovo organo costituzionale separato dal Potere giudiziario. Il modello proposto da Kelsen operava addirittura una rigida separazione tra giurisdizione costituzionale, abilitata all'applicazione giudiziale della Costituzione, e giurisdizione comune, abilitata invece

mayoritarias futuras poco respetuosas del mismo». Negli stessi termini CAPPELLETTI M., *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17/1986, 16 «*Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante, puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia constitucional en su forma de gobierno*». Cfr. anche RUBIO LLORENTE F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 35/1992, 12, secondo cui «*vista esta manifiesta correlación negativa entre estabilidad democrática y jurisdicción constitucional, produce cierta perplejidad la frecuente afirmación de que la jurisdicción constitucional es la coronación del estado de Derecho o su perfeccionamiento*»; GARCÍA PELAYO M., *El status del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1/1981, 11 ss. Ma, anche al momento della sua istituzione, il rapporto giustizia costituzionale-democrazia sarà avvertito come qualcosa di problematico. La perenne tensione tra giustizia costituzionale e democrazia è dovuta sostanzialmente al *deficit* di legittimazione democratica che caratterizza gli organi di giustizia costituzionale e che rende difficilmente compatibile con lo Stato costituzional-democratico il riconoscimento ad organi privi di legittimazione diretta, e i cui membri risultano esenti da qualsiasi responsabilità politica e giuridica, del potere di controllare ed annullare gli atti del legislativo, ovvero della massima espressione della sovranità popolare. Il problema sarà in parte risolto sia ponendo limiti al mandato dei giudici costituzionali, sia sottraendo agli organi di giustizia costituzionale il potere di iniziativa, giacché un controllo di costituzionalità è attivabile solo su istanza di soggetti espressamente autorizzati. CAPPELLETTI M., *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, cit., 39 sottolinea anche la natura altamente partecipativa dei procedimenti costituzionali e il continuo contatto dei giudici costituzionali con i problema reali, le necessità e aspirazioni della società. Si veda sullo stesso tema anche CAPPELLETTI M., *El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado*, in *Revista de estudios políticos*, n. 13/1980; PEREZ ROYO J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, cit., 18 ss.; Id., *La reforma de la Constitución*, Madrid 1987 71 ss.; GARRORENA MORALES Á., *El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91/2011, 31 ss.

all'applicazione giudiziale delle leggi⁷. Si va delineando un nuovo modello di giustizia costituzionale che accoglie un sindacato di tipo accentrato ed un accesso diretto ed astratto al giudice costituzionale non prevedendosi alcuna possibilità di intermediazione dei giudici comuni. L'opzione proposta da Kelsen di un controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi troverà un fervido oppositore in Carl Schmitt, promotore di un controllo di costituzionalità, pur sempre accentrato, ma di tipo politico e non giurisdizionale⁸. Nonostante, questo dibattito su chi dovesse essere il titolare della funzione di controllo della costituzionalità delle leggi emerge con una certa evidenza un comune orientamento favorevole a sottrarre ai giudici comuni la giustizia costituzionale per affidarla ad un organo diverso, giurisdizionale o politico che sia, che lo eserciti in esclusiva. Si va teorizzando un diverso modello di giustizia costituzionale di tipo accentrato, contrapposto a quello diffuso proprio del costituzionalismo americano.

Le prime esperienze di giustizia costituzionale in Europa risalgono al primo dopoguerra quando Austria e Cecoslovacchia (1920) e, successivamente, Spagna (1931), accogliendo e al tempo stesso rielaborando le teorie kelseniane, sperimentarono per la prima volta l'istituzione di un Tribunale costituzionale⁹.

⁷ Sull'originaria configurazione del modello proposto da Kelsen, GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma*, cit. 137 ss.; ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit. 281 ss.; SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 17/2013, 329 ss.

⁸ Si vedano le versioni italiane di KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* in AA.VV. (a cura di) *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 170 ss.; Id., *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, cit., 229 ss.; SCHMITT C., *Il custode della Costituzione*, Milano 1981.

⁹ Meccanismi di controllo della costituzionalità erano previsti già nella Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919. Per un approfondimento delle prime esperienze europee di giustizia costituzionale CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, cit.; con specifico riguardo alla esperienza spagnola GARRORENA MORALES Á., *El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, cit., 40 ss.; BASSOLSCOMA M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid 2010; ÁLVAREZ GARCÍA H., *La naturaleza política del Tribunal*

Non si tratterà, tuttavia, di una puntuale applicazione dello schema proposto da Kelsen delle due giurisdizioni separate perché l'influenza del modello nordamericano si tradurrà nella previsione di forme di accesso non solo astratte e dirette, ma anche di tipo diffuso.

L'esperienza europea del primo dopoguerra sarà, ad ogni modo, una esperienza limitata, sia per l'esiguo numero di Stati che adotterà un sistema di giustizia costituzionale, sia per la non larga durata dei primi Tribunali costituzionali¹⁰. Così, mentre il *Judicial review of legislation* diventerà un elemento centrale del sistema politico e della società americana, in Europa la giustizia costituzionale si affermerà solo a partire dal secondo dopoguerra e costituirà il risultato di opzioni politiche espressamente adottate nei processi costituenti.

Solo con il consolidamento dello Stato costituzionale e democratico di diritto si assisterà, infatti, ad una straordinaria espansione della giustizia costituzionale, e in particolare del modello accentrato di derivazione kelseniana, che diverrà una istanza irrinunciabile delle nuove democrazie europee e non solo. Ancora una volta sarà l'Austria a fare da capofila tra gli Stati europei con la restaurazione, nel 1946, di un Tribunale costituzionale (*Verfassungsgerichtsbarkeit*). Seguiranno l'Italia che, per la prima volta nella Costituzione del 1948, sperimenterà l'istituzione della Corte costituzionale e la Germania che introduce un organo di giustizia costituzionale nella Legge fondamentale di

de Garantías Constitucionales de la Segunda república española, in *Revista de Derecho Político*, n. 80/2011, 189 ss.; SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA A., *Crónica de una experiencia fallida: el Tribunal de Garantías de la II República*, in *Debate abierto*, n. 8/1992; 31 ss.; RUIZ LAPEÑA R. M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcellona 1982.

¹⁰ Il Tribunale austriaco scomparirà a seguito della incorporazione dei territori alla Germania, mentre il *Tribunal de Garantías Constitucionales* spagnolo smetterà di funzionare nel 1934 a seguito dello scoppio della guerra civile. L'affermazione dei regimi autoritari, fascista e nazista, in Italia e Germania costituirà il principale ostacolo della affermazione di un sistema di garanzie costituzionali. Per una ricostruzione storica dell'esperienza europea si veda ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit., 274 ss.

Bonn del 1949 (*Bundesverfassungsgericht*)¹¹. A partire da queste nuove esperienze, si assisterà parallelamente ai processi di transizione democratica a quella che diversi studiosi hanno qualificato come “universalizzazione”, “globalizzazione”, della giustizia costituzionale¹².

Conformemente a questo processo evolutivo della giustizia costituzionale in Europa anche la Costituzione spagnola del 1978, forte del precedente del 1931 del *Tribunal de Garantias Constitucionales*, introduce nel nuovo sistema istituzionale un organo di giustizia costituzionale. La creazione del *Tribunal Constitucional* costituisce senza dubbi una delle novità più significative del nuovo costituzionalismo spagnolo che, insieme alla peculiare scelta di

¹¹ In Francia verrà istituito nel 1958 il *Conseil constitutionnel* che configurerà una esperienza peculiare di controllo di costituzionalità almeno fino alla riforma del 2008 che affiancherà al controllo preventivo delle leggi anche quello successivo-repressivo. A partire dagli anni Sessanta, sistemi di giustizia costituzionale saranno creati a Cipro (1960), in Turchia (1961) e in Jugoslavia (1963), dove la giustizia costituzionale sarà mantenuta anche dopo la dissoluzione dello Stato. Dopo la fine delle dittature e la proclamazione di nuove Costituzioni, si introdurranno organi di giustizia costituzionale in Grecia (1975), Portogallo e Spagna (1978). In Belgio la Cour d'Arbitrage fu istituita nel 1980, ma solo nel 2007 ha cambiato la sua denominazione in Corte costituzionale. In Europa centro-orientale, la giustizia costituzionale verrà introdotta dapprima in Polonia (1982) e Ungheria (1989) e, dopo la caduta del muro di Berlino, in Russia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Romania, Slovenia, Croazia, Albania, Moldavia, Lettonia ed Estonia.

¹² Come in America, anche in Europa la giustizia costituzionale si svilupperà con maggiore facilità in Stati territorialmente composti. Non è un caso, infatti, che le prime esperienze di giustizia costituzionale si siano sviluppate in ordinamenti federali (Austria e Germania) e regionali (Italia). Sul rapporto tra giustizia costituzionale e federalismo ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit., 303 ss.; con specifico riguardo all'ordinamento spagnolo ROURA GÓMEZ S. A., *Federalismo y justicia constitucional en la constitución española de 1978: el Tribunal Constitucional y las comunidades autónomas*, Madrid 2003.

decentramento territoriale del potere (cd. Stato delle Autonomie)¹³, marca la rottura ideologica con il regime dittatoriale franchista¹⁴.

Nel dibattito costituente emerse un ampio consenso tra tutti i gruppi parlamentari, eccetto quello comunista, sulla necessità di istituire un controllo di costituzionalità delle leggi, e sull'opportunità di affidare la funzione di garanzia della rigidità della Costituzione ad un organo *ad hoc*, titolare di una autentica funzione giurisdizionale, pur sedistaccato dal Potere giudiziario¹⁵.

Non esistendo, però, nel diritto spagnolo una esperienza storica rilevante del controllo di costituzionalità, oltre quellanon esaltante del *Tribunal de Garantias Constitucionales*, i costituenti guardarono alle esperienze di diritto comparato e, in particolare, ai sistemi italiano e tedesco¹⁶.

¹³ Sul cd. Stato autonomico, ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit., 819 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *El sistema autonómico español: formación y balance*, in *Revista Valenciana d'Estudis Autonomics*, n. 39/2003, 136 ss.; BALAGUER CALLEJÓN F., *La constitucionalización del Estado Autonomico*, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9/1997, 129 ss.

¹⁴ La Costituzione del 1978 mantiene, infatti, una chiara linea di continuità istituzionale con la storia costituzionale spagnola che si evince in molti aspetti: monarchia, sistema parlamentare bicamerale, Potere giudiziario unico, Consiglio di Stato consultivo; laddove i maggiori cambi del nuovo costituzionalismo sono rappresentati proprio dalla opzione di decentramento territoriale del potere, cd. Stato autonomico, e dalla creazione di un *Tribunal constitucional*. Si veda PEREZ TREMPS P., *Sistema de justicia constitucional*, Pamplona 2010, 19 ss.

¹⁵ Il generale consenso verso la creazione di una giurisdizione costituzionale, in Spagna, è dimostrato anche dalla immediata istituzione e messa in funzionamento del *Tribunal Constitucional*. Le disposizioni del Titolo IX della Costituzione che getta le basi del nuovo sistema di giustizia costituzionale troveranno, infatti, attuazione già nel 1979 con la approvazione della Legge Organica 2/1979, del 3 Ottobre, del *Tribunal Constitucional*. A tal punto, eletti dieci dei dodici Magistrati integranti il Tribunale, l'organo di giustizia costituzionale inizierà a funzionare emettendo le prime sue prime decisioni già nel 1980. In altri ordinamenti il processo di istituzione del sistema di giustizia costituzionale non è risultato così pacifico. In Italia, ad esempio, la scelta in favore di una Corte costituzionale fu caratterizzata da una forte diffidenza manifestata tanto in Assemblea costituente, quanto successivamente all'entrata in vigore della Costituzione. La Corte costituzionale italiana, infatti, inizierà a funzionare solo nel 1956.

¹⁶ Sul dibattito costituente GARRORENA MORALES Á., *El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978*, cit. 60 ss.; DONCEL LUENGO J. A., *El Modelo Español de Justicia Constitucional. Las*

I caratteri essenziali del sistema spagnolo di giustizia costituzionale, fissati nel Titolo IX della Costituzione e definiti nel dettaglio nella Legge Organica 2/1979 (LOTIC), risponderanno, dunque, fedelmente a quelli del cd. modello europeo di giustizia costituzionale nella sua versione attuale, che sperimenta una combinazione tra giurisdizione costituzionale accentrata e diffusa¹⁷. Al solo *Tribunal Constitucional*, infatti, si riconosce il cd. *monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley*, in quanto unica istituzione abilitata a dichiarare con efficacia *erga omnes* la incostituzionalità delle leggi. La esclusiva titolarità del potere di dichiarare la incostituzionalità delle norme di legge non significa, tuttavia, che il *Tribunal Constitucional* sia l'unico organo abilitato all'esercizio della giustizia costituzionale¹⁸. Certo, come risulta dall'art. 1.1 della Legge

decisiones más importantes del Tribunal Constitucional español, in *Revista Subjudece-Justicia e Sociedade*, n. 20/2001, 78. Sulla configurazione del modello spagnolo di giustizia costituzionale PEREZ TREMPES P., *Sistema de justicia constitucional*, cit.; SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Pamplona 2011, 46 ss.; ARAGÓN REYES M., RUBIO LLORENTE F., *La giurisdizione costituzionale nella costituzione spagnola del 1978*, in GARCÍA DE ENTERRÍA E., PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano 1982, 781 ss.; LÓPEZ GUERRA L., *La justicia constitucional en España*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n. 1/1997, 187 ss.; BLANCO VALDÉS R., *Il Tribunale costituzionale spagnolo: disegno giuridico e pratica politica*, in GAMBINO S. (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Milano 2012, 291 ss.

¹⁷ La combinazione sperimentata nei moderni sistemi di giustizia costituzionale europei dell'originario modello kelseniano e del modello diffuso nordamericano ha indotto diversi autori a individuare un nuovo modello, di tipo misto, distinto dai due prototipi storici, si veda, ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit., 321 ss.; PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1982, 521 ss.; MEZZETTI L., *Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 6/2010; SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos: metodología comparada y perspectiva de análisis*, in cit., 326 ss.

¹⁸ Seguendo le argomentazioni di ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, cit., 269 il concetto di giustizia costituzionale deve distinguersi da quello di giurisdizione costituzionale. Il primo si riferisce alla totalità della attività giudiziale di applicazione della Costituzione, sia essa realizzata da tribunali speciali o da tribunali ordinari, o praticata in forma accentrata o diffusa. Il secondo, invece, si identifica con un Tribunale specializzato la cui funzione sia quella di applicare la Costituzione (un Tribunale o un ordine giurisdizionale). Pertanto, la giurisdizione

Organica 2/1979 (LOTC), il *Tribunal Constitucional* è l'interprete supremo della Costituzione. Ma appunto perché “supremo”, il *Tribunal Constitucional* non è l'*unico* organo competente a dispensare giustizia costituzionale. L'applicazione giudiziale della Costituzione spetta, infatti, anche al congiunto dei giudici comuni integranti il Potere giudiziario, ma solo il *Tribunal constitucional* è competente a conoscere di determinati processi costituzionali. La partecipazione dei giudici comuni nell'esercizio della giustizia costituzionale è conseguenza della loro doppia soggezione: alla Costituzione, che sono chiamati ad osservare, e alla legge, che dovranno interpretare e applicare. Questo doppio vincolo comporta che i giudici comuni da un lato non possono applicare una legge che sia contraria alla Costituzione e, dall'altro, non possono disapplicare una legge, sia pure per ragioni di validità. Questa apparente contraddizione viene risolta nei moderni sistemi di giustizia costituzionale accentrati attraverso la previsione di forme d'accesso diffuso, in concreto la questione di incostituzionalità, attraverso cui si manifesta la partecipazione della giurisdizione comune nell'esercizio della giustizia costituzionale¹⁹.

La presenza di elementi tipici del modello europeo non esime, però, dal considerare quale sia la reale configurazione della giustizia costituzionale in Spagna. È condivisibile, infatti, la tesi secondo cui, a partire da una matrice comune²⁰, ciascun sistema di giustizia costituzionale si va sviluppando come “modello unico” vuoi per la incidenza di variabili (costituzionali e extra-

costituzionale non si caratterizza per esercitare il monopolio di applicazione della Costituzione, ma per conoscere, in esclusiva, di determinati processi costituzionali. Il concetto di giustizia costituzionale, dunque, è molto più ampio, giacché si riferisce all'attività di applicazione giudiziale della Costituzione, indipendentemente dall'organo competente ad esercitarla

¹⁹ *Idem*, 284.

²⁰ La matrice comune ed invariabile di ogni sistema di giustizia costituzionale è dato dalla presenza di un organo che esercita il controllo di costituzionalità a prescindere da se si tratta di un Tribunale *ad hoc* o dell'organo supremo della giurisdizione del Paese o di ciascun giudice appartenente al potere giudiziario.

costituzionali), vuoi per le funzioni supplementari attribuite ai Tribunali costituzionali²¹.

Anche in Spagna, pertanto, la configurazione del sistema di giustizia costituzionale sarà frutto di un'opzione politica espressamente concordata nel processo costituente e rispondente alle specifiche esigenze del nuovo ordinamento giuridico. Nella transizione democratica spagnola due erano in particolare le esigenze che mossero le scelte dei costituenti: i diritti e il decentramento territoriale. Dunque, l'esigenza di garantire al massimo grado la efficacia dei diritti e libertà costituzionali che si consideravano un "tesoro fragile" dopo la lunga esperienza dittatoriale e, quella di dirimere pacificamente le tensioni discendenti dalla nuova distribuzione territoriale del potere²².

Al *Tribunal constitucional* la Costituzione del '78 assegna, innanzitutto, la funzione tipica ed essenziale di ogni organo di giustizia costituzionale consistente nel controllo di costituzionalità delle norme con forza di legge dello Stato e delle Comunità Autonome; controllo che è possibile attivare o in via d'azione da determinati soggetti legittimati [161.1 a) CE] o mediante questione incidentale sollevata dai giudici comuni nel corso di un giudizio (163 CE). Il controllo di costituzionalità delle norme con forza di legge non esaurisce, tuttavia, la giurisdizione del *Tribunal constitucional* dal momento che ad esso si sommano altre funzioni e competenze più o meno tipiche che permettono di isolare il sistema spagnolo dal resto degli altri sistemi di giustizia costituzionale, pur appartenenti al medesimo macro-modello di riferimento.

²¹ La tesi proposta da SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos*, cit. 327 è quella secondo cui ciascun sistema di giustizia costituzionale è differente dall'altro e che la presenza di caratteristiche dei due prototipi storici è solamente una delle componenti dei sistemi che ciascun ordinamento adotta. Pertanto, la presenza di elementi comuni o la creazione teorica di macro-modelli di giustizia costituzionale non esclude che dentro dei differenti sistemi giuridici essi si sviluppino come "modelli unici".

²² Sul punto, DONCEL LUENGO J. A., *El modelo Español de Justicia constitucional*, cit. 78; BLANCO VALDÉS R., *Il tribunale costituzionale spagnolo*, cit., 292.

Al *Tribunal constitucional* spetta, infatti, risolvere l'impugnazione degli atti non legislativi delle Comunità Autonome (161.2 CE), i conflitti costituzionali di competenza [161.1 c) CE] e i *recursos de amparo* contro le violazioni dei diritti e libertà fondamentali [161.1 b) CE]. La giurisdizione del Tribunale costituzionale si è poi progressivamente estesa in ragione della clausola generale contenuta nell'art. 161.1 d) CE che permette all'organo di giustizia costituzionale di conoscere “*de las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas*”²³. Questa previsione ha segnato in grandi linee l'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Il quadro complessivo oggi vigente è frutto di diverse riforme legislative succedutesi già a partire dalla Legge Organica 2/1979 che nella sua versione originaria, introduceva tra le competenze del *Tribunal constitucional* il conflitto di attribuzione tra organi costituzionali dello Stato (artt. 59 ss.), la dichiarazione di costituzionalità dei trattati internazionali (artt. 78 ss.) e il ricorso preventivo di incostituzionalità sulle leggi organiche e gli Statuti di Autonomia; competenza quest'ultima derogata con la Legge Organica 4/1985 e poi reintrodotta con la riforma del 2015²⁴, sia pure limitatamente al controllo preventivo dei progetti e proposte di riforma degli Statuti di Autonomia (Titolo VI bis L.O. 2/79). Altra riforma che ha contribuito a delineare il sistema di competenze del *Tribunal constitucional* si è realizzata con la Legge Organica 7/1999 che, in attuazione

²³ Si tratta di un sistema di competenze rinforzata che adotta la forma della lista aperta, a differenza della maggior parte delle Costituzioni comparate, con l'eccezione della sola Germania che segue lo stesso sistema di liste aperte dal momento che la Legge Fondamentale di Bonn permette attribuire nuove competenze con legge federale (art. 93.2 Legge Bonn). Sul punto, si veda SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 50 ss. Per un'analisi giurisprudenziale sul sistema della lista di competenze aperte, SSTC 66/1985, FJ 6 E 49; 49/2008, FJ 3; ATC 168/1980.

²⁴ Legge Organica 15/2015, del 16 Ottobre, *de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho*.

del cd. *Pacto Local*, ha introdotto tra i processi costituzionali il *conflicto en defensa de la autonomía local*²⁵.

La giurisdizione costituzionale in Spagna risulta, ad oggi, tra le più ampie in Europa²⁶. Se poi si tiene conto che tale giurisdizione costituzionale è, alla luce dell'articolo 161.1 d) CE, sostanzialmente una giurisdizione aperta, si capisce l'importanza che, in tale ordinamento, assume la categoria dell'accesso, perché da esso è obbligato partire per ricostruire la posizione nel sistema del *Tribunal Constitucional* e valutare il grado di costituzionalizzazione dell'ordinamento da esso apportato²⁷.

L'accesso costituirà, dunque, nel presente lavoro, la prospettiva da cui sarà esaminato il sistema di giustizia costituzionale spagnolo²⁸. Con una avvertenza che si impone sin da ora. L'accesso non è ricostruibile solo attraverso le regole che definiscono le vie praticabili, i soggetti legittimati, gli atti impugnabili e i requisiti di impugnazione. Si tratta, infatti, di una categoria dinamica il cui esame non potrà prescindere dalla giurisprudenza attraverso cui il *Tribunal Constitucional* è andato definendo il fenomeno dell'accesso.

²⁵ Ai sensi dell'art. 2 della Legge Organica 2/1979 al *Tribunal constitucional* spetta anche verificare la nomina dei Magistrati, al fine di giudicare se questi detengono i requisiti richiesti dalla Costituzione e dalla stessa Legge Organica.

²⁶ Afferma GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., 145, che “*el modelo español excede en bastante el ámbito de competencias al Tribunal alemán.*”

²⁷ Secondo PEREZ ROYO J., *Tribunal constitucional y división de poderes*, cit., 11, «*los juristas se ven obligados a reflexionar sobre la posición que ocupa bien el poder judicial en relación con el legislador, bien el Tribunal Constitucional dentro del sistema constitucional de división de poderes, esto es, en relación con los demás órganos del estado en general, incluido el poder judicial, y eventualmente incluso en relación con el propio poder constituyente.*»

²⁸ D'accordo con RUGGERI A., *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000, 675, «L'accesso si pone, certamente, come uno dei punti privilegiati di osservazione delle esperienze di giustizia costituzionale, idoneo a proiettare un fascio di luce sulle più recenti tendenze della giurisprudenza e, allo stesso tempo, ad evidenziare limiti e carenze della disciplina positiva».

Uno studio sui profili dell'accesso permetterà, innanzitutto, di distaccare il “modello spagnolo” nel panorama dei sistemi europei; rilevare le peculiarità che lo distinguono da altri modelli simili, come è appunto il sistema italiano; e valutare le più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale.

Studiare un sistema di giustizia costituzionale alla luce della tradizionale classificazione modello americano diffuso/modello europeo accentrato potrebbe risultare limitativo e poco esaustivo. Si tratterebbe, infatti, di una prospettiva che non tiene conto del processo di ibridazione cui ha dato luogo la circolazione dei modelli conseguente alla globalizzazione della giustizia costituzionale.

La presenza di caratteristiche proprie dei due prototipi storici è, dunque, solo una componente dei sistemi di giustizia costituzionale che ciascun ordinamento plasma, con le proprie “materie prime”, dando luogo a modelli unici²⁹. Certamente, l'accesso non costituisce l'unico elemento che concorre a qualificare un determinato sistema di giustizia costituzionale perché la configurazione di ciascun sistema dipenderà dalla combinazione di diverse variabili; combinazione che, a sua volta, risponde alle specifiche esigenze di ciascun ordinamento giuridico³⁰.

L'accesso, però, costituisce una prospettiva di studio privilegiata che permette anche di capire come il *Tribunal constitucional* è andato definendo la sua posizione nel sistema e di valutare lo stato dell'arte della giustizia costituzionale in Spagna, ovvero il livello di tutela costituzionale effettivamente conseguito.

²⁹ L'espressione è di SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos*, cit., 331.

³⁰ In particolare, oltre alle scelte in tema d'accesso, quelle in relazione al momento cronologico del controllo (preventivo o successivo), alla sua astrattezza o concretezza e alle modalità di nomina e designazione e alla composizione dei Tribunali. Si tratta, ovviamente di complesso di variabili la cui elencazione non può considerarsi esaustiva, ma solo esemplificativa, si v. SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos*, cit., 333; CELOTTO A., *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, cit., 11 ss.

Nel caso di Spagna, la prova più evidente di come l'accesso abbia inciso sulla posizione del *Tribunal constitucional*, sia come organo di garanzia sia nelle sue relazioni con i classici poteri dello Stato, si rinviene sul piano del *recurso de amparo*. Come si vedrà più dettagliatamente nel Capitolo II, i maggiori problemi del procedimento speciale a tutela dei diritti e libertà fondamentali si sono originati in relazione alla ampia possibilità di impugnazione delle decisioni giudiziali. Un accesso quasi generalizzato e privo di filtri significativi ha comportato, infatti, che l'organo di giustizia costituzionale non operasse in via sussidiaria ed eccezionale come garante dei diritti fondamentali, ma si trasformasse in un giudice di ultima istanza. La crisi del ricorso di *amparo* ha finito per incidere tanto sulla legittimazione del *Tribunal constitucional*, di fatto incapace di gestire un elevato carico di lavoro, quanto sui suoi rapporti con i tre tradizionali poteri dello Stato, e in particolare con il Potere giudiziario. A tali disfunzionalità il legislatore ha cercato di porre un freno mediante la fissazione di più rigorosi filtri all'accesso. L'accesso costituisce, dunque, un importante indicatore del funzionamento della giustizia costituzionale.

Anche sul piano del controllo di costituzionalità delle leggi il fenomeno dell'accesso risulta particolarmente indicativo del grado di rendimento della giustizia costituzionale in Spagna. Nel ricorso d'incostituzionalità, ad esempio, la previsione di un accesso particolarmente ampio e quasi incondizionato, come si vedrà nel Capitolo III, ha permesso che il *Tribunal constitucional* entrasse direttamente nel vivo delle vicende politiche, soprattutto territoriali, a nulla servendo la sua opera di autocontrollo finalizzata a limitare le frizioni con il potere legislativo³¹. Nel sistema spagnolo, la carica politica dei giudizi di costituzionalità risulta particolarmente accentuata, aggravata anche da una non equilibrata gestione dei tempi della giustizia costituzionale. È per questo che il

³¹ Lo rilevava già PEREZ ROYO, *Tribunal constitucional y división de poderes*, cit., 80 ss. Cfr. DOMINGUEZ VILA A., PÉREZ SÁNCHEZ G., *Algunas cuestiones del control por el Tribunal Constitucional sobre el Poder Legislativo*, in AA. VV. (a cura di), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años del Tribunal Constitucional español*, IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional, Madrid 2007, 101 ss.

controllo di costituzionalità delle leggi è stato da sempre avvertito come qualcosa di problematico. In tale contesto, le soluzioni in tema di accesso risultano di fondamentale importanza perché è da esse che dipende l'equilibrio tra politica e diritto nelle esperienze di giustizia costituzionale³². La questione, dunque - come spiegava Häberle -, non è *se* la giustizia costituzionale incide o no nella politica, ma piuttosto *come* incide nella vita politica³³. È allora evidente che l'accesso, a seconda di come è, in concreto, "tarato", per le singole specie di processo, può ora semplificare ed attenuare, ora, di contro, rendere ancora più complessa, intensa e viva la dialettica tra diritto e politica³⁴.

Dove, invece, la gestione dell'accesso ha permesso un certo equilibrio nelle relazioni istituzionali è nella questione d'incostituzionalità. Nel giudizio incidentale, la gestione dell'accesso ha permesso, da un lato, che i rapporti con il Potere giudiziario si consolidassero in termini di collaborazione e non di conflittualità come nell'*amparo*. Dall'altro, rispetto al Potere legislativo, la carica politica del controllo di costituzionalità risulta, per il carattere concreto del giudizio, particolarmente ridotta; ciò che assicura al *Tribunal constitucional* anche una maggiore forza nel sistema³⁵.

Infine, la minore rilevanza sul piano giurisprudenziale dei conflitti costituzionali, non lo è in una prospettiva di analisi del sistema di accesso alla

³² *Idem*, 14 ss.; SCHNEIDER H.P., *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 5/1982, 38 ss.; HÄBERLE P., *Introduzione*, in HÄBERLE P. (a cura di) *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt 1980; RUGGERI A., *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, cit. 656 ss.

³³ HÄBERLE P., *Introduzione*, cit.

³⁴ RUGGERI, *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, cit. 665.

³⁵ Va comunque precisato che il grado di politicità dei giudizi costituzionali non dipende solo dal tipo di accesso, perché questo potrebbe essere rilevante anche nei giudizi incidentali, e dunque nella forma di accesso meno politicizzata che esista. Si veda, ANZON A., *Presentazione. Accesso alla giustizia costituzionale e ruolo della Corte: quali rapporti?*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 4, secondo cui «eventuali influenze sulla caratterizzazione (politica o giurisdizionale) dell'attività della Corte debbono misurarsi considerando la combinazione degli effetti prodotti da tutti i modi di accesso previsti, e non solo da questo o quel tipo in sé considerato».

giustizia costituzionale, perché la scarsa, o addirittura nulla utilizzazione di alcuni istituti, come si vedrà nel Capitolo IV, è dovuta proprio alle scelte in tema d'accesso.

Delimitazione del campo d'indagine

Per poter condurre uno studio sulla giustizia costituzionale in Spagna dalla prospettiva dei profili riguardanti l'accesso è necessario preliminarmente definire che cosa si intende in questa sede per «accesso» al fine di delimitare il campo d'indagine della ricerca che di seguito si passerà a sviluppare.

La categoria dell'«accesso» descrive in generale le forme di partecipazione alla giustizia costituzionale. Come per ogni altro istituto della giustizia costituzionale anche l'accesso presenta una naturadynamica dal momento che dipende non solo dall'opera costruttiva posta in essere sul piano della normazione, ma anche dalle pratiche applicative della giurisprudenza³⁶. Come già sopra accennato, questa natura dinamica dell'accesso, obbliga allo studio della giurisprudenza sul tema perché è in essa sostanzialmente che il fenomeno dell'accesso prende forma.

Ma la nozione di «accesso» presenta una natura che non è solo *dinamica*, ma anche internamente *pluralistica*, potendosi infatti ricostruire tre accezioni, o meglio, tre prospettive di inquadramento dell'istituto³⁷. Da ciò l'esigenza di una precisazione in merito alla nozione di accesso che sarà accolta nel presente lavoro.

L'accesso può essere inteso, innanzitutto, *in senso lato*. In una tale prospettiva, l'«accesso» può identificarsi con qualunque istituto che connota lo svolgimento

³⁶ Secondo RUGGERI A., *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, cit., 669 il punto finale di equilibrio dell'accesso dipende da un «gioco ancora più ampio e complesso cui partecipano tutte le forze attive della cultura giuridica, che mai si conclude e che, appunto, porta alla costante ridefinizione concettuale degli istituti e alla fissazione del punto interno di equilibrio in seno al rapporto tra Costituzione e politica».

³⁷ *Idem*, 645 ss.

dei singoli processi costituzionali perché ogni segmento del procedimento costituzionale può essere osservato dal punto di vista dell'accesso. Una accezione così ampia conduce, però, inevitabilmente ad una diluizione concettuale dell'accesso e alla sua dissoluzione nelle forme proprie degli istituti di volta in volta considerati³⁸.

In una diversa prospettiva, la nozione di «accesso» può assumere un significato più puntuale che tenga conto solo di alcuni istituti che connotano il procedimento costituzionale. Accogliendo una accezione più limitata di accesso, sarà possibile distinguerne due forme: un accesso *interno* e un accesso *esterno* a seconda della fase del procedimento costituzionale che si consideri.

L'accesso *interno* si riferisce, infatti, alle forme di partecipazione ad iniziative processuali già avviate, ovvero al contraddittorio delle parti (e di terzi) nei processi costituzionali³⁹.

Tale prospettiva risulta oggi certamente di grande interesse per la pressione esercitata nei diversi sistemi di giustizia costituzionale in merito all'opportunità di un allargamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali.

Si pensi, con riguardo alle vicende italiane, all'apertura consentita dalla Corte costituzionale in favore della partecipazione al giudizio incidentale, oltre che delle parti del giudizio *a quo* e dei Presidenti del Consiglio dei ministri e della Giunta regionale⁴⁰, anche di soggetti privi della qualifica di "parte" in senso proprio⁴¹ o al singolare e inusitato riconoscimento della presenza di

³⁸*Ibidem.*

³⁹*Idem*, 646.

⁴⁰ Art. 25, comma 2 e 3, Legge 87/1953.

⁴¹ La questione del contraddittorio nel giudizio sulle leggi proposto in via incidentale è assai discussa in dottrina, ma anche la giurisprudenza della Corte non offre orientamenti univoci. La posizione della Corte oscilla, infatti, tra interpretazioni ora particolarmente restrittive, che escludono categoricamente la possibilità di un intervento nel giudizio incidentale di soggetti diversi da quelli costituiti nel giudizio principale, e ora più permissive, che arrivano in alcuni casi ad ammettere l'intervento anche a soggetti del tutto slegati rispetto al processo principale (in particolare, decc. 171 e 178/1996). Per un approfondimento si veda, ANGIOLINI V., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino 1998; RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 205 ss.; CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I*

controinteressati o di altri soggetti a vario titolo “intervenienti” nel giudizio in via d’azione⁴².

L’accesso *interno* assume particolare rilevanza anche in Spagna se si considera che solo con la riforma del 2007 si è introdotto nella Legge Organica del *Tribunal constitucional* una disposizione che permettesse a “*quienes sean parte en el procedimiento judicial*” di costituirsi nel giudizio costituzionale per formulare allegazioni⁴³. La modifica costituisce la risposta del legislatore

limiti al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento, in ROMBOLI R. (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 736 ss.; BIANCHI P., MALFATTI E., *L’accesso in via incidentale*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 27 ss.; ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, 52 ss.; Id., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino 2002, 78 ss.

⁴² La questione del contraddittorio nei giudizi in via d’azione attiene in particolare alla possibilità di una sua estensione ad Regioni terze rispetto a quella che è parte del giudizio. La discussione muove dalla natura dei “conflitti legislativi” tra Stato e Regione quali “*conflitti di parte*” contrariamente a quanto sostenuto, in particolare da ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., 52 ss. per i giudizi incidentali che, potendosi svolgere anche laddove le parti non siano costituite, configurano un caso di processo *senza parti necessarie* o *a parti eventuali*. Ma tale natura di “*conflitto di parte*” è proprio ciò che secondo la Corte costituzionale (Sent. 116/2006) comporta che «il giudizio in via principale si svolge di norma esclusivamente fra i titolari delle competenze legislative in contestazione». Tuttavia, si sono dati alcuni casi in cui la Corte apre alla partecipazione di soggetti terzi anche nel giudizio in via d’azione. Si veda in particolare Corte c., Sentt. 353/2001, 344/2005 e Sentt. 507/2000, 376/2002, 536/2002, nelle quali l’intervento sollecitato viene dichiarato inammissibile, non per difetto di legittimazione, ma solo perché tardivo. Per un approfondimento sul tema, RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 233 ss.; SALAZAR C., *L’accesso al giudizio in via principale e la “parità delle armi” tra Stato e Regioni: qualche considerazione sul presente e uno sguardo sul possibile futuro*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 227 ss.; D’AMICO M., *Le zone d’ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P., (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 249 ss.; PANZIERI L., *L’allargamento del contraddittorio nel giudizio in via principale: qualche riflessione sul tema alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P., (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, cit., 400 ss.

⁴³ Art. 37, comma 2, Legge Organica 2/1979 nel testo risultante dalla modifica apportata dalla Legge Organica 6/2007, del 24 maggio. Originariamente la norma

spagnolo alla Sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani del 23 giugno 1993 (*Ruiz-Mateos c. Spagna*) che condannava Spagna, per violazione dell'articolo 6.1 della CEDU, per non consentire il contraddittorio delle parti nel processo di costituzionalità⁴⁴.

Fino alla menzionata Sentenza della Corte Europea dei Diritti Umani l'assenza del contraddittorio nella questione d'incostituzionalità era avallata dallo stesso *Tribunal constitucional* secondo cui le parti del giudizio *a quo* non avrebbero potuto rivendicare la medesima condizione processuale nel giudizio *ad quem*⁴⁵.

La questione, affrontata anche nella dottrina italiana, è che tanto per il concetto di "parte" come quello di "contraddittorio" sono categorie proprie del processo comune che mal si attagliano, senza gli opportuni chiarimenti e i necessari

permetteva costituirsi e formulare allegazioni solo al Congresso dei deputati e al Senato, per il tramite dei rispettivi Presidenti, al Procuratore Generale dello Stato, al Governo, per il tramite del Ministro di Giustizia e, nel caso in cui la questione di legittimità riguardasse una legge o altra disposizione normativa con forza di legge di una Comunità Autonoma, agli organi legislativo ed esecutivo di questa. Previsione mantenuta nell'attuale comma 3 dell'art. 37 della Legge Organica del *Tribunal Constitucional*. Quanto al contraddittorio nel processo d'*amparo* l'art. 47 della LOTC permette la costituzione nel giudizio costituzionale non solo dei diretti destinatari dell'atto impugnato, ma anche di chi sia comunque titolare di un interesse legittimo. È prevista inoltre l'intervento, in tutti i processi di *amparo*, del Pubblico Ministero "*en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley*".

⁴⁴ Per la Corte EDU il diritto al giusto processo «presuppone la opportunità per una delle parti di venire a conoscenza delle osservazioni e argomentazioni presentate dall'altra parte al fine di poterle discutere e controbattere» e ciò si trasporta anche al processo costituzionale perché «... quando si rimette al Tribunal Constitucional la questione di legittimità di una legge che affetta ad una ristretta cerchia di persone nell'ambito di un procedimento civile di cui sono parte, in principio deve garantirsi il libero accesso alle osservazioni delle altre parti e la effettiva possibilità di controbatterle». Sul punto, SOSPEDRA NAVAS F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 199; FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81/2007, 52 ss.; CASTELLÀ ANDREU J. M., *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4/1999, 293 ss.; HERRERO TEJEDOR A. F., *La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I 2000, 1825 ss.

⁴⁵ Tra tutte, ATC 132/1983.

adattamenti di ordine teorico al processo costituzionale (e, specificamente, a quello sulle leggi) dove, per sua natura, non si discute di situazioni soggettive particolari ma di norme o, meglio, di situazioni normative⁴⁶.

Tuttavia, dopo la Sentenza CEDU del 1993 il tema del contraddittorio nei giudizi di costituzionalità ha determinato forti divergenze anche all'interno dello stesso *Tribunal constitucional* considerato che tutte le ordinanze che, sia pure incidentalmente, trattano della questione risultano accompagnate da opinioni dissenzienti che insistono nel riconoscere alle parti del giudizio *a quo* una qualche forma di partecipazione anche nel giudizio *ad quem*⁴⁷.

Su un piano diverso si colloca, poi, l'accesso *esterno*, a sua volta, si riferisce agli strumenti di apertura del processo costituzionale, ovvero a tutto quanto ha luogo fuori e prima del processo e in vista della sua costituzione, alle spinte, di varia origine e intensità, e alle modalità con cui vengono trattati e ridefiniti appunto i canali di accesso al giudice costituzionale⁴⁸.

Così inquadrata la nozione di accesso, una tale prospettiva induce a studiare la categoria di soggetti legittimati ad agire per ogni tipo di processo costituzionale, gli atti sottoponibili all'esame dell'organo di giustizia costituzionale e i requisiti richiesti per poter attivare un giudizio costituzionale; uno studio che, si ripete, dovrà essere condotto tenendo conto non solo della disciplina positiva, ma anche della giurisprudenza costituzionale perché è da essa che emerge in concreto il «tipo» di accesso concretamente consentito.

Le due nozioni di accesso ora proposte si riferiscono a due momenti distinti dei processi costituzionali, ma non per questo le due prospettive di inquadramento possono considerarsi alternative tra loro e, dunque, incompatibili. Al contrario, le due forme di accesso potrebbe anche reciprocamente integrarsi. Ma come

⁴⁶ In questi termini RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 207.

⁴⁷ Tra tutte si veda ATC 178/1996. Una limitata apertura a favore della comparizione delle parti del giudizio *a quo* anche nel giudizio *ad quem* risulta anche dalla precedente ATC 124/1981.

⁴⁸ RUGGERI A., *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, cit., 646.

cambiano le esigenze di partecipazione interna ad una vicenda giudiziaria in corso rispetto a quelle di partecipazione diretta *ab externo* ad un procedimento costituzionale è cosa che potrà stabilirsi solo con la pratica⁴⁹.

Ora, ricostruite le accezioni che può assumere la categoria dell'«accesso», occorre precisare quale sarà la prospettiva assunta nel presente ricerca.

Lo studio dell'accesso alla giustizia costituzionale in Spagna sarà qui condotto avendo riguardo al solo accesso *esterno* e, dunque, ai soggetti, all'oggetto e alle modalità attraverso cui è possibile utilizzare le vie di ricorso al giudice costituzionale.

Si passerà, quindi, ad esaminare i singoli processi costituzionali regolati nella Costituzione e nella LOTC avendo riguardo a come il complesso dei canali di accesso alla giustizia costituzionale hanno in concreto funzionato al fine di trarre alcune considerazioni sul ruolo del *Tribunal Constitucional* come garante tanto dell'equilibrio istituzionale tra i poteri dello Stato come dei diritti fondamentali.

Una tale prospettiva di analisi induce, inoltre, a considerare le implicazioni tra assetto della forma di Stato e di governo e concreto funzionamento del sistema di giustizia costituzionale.

Vie d'accesso e livelli di tutela costituzionale: quale rapporto?

Come si è venuto dicendo addietro, la disciplina delle vie d'accesso definisce e differenzia i singoli “modelli” di giustizia costituzionale. Il sistema di accesso al giudice costituzionale fornisce, inoltre, gli elementi per una valutazione del grado di rendimento del modello in concreto adottato e, in generale, del ruolo svolto dall'organo di giustizia costituzionale sul piano delle relazioni istituzionali⁵⁰.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ A tal proposito, SANDULLI A.M., *Intervento*, in MARANINI G. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Bologna 1966, 402, affermava «il problema riguardante

L'elemento di maggiore distinzione tra il sistema di giustizia costituzionale spagnolo, che sarà oggetto della presente indagine, e quello italiano risiede principalmente nella previsione in Spagna di un ricorso individuale diretto a protezione dei diritti e libertà fondamentali che, in aggiunta agli ordinari strumenti di tutela, permette, in determinate circostanze e per la tutela di specifici diritti, che i singoli accedano direttamente al Giudice costituzionale. Un ricorso analogo all'*amparo* spagnolo non è stato previsto, infatti, in Italia dove la regola generale d'accesso alla Corte costituzionale è costituita dalla via incidentale⁵¹.

La previsione dell'*amparo* segna profondamente il modello di giustizia costituzionale spagnolo come esempio di massima estensione dell'accesso, non limitato, come in Italia, alle strette maglie della via incidentale, ma tale da permettere in astratto un sindacato su qualunque atto dei poteri pubblici che sia lesivo dei diritti fondamentali⁵². Non si tratta semplicemente di prevedere

l'iniziativa del giudizio davanti alla Corte è fondamentale, è il più importante». Ciò perché come rilevano CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 680 «L'incidenza, sul modello di giustizia costituzionale accolto in un determinato ordinamento, della disciplina relativa all'individuazione dei soggetti legittimati ad investire il Giudice costituzionale della questione di costituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge e delle modalità attraverso le quali ciò può verificarsi, appare assolutamente certa e inconfutabile». Infatti, come spiega anche ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 170, «i metodi di instaurazione del giudizio sulle leggi non sono una variabile indipendente, ma contribuiscono decisamente a configurare l'essenza del giudizio stesso».

⁵¹ Fatta eccezione per la legittimazione dello Stato e delle Regioni a promuovere un giudizio in via d'azione (art. 127 Cost.), e dei poteri e organi costituzionali dello Stato a sollevare conflitto di attribuzione, il meccanismo incidentale costituisce in Italia la unica via d'accesso dei singoli alla Corte costituzionale.

⁵² È opinione corrente nella dottrina spagnola che l'*amparo* sia uno strumento di «*protección para todos y frente a todos*», PATRONI GRIFFI A., *La riforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia. El alcance expansivo del recurso individual directo (como acceso sustancialmente alternativo a la vía incidental*, in *Revista de Derecho Constitucional Español*, n. 10/2013, 313 ss.; DIEZ PICASO L., *Sistemas de derechos fundamentales*, Madrid 2008, 101 ss.; CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, Madrid 2012; ARAGÓN REYES M., *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, in ROMBOLI R. (a cura di),

uno strumento aggiunto di tutela dei diritti e libertà, ma di concepire la giurisdizione costituzionale come giurisdizione capace di estendere in ogni ambito del potere pubblico il suo sindacato. È evidente, infatti, che la previsione di un ricorso individuale diretto come l'*amparo*, in aggiunta ai tradizionali meccanismi di accesso, riduce, se non addirittura elimina, le possibili "zone d'ombra" della giurisdizione costituzione; questione che, invece, si avverte con particolare criticità in quei sistemi, come l'italiano, che non prevedono meccanismi di accesso così ampi⁵³. La riconosciuta possibilità di ricorrere direttamente al giudice costituzionale per lamentare violazioni di diritti fondamentali da parte dei poteri pubblici, incluso quello giudiziario, avvicina, inoltre, la giustizia costituzionale all'opinione pubblica che avverte come "rafforzato" il complessivo sistema delle garanzie costituzionali.

La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali, Torino 1994, 165 ss.; BORRAJO INIESTA I., *Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo :hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes*, in *Teoría & Derecho*, n. 3/2008, 159 ss.

⁵³Come spiega ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, 15, nonostante il meccanismo incidentale abbia permesso una adeguata tutela dei diritti fondamentali, appare innegabile che esistono leggi difficilmente aggredibili che danno luogo a "strette" o "zone franche". La difficoltà di sottoporre una certa legge al controllo di costituzionalità della Corte può derivare da diverse ragioni, raggruppabili, a fini espositivi, in quattro categorie, a seconda che la ragione discenda: dalla natura e dal contenuto dell'atto (ad esempio i trattati, le fonti derivate dell'UE, le leggi-provvedimento, le leggi di organizzazione e le leggi di spesa); dalla particolare efficacia nel tempo della fonte (ad esempio le leggi a carattere temporaneo, la decretazione d'urgenza); dalla mancanza di un giudice competente a conoscere della questione (ad esempio le leggi elettorali per Camera e Senato, i Regolamenti parlamentari, le posizioni di immunità a favore di soggetti politici e istituzionali); dalle condizioni e limiti previsti dalla legge o dalla giurisprudenza costituzionale per l'instaurazione del giudizio incidentale sulle leggi, ossia dai presupposti del giudizio incidentale o dal modo come questi sono stati interpretati dalla giurisprudenza costituzionale (ad esempio il requisito della rilevanza, la nozione di giudice *a quo*, le scelte discrezionali del legislatore). Sul tema, AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007; AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007; PIZZORUSSO A., "zone d'ombra" e "zone franche" della giustizia costituzionale italiana, in D'ATENA A. (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012; 1021 ss.

La maggiore estensione dell'accesso in Spagna non si evince dalla sola previsione di un ricorso individuale diretto a tutela dei diritti fondamentali. Anche sul piano del controllo di costituzionalità delle leggi, infatti, il sistema spagnolo ammette una più ampia possibilità di accesso dall'esterno al giudice costituzionale. Si veda, da un lato, la categoria dei soggetti legittimati a ricorrere in via diretta⁵⁴, e, dall'altro, il catalogo degli atti sottoponibili a controllo che include anche atti, come ad esempio i Regolamenti parlamentari, che in Italia costituiscono da sempre una "zona franca" sottratta al sindacato della Corte costituzionale. Il controllo diretto di costituzionalità potrà, inoltre, essere attivato con carattere preventivo sia pure solo rispetto ai progetti e proposte di riforma degli Statuti di Autonomia e dai soli soggetti legittimati a promuovere il ricorso di incostituzionalità. Un controllo diretto di costituzionalità è, poi, previsto anche per le disposizioni e risoluzioni non legislative delle Comunità Autonome che il Governo potrà impugnare con effetto sospensivo automatico.

Con riguardo, invece, ai conflitti costituzionali rileva la previsione in Spagna del *conflicto en defensa de la autonomía local* quale specifico procedimento costituzionale a tutela delle attribuzioni degli enti territoriali minori a cui in Italia si riconoscono solo facoltà di impulso del controllo di costituzionalità, ma non la legittimazione ad agire in proprio per ottenere l'annullamento della legislazione statale o regionale lesiva dell'autonomia costituzionalmente garantita⁵⁵.

Diversamente, la puntuale elencazione dei soggetti abilitati a promuovere un conflitto di attribuzione⁵⁶ lascia intendere che il *Tribunal Constitucional* non

⁵⁴ L'art. 32 della Legge Organica del *Tribunal Constitucional* legittima all'esercizio del ricorso di incostituzionalità oltre al Presidente del Governo e agli organi legislativo ed esecutivo delle Comunità Autonome, anche il *Defensor del pueblo* e le minoranze parlamentari (in concreto cinquanta Deputati o Senatori).

⁵⁵ RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 234.

⁵⁶ A norma dell'art. 59, comma 1, lett. c) della Legge Organica del *Tribunal Constitucional*, quest'ultimo conoscerà dei conflitti di attribuzione che oppongano "Al

possieda, in questo specifico ambito, la stessa libertà di interpretazione che ha condotto la Corte costituzionale ad estendere il catalogo dei soggetti legittimati a tutelare le proprie attribuzioni, così dando risposta a specifiche esigenze che non avrebbero potuto ricevere tutela mediante gli ordinari meccanismi di accesso⁵⁷.

Sostanziale identità di disciplina si rinviene, in ultimo, sul piano del controllo incidentale di costituzionalità degli leggi.

Dalla sommaria esposizione che precede risulta evidente che rispetto al modello italiano di giustizia costituzionale quello spagnolo prevede un sistema di accesso dall'esterno particolarmente ampio.

Certamente, questa maggiore ampiezza dell'accesso risolve in Spagna l'annoso problema delle "zone franche" da sempre avvertito, invece, nel sistema italiano⁵⁸. Le "strette" del giudizio incidentale trovano, infatti, in Spagna una valvola di sfogo nel ricorso di *amparo*; ciò che ha indotto, in Italia, a ritenere che il *deficit* di tutela generato dal meccanismo incidentale fosse risolvibile solo attraverso una riforma dei canali di partecipazione al giudice costituzionale⁵⁹.

La questione che ora si pone alla luce delle considerazioni che precedono è verificare quale sia la relazione tra le forme di accesso alla giustizia costituzionale e il livello di tutela da questa concretamente raggiunto e, in particolare, se un allargamento dei canali di partecipazione al giudizio costituzionale comporti, conseguentemente e necessariamente, una maggiore protezione dei diritti e libertà fondamentali e un miglior equilibrio nelle relazioni tra i poteri dello Stato e tra questo e le sue articolazioni.

Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí".

⁵⁷RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 241 ss.

⁵⁸ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, cit., 15.

⁵⁹ Si veda in particolare PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova 1988, 11 ss.

È opinione diffusa che il ruolo dell'organo di giustizia costituzionale, quale garante dei diritti e dell'equilibrio istituzionale tra i poteri pubblici, risulti rafforzato in presenza di un sistema di accesso ampio, capace di dare risposta ad ogni istanza di tutela. In particolare, si ritiene che la via individuale diretta di accesso possa garantire un maggior livello di tutela costituzionale permettendo all'organo di giustizia costituzionale di sindacare qualunque atto dei poteri pubblici che sia lesivo dei diritti fondamentali⁶⁰.

L'analisi del caso spagnolo mostra, però, che un accesso ampio al giudice costituzionale non necessariamente assicura un maggior rendimento del sistema in termini di tutela costituzionale⁶¹. Anzi, proprio l'esperienza spagnola, dimostra come la previsione di forme di accesso particolarmente ampie finisca per incidere negativamente sull'andamento del complessivo sistema di garanzie e sul ruolo istituzionale dell'organo di giustizia costituzionale⁶².

Le vicende che hanno riguardato il ricorso di *amparo* risultano, sotto tale profilo, emblematiche. La possibilità di ricorrere direttamente al Giudice costituzionale, senza filtri particolarmente rigorosi, per l'annullamento di

⁶⁰ *Idem*, 12 ss.

⁶¹ PATRONI GRIFFI A., *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E., (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002, 304 ss.; ID., *La riforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia*, cit. 313 ss.

⁶² Sul punto, FAVOREU L., *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2004, 3 ss., rileva che l'introduzione di nuovi giudizi e di nuovi giudici deve essere salutato non tanto come festa dei diritti, ma piuttosto come festa degli avvocati. Non sempre infatti per aumentare il livello di tutela e di protezione dei diritti è sufficiente aumentare le possibilità di ricorso o ampliare le vie d'accesso, potendo ciò risultare in alcuni casi addirittura dannoso. Negli stessi termini, CELOTTO A., *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, cit. 12 ss., precisa come «vie d'accesso troppo ampie al giudizio di costituzionalità possono degradare la funzione dell'organo di giustizia costituzionale ad un mera routine, mentre una giusta limitazione delle interventi e decisioni aumenta la sua influenza nel dibattito pubblico»; RUGGERI A., *Note minime in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità*, cit., 656, secondo cui l'eccesso di partecipazione, sia dall'esterno che all'interno, a parte il rischio palese per la funzionalità dell'organo di giustizia costituzionale, comporta una evidente (sovra)esposizione politica dello stesso che potrebbe condurre diritto al suo complessivo snaturamento.

qualunque atto dei poteri pubblici che il singolo considerasse lesivo dei propri diritti fondamentali se da un lato ha permesso il consolidamento dell'immagine collettiva dei diritti previsti nella Costituzione del 1978 come diritti soggettivi pienamente azionabili dai propri titolari, dall'altro, ha messo in luce la difficoltà di mantenere in equilibrio i diversi strumenti e luoghi di tutela⁶³.

Come si vedrà nel prossimo Capitolo, le maggiori disfunzioni sono derivate dalla possibilità di ricorrere in *amparo* contro le decisioni giudiziarie e non solo per rivendicare la violazione di diritti sostanziali che in sede di giurisdizione ordinaria non avessero trovato adeguata tutela, ma anche per reclamare la violazione di diritti processuali che si ritenessero lesi nel previo procedimento giurisdizionale. La inclusione tra i "diritti amparabili" del diritto alla tutela giudiziale effettiva ha permesso un eccessivo uso del ricorso di *amparo*, e ha condotto ad una sua trasformazione da mezzo straordinario e sussidiario di tutela in un ordinario strumento di revisione e implicita censura dell'attività giudiziaria. La sostanziale trasformazione dell'*amparo* in un ulteriore grado di giudizio costituisce la principale ragione delle forti tensioni con la giurisdizione comune dal momento che il *Tribunal Constitucional* ha operato più come "Giudice dei giudici" che non come giudice dei diritti⁶⁴. Al tempo stesso, l'uso eccessivo del ricorso di *amparo* ha finito per incidere significativamente anche sulla complessiva attività del *Tribunal Constitucional*. È noto, infatti, che l'elevato numero di ricorsi di *amparo* ha finito per congestionare il carico di lavoro dell'organo di giustizia costituzionale, provocando non solo considerevoli ritardi nella conclusione dei procedimenti, ma anche un significativo squilibrio rispetto alle restanti sedi tutela costituzionale. L'elevato numero di ricorsi di *amparo* ha, infatti, finito per assorbire quasi interamente la

⁶³ PATRONI GRIFFI A., *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna*, cit., 305.

⁶⁴ PATRONI GRIFFI A., *La reforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia*, cit. 325 ss.; ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85/2009, 11 ss.; FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81/2007, 11 ss.

complessiva attività del *Tribunal Constitucional*, che solo marginalmente si è potuto occupato del controllo di costituzionalità delle leggi e della risoluzione dei conflitti costituzionali⁶⁵. Le funzioni tipiche ed essenziali di ogni organo di giustizia costituzionale sono, dunque, risultate in Spagna pregiudicate dalla difficile gestione della funzione di tutela dei diritti che i costituenti del '78 decisero di affidare all'istituendo *Tribunal Constitucional*. È evidente allora che le disfunzioni derivate dall'uso distorto del ricorso di *amparo*, oltre ad incidere sul livello di tutela costituzionale, hanno comportato anche una sostanziale delegittimazione del *Tribunal Constitucional* come organo di garanzia⁶⁶.

In tale contesto di profonda crisi della giustizia costituzionale spagnola si inserisce la riforma introdotta con la Legge Organica 6/2007 che, al fine razionalizzare il sistema di garanzia dei diritti, ha introdotto la *especial transcendencia constitucional* tra i requisiti di ammissibilità del ricorso di *amparo*⁶⁷. Si tratta, come si vedrà meglio nel prossimo Capitolo, di un filtro

⁶⁵ ROMBOLI R., *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. oggettivizzazione dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, Relazione al Seminario de *Derecho y Jurisprudencia*, organizzato dalla *Fundación colloquio jurídico europeo*, Madrid 12 Novembre 2009, 5 ss.; PEREZ TREMPS P., *Sistema de justicia constitucional*, cit., 159 ss.

⁶⁶ JIMENEZ CAMPO J., *La legge organica 6/2007 di riforma del Tribunal constitucional, un anno dopo*, Relazione tenuta al corso di Dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Pisa, 19 giugno 2008, ha parlato a tal proposito di una «*crisi di legittimazione dell'amparo come percezione sociale*», avendo i tempi della giustizia costituzionale creato una breccia tra la cultura dei diritti fondamentali propria del cittadino e le risposte offerte dal *Tribunal Constitucional* alle domande di protezione degli stessi. Va comunque rilevato, conformemente alla posizione espressa da PEREZ TREMPS P., *Sistema de justicia constitucional*, cit., 159, che nonostante le problematiche mostrate dal sistema spagnolo «*el Tribunal Constitucional ha sido un elemento decisivo para la constitucionalización del ordenamiento*».

⁶⁷ Congiuntamente alla riforma dei requisiti di ammissibilità del ricorso di *amparo* la Legge Organica 6/2007 è intervenuta anche sull'istituto dell'incidente di nullità degli atti processuali di cui all'art. 241 della Legge Organica del Potere giudiziario. L'intento del legislatore è quello di disincentivare l'uso del ricorso di *amparo* mediante un'estensione dell'ambito di applicazione dell'incidente processuale esperibile dinanzi al giudice che conosce della causa. In seguito alla riforma organica, la nullità degli atti processuali potrà richiedersi non più solo per violazioni di diritti processuali, ma anche di quelli sostanziali che risultassero lesi nel corso del giudizio. Sulla riforma del 2007, CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria*

particolarmente rigoroso che certamente riduce le possibilità di una decisione nel merito, ma non quelle di proposizione del ricorso⁶⁸. I dati statistici rilevano, infatti, una minima riduzione del numero dei ricorsi di *amparo* e, dunque, mostrano un *Tribunal Constitucional* ancora in balia dalle tante domande di protezione dei diritti fondamentali.

Quanto a Italia, non pare condivisibile la tesi secondo cui la limitazione delle vie di accesso alla Corte costituzionale al solo meccanismo incidentale impedisca una adeguata tutela dei diritti fondamentali e che questa potrebbe raggiungersi solo con un allargamento dei canali di partecipazione alla Corte e, in particolare, con la introduzione di un ricorso individuale diretto⁶⁹.

racionalización de un órgano constitucional en crisis, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia 2008, 63 ss.; FERNÁNDEZ SEGADO F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo: reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2008; PATRONI GRIFFI A., *La reforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia*, cit. 325 ss.; ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 11 ss.; FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 11 ss.

⁶⁸Sulla efficacia della riforma, ROMBOLI R., *La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, in TARCHI R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino 2012, 168 ss.; nonché, ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 118, secondo cui la soluzione andava ricercata piuttosto sul fronte della diminuzione del numero di ricorsi in entrata, ponendo un filtro, non alla ammissibilità del ricorso, ma «*sulla porta di via Scarlatti*».

⁶⁹ Si veda, in particolare, PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, cit., 11 ss. secondo il quale l'aver limitato l'accesso alla Corte alla via incidentale non permette di configurare l'organo di giustizia costituzionale anche come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale italiana, piuttosto marginali. Secondo l'autore solo l'introduzione di un ricorso diretto consentirebbe di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà. Cfr. ONIDA V., *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova 1998, 177 ss. secondo il quale «se per ogni diritto (sostanziale) c'è un giudice ed un giudizio nel quale 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

Il ricorso individuale diretto ha incontrato nella dottrina italiana un certo consenso e ciò principalmente perché una tale via d'accesso al giudice costituzionale è stata avvertita come la migliore risposta al problema delle c.d. "zone franche"⁷⁰. La sua introduzione fu proposta dalla Bicamerale D'Alema che nell'elaborare un progetto di riforma costituzionale di più ampio respiro proponeva anche una modificazione delle vie d'accesso alla Corte costituzionale⁷¹. Una voglia di ricorso diretto risulta, poi, dal sempre più diffuso utilizzo del ricorso per conflitto tra poteri, sollevato impropriamente da soggetti privati o associazioni, allo specifico fine di impugnare, in via diretta, atti legislativi o anche giurisdizionali ritenuti lesivi dei propri diritti⁷². La Corte ha sempre frenato questi impropri tentativi di ricorso diretto mediante decisioni di inammissibilità del conflitto motivate dalla carenza di legittimazione attiva dei ricorrenti⁷³. Non è un caso, però, che la maggior parte di tali conflitti siano stati sollevati in materia elettorale e, dunque, rispetto ad una normativa che fino alla Sentenza 1/2014 veniva considerata una vera e propria "zona franca" sottratta al giudizio costituzionale, per le evidenti difficoltà di giungere alla Corte secondo

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».

⁷⁰Si veda, in particolare, CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova 1998; ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000.

⁷¹Progetto di legge costituzionale approvato il 30 giugno 1997 (Atto Camera 3931 - Atto Senato 2583) che, nel modificare l'art. 134 della Costituzione introduceva alla lettera g) di tale articolo la competenza della Corte costituzionale a giudicare sui "ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale".

⁷²Sulla estensione della funzione della Corte costituzionale quale giudice dei conflitti di attribuzione tra poteri ed organi costituzionali si v. STAIANO S., *Introduzione*, cit., 47, il quale sostiene che «l'estensione di questa funzione della Corte quantitativamente significativa, ma soprattutto qualitativamente rilevante e, in certa misura, chiamata in causa in alternativa all'accesso incidentale» costituisce un indicatore «dell'arretramento della funzione della Corte italiana come giudice della legge».

⁷³Corte cost., ord. n. 79 e296/2006, 99-189-284-367-434/2008, 85 e 120/2009.

le regole del meccanismo incidentale⁷⁴. La questione delle “zone d’ombra” o “zone franche” del sindacato di costituzionalità ha rappresentato una delle maggiori criticità imputate al meccanismo incidentale e la ragione principale che ha spinto a considerare conveniente l’introduzione di un ricorso diretto o, comunque, un ripensamento dei canali di partecipazione al giudice costituzionale.

Tuttavia, diversamente da quanto avvenuto in Spagna, il modello di giustizia costituzionale italiano non ha subito, ad oggi, modifiche normative di rilievo quanto alle vie d’accesso e alle funzioni della Corte costituzionale. Ciononostante, una valutazione del modello “vivente” di giustizia costituzionale italiano permette di distaccare una rilevante evoluzione in tema di accesso alla Corte, così come del ruolo da questa assunto sul piano della forma di governo.

Certamente la Corte costituzionale italiana, proprio per la mancanza di un ricorso individuale diretto, non può considerarsi come giurisdizione costituzionale delle libertà *in senso stretto*, ma non per questo può tacersi del ruolo, sempre più rilevante, di giudice dei diritti che essa è stata in grado di assolvere in sede di giudizio incidentale, mediante una singolare gestione del fenomeno dell’accesso⁷⁵. È noto, infatti, che l’uso elastico delle categorie

⁷⁴Le difficoltà di sottoporre le leggi elettorali politiche al giudizio incidentale della Corte costituzionale discendono principalmente dal fatto che il contenzioso elettorale è sottratto alla giurisdizione comune e affidata per espressa previsione costituzionale al Parlamento. È dunque solo in tale sede che avrebbe potuto essere sollevata una questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, i dubbi ancora sussistenti sul carattere giurisdizionale della verifica dei poteri ha indotto le Camere a negare che in tale sede potesse sollevarsi una questione di legittimità costituzionale. Sul punto, DI CIOLO V., CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella prassi*, Milano 2013, 209 ss.; SICLARI M., *Il procedimento in via incidentale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P. (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, vol. I, Torino 2007, 11 ss.

⁷⁵Si veda, AZZENA L., *Valorizzazione degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002, 383 ss.; CHELI E., *Intervento conclusivo*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni*

processuali e, in particolare, del concetto di rilevanza ha permesso alla Corte di dominare il fenomeno dell'accesso, estendendo o, al contrario, restringendo la partecipazione ai giudizi costituzionali a seconda delle specifiche esigenze del momento⁷⁶. In tal modo, però, si è venuto assicurando un buon livello di tutela costituzionale, incluso in materia di protezione dei diritti fondamentali. Le vicende in materia elettorale costituiscono, a tal fine, un esempio emblematico di come la Corte, modulando le regole di accesso, abbia assicurato una tutela costituzionale a situazioni che difficilmente avrebbero potuto superare gli ostacoli dell'accesso incidentale⁷⁷.

Dunque, l'assenza di un ricorso individuale diretto, in Italia, non ha impedito alla Corte costituzionale di affermarsi anche come "giudice dei diritti".

Va rilevato, inoltre, che mentre in Spagna la funzione di tutela dei diritti fondamentali è stata esercitata in una situazione di conflittualità sempre più accentuata tra *Tribunal Constitucional* e giurisdizione comune, in Italia le relazioni tra Corte costituzionale e giudici comuni si sono sviluppate in termini di stretta collaborazione⁷⁸. Sotto tale profilo, la valorizzazione di elementi di

dalla prima cattedra in Europa, cit., 211 ss.; ROMBOLI R., *La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, cit., 181 ss.

⁷⁶Sul concetto di rilevanza, v. in dottrina RUGGERI A., SPADAROA., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit. 182 ss.; CERRIA., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, 160 ss.; BIANCHI P., MALFATTIE., *L'accesso in via incidentale*, cit., 13 ss.; AZZENAL., *La rilevanza*, in ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 601 ss. Si veda anche sulla nozione di giudice *a quo*, PINELLI C., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, cit., 618 ss.

⁷⁷ANZON DEMMIGA., *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; STAIANOS., *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, *ibidem*, n. 2/2014; GHERAF., *La sentenza 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e "sostanziali"*, in *Diritti Fondamentali* del 28.05.2014; D'AMICO M., CATALANOS., *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1/2014 in materia elettorale*, Milano 2014.

⁷⁸CARRILLO M., *Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios*, in AA.VV. (a cura di), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años del Tribunal Constitucional español*, cit., 297 ss.; ROMBOLI R., *Giudici comuni e Corte costituzionale nel*

diffusione del controllo, che oggi segna l'evoluzione dei sistemi europei, non va letta come un indebolimento del ruolo della Corte, ma piuttosto come un suo rafforzamento nel complessivo sistema delle garanzie costituzionali. L'apertura operata dalla Corte ai giudici comuni, dapprima mediante appositi strumenti decisori⁷⁹ e, poi, con il canone dell'interpretazione conforme, valorizza la giurisdizione comune come sede naturale di protezione dei diritti, ma non esclude una partecipazione della giurisdizione costituzionale nell'esercizio di tale funzione di protezione, sia pure in ultima istanza⁸⁰.

Nonostante, dunque, la limitatezza delle vie d'accesso, la Corte costituzionale italiana ha saputo imporsi nel sistema come organo forte ed autorevole, capace di assicurare un buon livello di tutela costituzionale estendendo il proprio sindacato in base alle concrete esigenze del momento. Le capacità espansive della Corte costituzionale italiana si sono manifestate soprattutto nei momenti di tensione del sistema parlamentare in cui l'organo di giustizia costituzionale non ha esitato ad assumere un ruolo di attore politico nelle dinamiche della forma di governo. In conseguenza, il controllo dell'accesso operato dalla Corte costituzionale, se da un lato ha permesso un buon rendimento del modello di giustizia costituzionale prescelto, dall'altro ha comportato un "*incombente mutamento di posizione nel sistema*" dell'organo di giustizia costituzionale, da cui in alcuni casi si evince come sia "*radicalmente in causa il rapporto tra politica e giurisdizione*"⁸¹. Le vicende della legge elettorale politica costituiscono, ancora una volta, un chiaro esempio della sovraesposizione politica della giustizia costituzionale in Italia. In occasione della Sentenza

giudizio sulle leggi, in *Idem*, 359 ss.; PÉREZ TREMPS P., *Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios: perspectivas del sistema de justicia constitucional en España*, México 2005.

⁷⁹ In particolare, sentenze interpretative di rigetto e additive di principio.

⁸⁰ AZZENA L., *Valorizzazione degli elementi di "diffusione" del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, cit., 389 ss.

⁸¹ In questi termini si esprime STAIANO S., *Introduzione*, cit., 48. Sul difficile equilibrio tra politica e diritto nell'azione dell'organo di giustizia costituzionale RUGGERI A., *Note minime in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità*, cit., 656 ss.

1/2014, infatti, la Corte non solo ha forzato le regole dell'accesso per assicurare tutela a situazioni giuridiche soggettive che diversamente ne sarebbero rimaste prive, ma ha anche assunto un ruolo di supplenza del legislatore nella regolazione del sistema elettorale. Nonostante, però, la eccessiva politicità della Corte italiana è evidente il suo consolidamento nel sistema come organo forte ed autorevole che negli anni ha conquistato una posizione di sovra-ordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.

Nel sistema spagnolo, invece, il *Tribunal Constitucional* è un organo in crisi, fortemente delegittimato nella sua funzione di garante della Costituzione, e ciò non solo per la difficile gestione del carico di lavoro derivante dall'elevato numero dei ricorsi di *amparo*, ma anche per la eccessiva politicità dei giudizi di costituzionalità che finisce per compromettere la stabilità degli equilibri istituzionali. La questione dipende ancora una volta dalla disciplina dell'accesso al giudice costituzionale e, in primo luogo, dalla possibilità riconosciuta al Governo di impugnare gli atti, legislativi e non, delle Comunità Autonome con effetto sospensivo automatico⁸². Questa anomala asimmetria tra Stato e Comunità Autonome nel giudizio di costituzionalità, unita ad una non equilibrata gestione dei tempi della giustizia costituzionale, è tale riflettersi sui risultati della stessa. L'eccessivo carattere politico del controllo di costituzionalità discende, inoltre, dal riconoscimento di un potere di impugnativa alle minoranze parlamentari ciò che porta il *Tribunal Constitucional* ad entrare nel vivo della dialettica politica.

Criticità nel sistema di accesso alla giustizia costituzionale in Spagna emergono, in ultimo, anche sul piano dei conflitti costituzionali. A tal riguardo, particolare interesse assume il caso del conflitto in difesa dell'autonomia locale; istituto non previsto in Italia, ma guardato con grande interesse nella prospettiva di una eventuale allargamento delle vie d'accesso al giudice costituzionale. La rigorosa disciplina dei requisiti di accesso ha di fatto impedito che si potesse

⁸²Art. 161.2 CE e articolo 30 Legge Organica 2/1979.

giungere ad una decisione nel merito; circostanza che induce gli enti territoriali minori, pur in presenza di uno specifico strumento di tutela, a percorrere altre forme di partecipazione alla giustizia costituzionale, in particolare la via incidentale. A sua volta, la scarsa utilizzazione del ricorso per conflitto di attribuzione oltre a dipendere dalla limitata enumerazione dei soggetti espressamente legittimati, è dovuta in buona parte anche alla previsione di un ricorso individuale diretto che, estendendo al massimo grado le possibilità di accesso alla giustizia costituzionale, riduce l'appetibilità del conflitto al di fuori dei casi formalmente disciplinati⁸³.

L'allargamento delle vie d'accesso al giudice costituzionale, dunque, non necessariamente comporta maggiori garanzie in termini di tutela costituzionale. Al contrario, un accesso particolarmente ampio rischia di compromettere la funzionalità dell'organo di giustizia costituzionale e di esporlo politicamente⁸⁴. Ovviamente, il concreto funzionamento di un sistema di giustizia costituzionale dipende da dinamiche molto più ampie e complesse che attengono anche all'organizzazione della forma di Stato e di governo, ma le esperienze qui messe a confronto rilevano l'importanza di soluzioni equilibrate in tema di accesso, soprattutto «*esterno*», alla giustizia costituzionale. Lo dimostra, innanzitutto, l'esperienza spagnola dove si è dovuto intervenire sul piano legislativo per cercare di razionalizzare il sistema di giustizia costituzionale pregiudicato tanto dall'eccesso di partecipazione diretta quanto dalla sovraesposizione politica del *Tribunal Constitucional*. Ma, lo dimostra anche l'esperienza italiana dove, pur non essendosi giunti ad una modifica legislativa

⁸³ In Italia il sempre più diffuso utilizzo del conflitto di attribuzione è dovuto proprio all'assenza di un ricorso individuale diretto. La estensione della categoria dei soggetti legittimati vuole appunto permettere il superamento dei limiti derivanti dalle altre forme di partecipazione, soprattutto dopo che la Corte ha riconosciuto l'ammissibilità di un conflitto su atti legislativi.

⁸⁴ RUGGERI A., *Note minime in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità*, cit., 656 ss.; PATRONI GRIFFI A., *La reforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia*, cit., 319 ss.; CELOTTO A., *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, cit., 12 ss.; FAVOUERFAVOREU L., *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. 3 ss.

del sistema, è stata l'opera creativa della Corte costituzionale a permettere di superare i limiti al sistema di accesso. Sotto tale profilo, infatti, neanche un accesso troppo limitato può condividersi dal momento che finirebbe per impoverire la dialettica processuale, senza però assicurare un «arretramento complessivo della giurisdizione davanti alla politica»⁸⁵.

Nei Capitoli successivi si passerà, pertanto, ad analizzare la giurisprudenza di ogni singolo processo costituzionale per esaminare come si è articolato, in Spagna, il rapporto tra accesso e livello di tutela costituzionale.

⁸⁵ RUGGERI A., *Note minime in tema di accesso ai giudizi di costituzionalità*, cit., 659.

CAPITOLO II

La tutela dei diritti fondamentali e libertà pubbliche: il *recurso de amparo*

Le origini dell'istituto

L'elemento di maggiore rilevanza del sistema di giustizia costituzionale spagnolo è rappresentato dall'attribuzione al *Tribunal Constitucional* della competenza a conoscere dei ricorsi di *amparo* a tutela di taluni diritti e libertà fondamentali [art. 161.1 b) CE].

La previsione di un ricorso individuale diretto per la protezione dei diritti e libertà fondamentali non costituiva, al momento in cui i costituenti spagnoli scelsero di introdurre un sistema di giustizia costituzionale di tipo accentrato, una scelta obbligata, come dimostra l'assenza di un tale meccanismo in Paesi, ad esempio Italia, i cui sistemi di giustizia costituzionale pur appartengono al più generale modello europeo. La tutela dei diritti non rappresenta, infatti, una funzione imprescindibile dei moderni Tribunali costituzionali la cui vera essenza risiede piuttosto nel controllo di costituzionalità delle leggi e nella risoluzione dei conflitti costituzionali⁸⁶.

Tuttavia, la moderna fenomenologia dei sistemi di giustizia costituzionale dimostra che l'originaria funzione del controllo di costituzionalità delle leggi che motivò la creazione dei primi Tribunali costituzionali costituisce oggi solo una delle diverse competenze che questi hanno progressivamente assunto.

⁸⁶ OLIVER ARAUJO J., *El amparo constitucional en España*, in PALOMINO MANCHEGO J. F., REMOTTI CARBONELL J. C. (a cura di), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima 2016, 323 ss.; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, Valencia 2015, 23 ss.

Il modello di giustizia costituzionale spagnolo riflette chiaramente questa tendenza espansiva se si considera che la giurisdizione riservata al *Tribunal Constitucional* rappresenta una delle più ampie in Europa⁸⁷. In tale contesto, anche riconoscendo che il controllo di costituzionalità mantiene una indubbia rilevanza qualitativa, è certamente l'attività esercitata in sede di *amparo* quella che riveste maggiore importanza dal punto di vista quantitativo⁸⁸.

Inoltre, la previsione di un ricorso individuale diretto tra le competenze assegnate al *Tribunal Constitucional* segna profondamente il modello di giustizia costituzionale delineato dalla Costituzione del 1978. Da un lato, come esempio di massima estensione dell'accesso permesso almeno in astratto a “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*” [art. 162.1 b) CE]. Dall'altro, come giurisdizione delle libertà *in senso stretto* che ha contribuito alla affermazione di una nuova cultura giuridica dei diritti fondamentali.

Il ricorso di *amparo* non costituisce, tuttavia, una novità assoluta introdotta dal Costituente del 1978 pur se, certamente, solo nella recente transizione democratica assume un ruolo centrale nel sistema delle garanzie costituzionali.

Le prime forme di controllo della legge e di tutela dei diritti e libertà risalgono in Spagna all'età medievale e, in particolare, al sistema forale del *Reino de Aragón*.

Il sistema di giustizia in esso istituito si articolava in diversi *fueros*, con competenze specifiche, cui i sudditi potevano accedere per reclamare abusi, eccessi ed arbitrarietà del sovrano.

Al di sopra dei diversi *fueros*, il *Justicia Mayor* operava come supremo interprete del diritto e garante dei diritti e libertà. Questo organo di vertice con funzioni di natura tanto politica quanto giurisdizionali costituisce un primo esempio di giurisdizione delle libertà nella storia del diritto spagnolo. Alcuni

⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, cit., 145 ss.

⁸⁸ OLIVER ARAUJO J., *El amparo constitucional en España*, cit., 330.

autori vedono, addirittura, in tale sistema di giustizia medievale un antecedente del ricorso di *amparo* considerato che il *Justicia Mayor amparaba a las personas y a sus bienes*⁸⁹.

Tuttavia, l'esperienza dei processi forali aragonesi non è assimilabile ai moderni sistemi di giustizia costituzionale, salvo che per una analoga finalità garantista. Fatta eccezione, però, per il sistema dei processi forali aragonesi non è dato rinvenire nella storia del diritto spagnolo alcun sistema rilevante di tutela dei diritti fino alla Costituzione repubblicana del 1931; e ciò nonostante le Costituzioni del XIX secolo già riconoscessero una serie di diritti fondamentali. L'assenza di specifici meccanismi di tutela è dovuta evidentemente alla diffusa convinzione che fosse sufficiente la mera proclamazione costituzionale dei diritti affinché lo Stato li rispettasse⁹⁰.

L'antecedente diretto dell'attuale *recurso de amparo* si rinviene, dunque, nella Costituzione del 1931 il cui art. 121 nel prevedere l'istituzione di un *Tribunal de Garantías Constitucionales*, con giurisdizione in tutto il territorio della Repubblica, gli assegnava tra le altre funzioni quella di conoscere del "*recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades*"⁹¹. Nel 1933 vennero approvati la Legge

⁸⁹ Sulla giustizia forale aragonese FERRER MAC-GREGOR E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, México D. F., 2000, 3 ss.; GARCÍA RUIZ J. L., *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid 1980, 44 ss.; BONET NAVARRO A., *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Saragozza 1982; GARCÍA GALLO A., *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1973, 419 ss.; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, Palma di Maiorca 1986, 78 ss.

⁹⁰ Il progetto della Costituzione monarchica del 1929 prevedeva tra gli altri strumenti processuali anche un *recurso de amparo ciudadano* (art. 103). A parte l'omonimia con quello che sarà il vero e proprio *recurso de amparo*, l'istituto non presentava le caratteristiche proprie di uno processo costituzionale a tutela dei diritti fondamentali. Inoltre, la figura del *recurso de amparo ciudadano* non fu riprodotta nel testo definitivo della Costituzione monarchica. Il primo esempio di *recurso de amparo* in Spagna sarà, dunque, quello previsto nella Costituzione repubblica del 1931. FERRER MAC-GREGOR E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, cit. 19 ss.

⁹¹ A sua volta, l'art. 105 disponeva che "*La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales*". Va a tal fine rilevato che, pur se la tutela dei diritti in sede costituzionale era stata articolata in

del *Tribunal de Garantías Constitucionales* il relativo Regolamento di esecuzione al fine di disciplinare, tra le altre cose, i diritti suscettibili di tutela, i soggetti legittimati, gli atti impugnabili e il procedimento di *amparo*⁹².

Rispetto al *Justicia Mayor del Reino de Aragón*, il *Tribunal de Garantías Constitucional* rappresenta un vero e proprio organo di giustizia costituzionale conforme al modello che, a partire dai primi decenni del '900, inizierà a svilupparsi in Europa. Tra le esperienze di giustizia costituzionale del primo dopoguerra quella spagnola riveste una particolare rilevanza per l'importanza che già allora assunse lo strumento del ricorso di *amparo*. Nel breve periodo di attività del *Tribunal de Garantías Constitucionales* l'*amparo* ha, infatti, costituito l'ambito di maggiore virtualità. Era naturale, infatti, che nel nuovo sistema democratico affermatosi dopo la dittatura del Generale Primo de Rivera si introducessero meccanismi processuali qualificati, come il ricorso di *amparo*, attraverso cui dare contenuto ed effettività ai diritti fondamentali, evitando che le relative disposizioni costituzionali si traducessero in lettera morta.

La previsione di un ricorso di *amparo* nella Costituzione del 1931 non si deve tanto agli antecedenti nazionali, ma piuttosto al confronto con alcune esperienze straniere. Senza negare l'influenza comunque rilevante del *Bescheidbeschwerde* austriaco⁹³ sarà il già consolidato sistema messicano del *juicio de amparo de*

duplice istanza, la mancata istituzione dei *Tribunales de urgencia* condussero ad una modificazione di fatto del ricorso di *amparo* esperibile in unico grado dinanzi al solo *Tribunal de Garantías Constitucionales*.

⁹² Articoli 44 a 53 della Legge del *Tribunal de Garantías Constitucional* e 95 a 101 del relativo Regolamento. La disciplina del *recurso de amparo* sarà completata dalla *Ley de Orden Público* emanata il 28 luglio del 1933 con la quale si procedette ad estendere il catalogo degli atti impugnabili includendo anche le sanzioni pecuniarie dell'autorità governativa; ciò che finirà per coprire la maggior parte del carico di lavoro del *Tribunal*.

⁹³ Il *Bescheidbeschwerde*, previsto all'articolo 144 della Costituzione del 1920, consente un ricorso diretto avverso una decisione amministrativa che, attraverso l'applicazione di una norma illegittima, violi un diritto individuale. Nel 1975 un emendamento costituzionale introdusse una seconda possibilità di ricorso diretto (*Individualantrag o Individualbeschwerde*). In tal caso, gli articoli 139 e 140 della Costituzione disciplinano la competenza della Corte costituzionale a giudicare la costituzionalità di leggi e la legittimità di regolamenti ogniqualvolta il ricorrente

garantías individuales a giocare un ruolo decisivo per la configurazione del ricorso di *amparo* in Spagna⁹⁴.

El *juicio de amparo* messicano costituisce il vero archetipo dei moderni meccanismi di tutela diretta dei diritti fondamentali. Fu previsto per la prima volta nell'art. 100 della Costituzione federale del 1857 che riconosceva ai Tribunali della Federazione la competenza a risolvere “*toda controversia que se suscite: 1. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violaran las garantías individuales*”. A tal fine, l'art. 102 stabiliva che i giudici risolvono “*la petición de la parte agravada*” con sentenza “*que solo se ocupe de individuos particulares, limitándose a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que verse el proceso*”. L'attuale disciplina risulta dagli articoli 103 e 107 della Costituzione politica del 1917 e dalla *Ley de Amparo* del 1936 che, oltre alla terminologia, conservano anche i caratteri propri dell'originario *juicio de amparo* come azione ordinaria di tutela dei diritti e non come strumento sussidiario e straordinario di protezione, come sarà invece l'*amparo* in Spagna.

lamenti la lesione diretta di un diritto derivante dalla predetta incostituzionalità o illegittimità, e la legge o il regolamento si applichino alla situazione giuridica soggettiva del ricorrente, senza che di questi sia stata fatta però attuazione da parte di un organo giurisdizionale. ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional*, Madrid 1980, 18; MEILÁN GIL J. L., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 92/1996, 23; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, cit., 88;

CASCAJO CASTRO J. L., *Kelsen y la Constitución española de 1931*, in *Revista de estudios políticos*, n. 1/1978, 245.

⁹⁴GARCÍA RUIZ J. L., *El recurso de amparo en el derecho español*, cit., 40; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, cit. 73 ss; SÁNCHEZ AGESTA L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, 387 ss.; BASSOLS COMA M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid 1981, 75; DE ESTEBAN J., *Prólogo* a GARCÍA RUIZ J. L., *El recurso de amparo en el derecho español*, cit., 10; FERNÁNDEZ SEGADO F., *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid 1989, 171 ss.; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO N., *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid 1933, 525 ss. Cfr. PÉREZ TREMPES P., *El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del Tribunal Constitucional (El recurso de amparo)*, in *Anuario de Derechos Humanos*, n. 1/1982, 430, secondo cui l'influenza messicana si limiterebbe alla denominazione dell'istituto.

La conoscenza del modello messicano di tutela delle garanzie individuali si deve, in Spagna, all'opera di divulgazione dello studioso ed avvocato Rodolfo Reyes che, giunto in Europa a seguito della Rivoluzione messicana del 1910, portò a conoscenza della dottrina spagnola le virtù di un istituto ormai consolidato in Messico da quasi un secolo di storia⁹⁵.

Non è un caso, dunque, che nel progetto della Costituzione repubblicana del 1931 l'art. 100, al disciplinare le funzioni dell'istituendo *Tribunal de Garantías Constitucionales*, parlasse di “*juicio de amparo de garantías individuales*” utilizzando la stessa terminologia messicana. Nel testo costituzionale definitivamente perdendosi la qualificazione dell'istituto come “*juicio*”, sostituita con quella di “*recurso*”, più appropriata alla diversa natura dell'*amparo* spagnolo, si mantiene l'espressione “*garantías individuales*” che coincide con la terminologia utilizzata dalla Costituzione Politica messicana del 1917 e dalla *Ley de Amparo* del 1936 per riferirsi ai diritti fondamentali e libertà pubbliche oggetto di protezione in via di *amparo*. Aldilà, però, dell'influenza esercitata dall'esperienza messicana e delle richiamate coincidenze terminologie occorre rilevare che il *recurso de amparo* spagnolo viene configurato, già nel 1931, come uno strumento straordinario e sussidiario di tutela dei diritti e non, come il caso messicano, come un procedimento ordinario di protezione.

L'approvazione nel 1933 della legge del *Tribunal de Garantías Constitucionales* e del relativo Regolamento di esecuzione permise al nuovo organo costituzionale di iniziare a svolgere la sua attività. La *Ley de Orden Público* del 28 luglio 1933 completò la disciplina del *recurso de amparo de garantías individuales* includendo tra gli atti impugnabili anche le sanzioni pecuniarie dell'autorità governativa; impugnazioni che finiranno per coprire la maggior parte del carico di lavoro dell'organo di giustizia costituzionale.

Il *Tribunal de Garantías Constitucionales* continuerà a svolgere la sua attività anche nel corso della guerra civile fino al 1937, anno in cui ne venne decretato

⁹⁵ FERRER MAC-GREGOR E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, cit., 228 ss.

formalmente lo scioglimento. Nel corso della dittatura franchista il ricorso di *amparo* non scomparve, ma perse la sua funzione originaria di strumento straordinario di tutela dei diritti fondamentali trasformandosi in un ricorso amministrativo promovibile contro le decisioni delle organizzazioni sindacali. L'*amparo* rappresentava, infatti, il ricorso esperibile in grado d'appello dinanzi ai *Tribunales de Amparo de la Organización Sindical* per la tutela di diritti meramente economici.

Sciolto il *Tribunal de Garantías Constitucionales* declassato l'*amparo* ad un ricorso meramente amministrativo, nel corso della dittatura franchista la tutela dei diritti spettò al solo Potere giudiziario che, nonostante la parvenza di indipendenza, risultò fortemente compromesso alle ideologie del regime e, pertanto, restio a un'interpretazione progressista dei diritti costituzionali e della stessa Costituzione. Ne è prova la generalizzata convinzione presso i giudici comuni che le norme sui diritti fondamentali sono norme meramente programmatiche che possono acquisire piena efficacia presso i Tribunali solo se esiste un atto legislativo che abbia dato attuazione alle relative disposizioni costituzionali. La figura del giudice come organo incaricato della sola applicazione della legge ha impedito che si affermasse, durante la dittatura franchista, una cultura giuridica dei diritti fondamentali come diritti costituzionali direttamente azionabili.

Con la morte del Generale Franco avvenuta nel 1975 si avvierà in Spagna un processo di transizione politica che porterà alla restaurazione di uno Stato democratico e alla affermazione di nuovi valori e principi costituzionali. In sede costituente, il trascorso politico avrà una notevole influenza e orienterà in maniera decisiva le scelte dei costituenti. Due, in particolare, erano le esigenze che guidarono i costituenti: garantire la effettività dei diritti una volta

proclamati solennemente nel testo costituzionale e dirimere i conflitti istituzionali derivanti dal decentramento territoriale⁹⁶.

A tal fine, si scelse di ripristinare un sistema di giustizia costituzionale che, sull'esempio del precedente della II Repubblica e più direttamente di quello tedesco della Legge Fondamentale di Bonn del 1949, accentra nel *Tribunal Constitucional* oltre alla tipica funzione di controllo dell'attività legislativa, anche quella di tutela straordinaria di taluni diritti fondamentali, esercitata attraverso il ricorso di *amparo*⁹⁷.

La scelta di introdurre nel sistema delle garanzie costituzionali il ricorso di *amparo* e di assegnarne la competenza al *Tribunal Constitucional* non ottenne in sede costituente unanimità di consensi⁹⁸. Secondo le voci critiche, l'attribuzione al *Tribunal Constitucional* di una funzione in materia di protezione dei diritti fondamentali avrebbe compromesso la funzionalità dell'organo impedendogli di svolgere efficacemente le sue funzioni tipiche, quali sono appunto il controllo di costituzionalità delle leggi e la risoluzione dei

⁹⁶BLANCO VALDÉS R., *Il Tribunale costituzionale spagnolo: disegno giuridico e pratica politica*, cit., 292.

⁹⁷ La maggior parte della dottrina considera che il ricorso individuale diretto non costituisce un processo costituzionale tipico del modello accentrato di giustizia costituzionale. Sul punto si veda in particolare CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, cit. Tuttavia, come precisa DIEZ-PICAZO L.M., *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 14/1994, 25 ss., l'affermazione è difficile da condividere se si considera che nell'attuale fenomenologia dei sistemi di giustizia costituzionale europei la maggior parte dei Paesi prevedono un istituto analogo al ricorso di *amparo* fatta eccezione per Italia, Portogallo e Francia. Neanche si può accogliere un concetto di tipicità che tenga conto dell'accentramento in un unico organo del potere di controllare la validità costituzionale delle leggi, perché altrimenti si finirebbe per dubitare che alcuni tipi di processi, e in particolare la questione incidentale, siano un elemento tipico del modello accentrato di giustizia costituzionale.

⁹⁸ BUSTOS GISBERT R., *¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4/1999, 274 ss. CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 81/2008, 94 ss.; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit. 24; OLIVER ARAUJO J., *El amparo constitucional en España*, cit. 330.

conflitti costituzionali. Inoltre, si riteneva innecessario la previsione di un *amparo costituzionale* una volta previsto un procedimento, preferente e sommario, per la protezione dei diritti fondamentali dinanzi ai Tribunali ordinari (cd. *amparo ordinario o giudiziale*). Al tempo stesso, si temeva che la previsione di un ulteriore strumento giurisdizionale in materia di diritti fondamentali, capace addirittura di determinare l'annullamento delle decisioni giudiziarie, avrebbe inevitabilmente compromesso le relazioni del nuovo organo di giustizia costituzionale con il Potere giudiziario.

Tuttavia, la scelta di introdurre il ricorso di *amparo* presso il *Tribunal Constitucional* prevalse ampiamente sulla diversa soluzione di lasciare l'interpretazione dei diritti costituzionali nelle mani del solo Potere giudiziario che, non essendo stato riformato, continuava ad essere espressione di una cultura giuridica chiusa ai valori e ai principi democratici. L'assegnazione al solo Potere giudiziario della tutela dei diritti avrebbe reso certamente più lento e difficile il processo di assimilazione dei nuovi valori costituzionali. Pertanto, fu la sfiducia verso il corpo dei magistrati ordinari la principale ragione che indusse i costituenti ad assegnare al *Tribunal Constitucional* una competenza specifica in materia di diritti fondamentali.

Attraverso il ricorso di *amparo* il *Tribunal Constitucional* era chiamato a svolgere una importante opera di costituzionalizzazione dell'ordinamento. A tal fine, è innegabile che, soprattutto nei primi anni di attività, il ricorso di *amparo* ha svolto una fondamentale funzione “*educadora*”, contribuendo all'affermazione di una nuova cultura giuridica dei diritti fondamentali, e “*legitimadora*” del catalogo dei diritti fondamentali come diritti non solo formalmente riconosciuti, ma anche direttamente azionabili e, dunque, efficaci *ex Constitutione*⁹⁹. Attraverso il ricorso di *amparo costituzionale* si è anche favorita l'unificazione della interpretazione sul contenuto dei diritti

⁹⁹ In questi termini ARAGÓN REYES M., *Problemas del recurso de amparo*, cit., 140; OLIVER ARAUJO J., *El amparo constitucional en España*, cit. 332.

costituzionali e il continuo adeguamento di tale contenuto ai cambiamenti sociali.

L'attività di interpretazione dei diritti e, dunque, della Costituzione svolta dal *Tribunal Constitucional*, e vincolante per gli stessi giudici comuni¹⁰⁰, ha finito per trasformare l'*amparo* in una figura centrale dell'ordinamento spagnolo e in una sede privilegiata di tutela.

Una volta, però, consolidatasi la nuova cultura giuridico-costituzionale e definito il contenuto costituzionale dei diritti fondamentali il ricorso di *amparo* ha perso la sua originaria funzione riconvertendosi impropriamente in una ulteriore istanza giudiziale. L'eccessivo ricorso all'*amparo costituzionale* ha generato seri problemi strutturali, sovraccaricando oltremodo l'attività del *Tribunal Constitucional*, ed istituzionali, complicando le relazioni con il Potere giudiziario. Tale circostanza ha reso necessario un ripensamento dell'istituto, attraverso riforme legislative che permisero di ricondurre l'*amparo* alla giusta dimensione costituzionale.

La dottrina imputa le principali disfunzioni dell'*amparo* alla sua disciplina legislativa, considerata generalmente inadeguata a permettere una equilibrata gestione dell'accesso alla sede di *amparo*¹⁰¹.

Si procederà, pertanto, ad una ricostruzione della disciplina dell'*amparo* e delle successive modifiche che lo hanno interessato, al fine di trarre alcune considerazioni sulla situazione attuale del sistema di garanzia dei diritti.

¹⁰⁰ L'articolo 5.1 della Legge Organica 6/1985 del *Poder Judicial* stabilisce che "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".

¹⁰¹ ARAGÓN REYES M., *Problemas del recurso de amparo*, cit., 139; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, Valencia 2004.

La disciplina del *recurso de amparo*

La disciplina del *recurso de amparo* trova fondamento, innanzitutto, nella propria Costituzione e, in particolare, negli articoli 53.2, 161.1 b) e 162.1 b) CE che stabiliscono i caratteri essenziali dell'istituto.

Delle disposizioni menzionate, l'art. 53.2 CE stabilisce: “*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera 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*”.

La norma istituisce un sistema rafforzato di protezione giurisdizionale per taluni diritti fondamentali prevedendo, in aggiunta alla tutela giurisdizionale *ex art.* 24.1 CE garantita a tutti i diritti e interessi legittimi¹⁰², la possibilità di ricorrere ad un meccanismo processuale, preferente e sommario, dinanzi ai Tribunali ordinari (cd. *amparo ordinario o giudiziale*)¹⁰³ ed, eventualmente, di agire dinanzi al *Tribunal Constitucional* attraverso il cd. *amparo costituzionale*¹⁰⁴.

Dal disposto degli articoli 24.1 e 53.2 CE emerge che la funzione giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali è affidata in via ordinaria ai

¹⁰² L'articolo 24.1 CE “Tutte le persone hanno il diritto di ottenere tutela effettiva dai giudici e dai tribunali nell'esercizio dei loro diritti e interessi legittimi senza che, in nessun caso, possa verificarsi la mancanza di difesa”.

¹⁰³ L'espressione è contenuta nell'art. 114 della *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 13 luglio 1998 e identifica un procedimento speciale, preferente e sommario, per la protezione dei diritti fondamentali che risultassero lesi nell'esercizio dell'attività amministrativa. L'espressione viene estesa dalla dottrina per identificare tutti i procedimenti preferenti e sommari che si incontrano nella legislazione civile, penale ed amministrativa e che hanno sostituito l'originaria disciplina contenuta nella *Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales* con cui si dava attuazione al disposto nell'art. 53.2 CE.

¹⁰⁴ L'articolo 53.2 CE stabilisce che “Qualsiasi cittadino potrà ottenere la tutela delle libertà e diritti riconosciuti nell'articolo 14 e nella Sezione prima del Capitolo secondo, di fronte ai Tribunali ordinari attraverso un procedimento basato sui principi di preferenza e sommarietà e, se del caso, attraverso il ricorso di amparo di fronte al Tribunale Costituzionale. Quest'ultimo ricorso sarà utilizzabile nel caso dell'obiezione di coscienza riconosciuta nell'articolo 30”.

giudici integranti il Potere giudiziario e, in via eccezionale, al *Tribunal Constitucional* mediante il ricorso di *amparo* che la stessa Costituzione riconosce a “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*” [art. 162.1 b)], “*en los casos y formas que la ley establezca*” [art. 161.1 b)].

La competenza del *Tribunal Constitucional* di conoscere del “*recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2*” [art. 161.1 b)] costituisce senza dubbio la più interessante delle attribuzioni riservate al giudice costituzionale, trattandosi di una funzione non essenziale degli organi di giustizia costituzionale di tipo accentrato, ma rivelatasi nella pratica l’attività centrale di quei sistemi, come lo spagnolo, che hanno previsto un analogo istituto¹⁰⁵.

Il testo costituzionale delinea un modello di *amparo* aperto in cui si fissano i caratteri essenziali dell’istituto e si rimette al legislatore la sua configurazione processuale. Quest’ultima risulta essenzialmente dalla Legge Organica 2/1979 del *Tribunal Constitucional* e successive modificazioni, nonché da altre leggi complementari.

A tal proposito, sia pure solo in una prospettiva di *lege referenda*, appare opportuno riflettere sui margini della competenza legislativa in materia di *amparo*¹⁰⁶. Una prima questione riguarda la disponibilità del ricorso alla luce

¹⁰⁵ A quanti come CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, cit., hanno sostenuto che la funzione di tutela dei diritti fondamentali non è una funzione tipica dei sistemi di giustizia costituzionale di tipo accentrato, DIEZ-PICAZO L.M., *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, cit., 25 ss., puntualizza che nei moderni sistemi europei di giustizia costituzionale la previsione di un ricorso individuo diretto in sede costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali costituisce una acquisizione quasi generalizzata essendo regolato nella maggior parte dei Paesi europei.

¹⁰⁶ ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, in AA.VV. (a cura di), *La democracia constitucional*, Madrid 2002, 1823 ss.; ID., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 12 ss.; CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 89 ss.; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo constitucional: aspectos procesales*, in AA.VV. (a cura di), *Los procesos constitucionales*, Madrid 1992, 123 ss; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*,

della sua previsione costituzionale. L'inciso "y, *en su caso*" dell'art. 53.2 CE sembrerebbe, infatti, configurare il ricorso di *amparo* come strumento processuale meramente eventuale di cui il legislatore potrebbe disporre liberamente, potendo addirittura decidere la sua decostituzionalizzazione¹⁰⁷.

Tuttavia, la dottrina dominante ritiene che l'inciso "y, *en su caso*" dell'art. 53.2 CE non suppone la piena disponibilità del ricorso di *amparo* da parte del legislatore. Pertanto, avendo provveduto il costituente a definirne i caratteri essenziali, un'eventuale soppressione del ricorso di *amparo* dai meccanismi di protezione dei diritti sarebbe possibile solo attraverso una riforma costituzionale¹⁰⁸.

Pertanto, deve considerarsi che l'inciso "y, *en su caso*" dell'art. 53.2 CE, insieme a quello dell'art. 161.1 b) CE che rimette al legislatore la concreta definizione dei casi e forme di accesso al *recurso de amparo*, costituiscono piuttosto una clausola a favore del legislatore per definire la disciplina processuale dell'*amparo*, ma non per disporre di esso.

Una seconda questione riguarda poi la discrezionalità del legislatore nel determinare le categorie di soggetti legittimati ad agire in *amparo*. La norma costituzionale contenuta nell'art. 162.1 b) CE, che estende l'accesso a "*toda persona natural y jurídica*" purché abbia un "*interés legítimo*", permette al

cit., 23 ss.; FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III LOTC*, Madrid 1994, 13 ss.; CRUZ VILLALÓN P., *Sobre el amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 41/1994, 12; RUBIO LLORENTE F., *El recurso de amparo constitucional*, in RODRÍGUEZ PIÑERO M., FERRER B. (a cura di), *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994. Coloquio internacional. Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994*, Madrid 1995, 128 ss.

¹⁰⁷ PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit., 39.

¹⁰⁸ ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1823 ss.; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit. 38; OLIVA SANTOS de la A., DÍEZ PICASO GIMÉNEZ I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid 1996, 67 ss.; RUBIO LLORENTE F., *El recurso de amparo*, in RUBIO LLORENTE F., JIMÉNEZ CAMPO J. (a cura di), *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998; RUBIO LLORENTE F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, cit., 9 ss.

legislatore di modulare la legittimazione attiva a seconda delle singole fattispecie di *amparo*.

Per quanto riguarda, invece, i diritti azionabili in *amparo* la questione ampiamente discussa in dottrina è se il catalogo di diritti elencati nell'art. 53.2 CE (artt.14 a 29 e 30.2 CE) costituisca una lista tassativa per il legislatore all'ora di definire la disciplina processuale dell'*amparo* o, piuttosto, si tratti di una lista meramente indicativa. Il dubbio è stato risolto dallo stesso legislatore all'atto di predisporre la concreta disciplina processuale del ricorso di *amparo*, avendo riconosciuto tutti i diritti menzionati nell'art. 53.2 CE come possibile oggetto di *amparo*. Sempre in una prospettiva di *lege ferenda* va comunque rilevato che il legislatore non può disporre del catalogo dei diritti azionabili in *amparo* che dovranno essere, almeno formalmente, e fermo restando la concreta interpretazione del *Tribunal Constitucional* sul contenuto delle disposizioni costituzionali, tutti quelli menzionati nell'art. 53.2 CE.

Alla luce delle considerazioni che precedono, i margini di attuazione legislativa si estendono alla determinazione degli atti suscettibili di impugnazione, alla fissazione delle regole di interposizione, ammissione, risoluzione ed effetti delle decisioni di *amparo* e, nei limiti delle previsioni costituzionali, alla modulazione della legittimazione attiva in base alla concreta fattispecie di *amparo*.

La disciplina processuale del *recurso de amparo* costituzionale è contenuta, come sopra anticipato nel Titolo III della Legge Organica 2/1979, del 3 Ottobre, del *Tribunal Constitucional* (d'ora in avanti LOTC), nel testo risultante dalle successive modificazioni¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Ad oggi la LO 2/1979 ha subito otto modificazioni. La prima di queste si realizzò con la Legge Organica 8/1984 in relazione al regime di ricorsi, compreso quello di *amparo*, applicabile in caso di esercizio del diritto all'obiezione di coscienza. Con la LO 4/1985 si abrogava, invece, la originaria disciplina del ricorso previo di incostituzionalità contro leggi organiche e Statuti di Autonomia. Tale meccanismo di controllo costituzionale è stato reintrodotta con la ultima riforma della LOTC (LO 12/2015), sia pure limitatamente ai Progetti e proposte di riforma degli Statuti di Autonomia. A sua volta, la LO 6/1988 modificò il giudizio di ammissibilità del ricorso

Come si vedrà in seguito, la LOTC regola diverse tipologie di *amparo* a seconda che l'origine della lesione costituzionale discenda da un atto parlamentare non legislativo (art. 42), da un atto amministrativo (art. 43) o da una decisione giudiziaria (art. 44). Per ciascuno di essi sono previsti specifici requisiti soggettivi ed oggettivi.

Completano la disciplina generale contenuta nella LOTC altre leggi che o prevedono una speciale tipologia di ricorso di *amparo* o semplicemente applicano il modello generale a violazioni di diritti diversi da quelli previsti nella Costituzione come possibile oggetto di *amparo*. Si pensi, ad esempio, alla Legge Organica 5/1985, del 19 giugno, del Regime Elettorale Generale (d'ora in avanti, LOREG) che disciplina due fattispecie di *amparo* diverse da quelle previste in via generale dalla LOTC. In particolare, la LOREG prevede la tutela in *amparo* contro gli atti di proclamazione dei candidati e delle candidature (art. 49), e contro gli atti di proclamazione degli eletti e quelli di elezione dei Presidenti delle corporazioni locali (114).

Merita di essere menzionata, infine, la Legge Organica 3/1984, del 26 di marzo, recante norme sull'iniziativa legislativa popolare che prevede la possibilità di ricorrere in *amparo* contro la decisione della *Mesa del Congreso* di dichiarare inammissibile una proposta di legge (art. 6). Non si tratta in tal caso di una ulteriore fattispecie di *amparo*, come accade in materia elettorale, ma semplicemente di una estensione della disciplina generale ad una situazione giuridica diversa da quelle già tutelate. La Legge Organica sull'iniziativa legislativa popolare prevede, infatti, che l'*amparo* “*se tramitará de conformidad con lo previsto en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*”.

di *amparo*, su cui tornerà successivamente anche la LO 6/2007 con cui è stata realizzata una riforma generalizzata del sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Con la LO 7/1999 si è attribuita al *Tribunal Constitucional* una nuova competenza, per la risoluzione dei conflitti in difesa dell'autonomia locale. La LO 1/2000 introdusse una fase previa di conciliazione nel ricorso diretto di incostituzionalità, mentre la LO 1/2010 attribuiva al *Tribunal Constitucional* la competenza a conoscere i ricorsi e le questioni introdotti dai territori con diritti storici contro le norme forali fiscali.

Natura giuridica

Le norme costituzionali, oltre a prevedere il ricorso di *amparo* dinanzi al *Tribunal Constitucional* tra i meccanismi processuali che configurano il sistema costituzionale di protezione dei diritti, forniscono anche delle indicazioni sulla natura giuridica e sulle finalità di tale istituto di giustizia costituzionale.

Si tratta, innanzitutto, di una azione processuale autonoma e non di un mezzo di impugnazione come lascerebbe intendere la qualificazione di “ricorso” utilizzata dallo stesso costituente. Il ricorso di *amparo* non rappresenta, infatti, la riproduzione di un’azione che, dentro di un processo già avviato, è possibile presentare dinanzi ad un organo superiore di uno stesso ordine giurisdizionale. Si tratta, piuttosto, di un’azione proponibile dinanzi ad un organo giurisdizionale estraneo al Potere giudiziario e il cui oggetto risulta circoscritto alla sola tutela di un diritto fondamentale. Il ricorso di *amparo* è, dunque, un’azione processuale autonoma e, nello specifico, è un’azione costituzionale trattandosi di una competenza propria del *Tribunal Constitucional*¹¹⁰.

Il dubbio sulla effettiva natura del ricorso di *amparo* discenderebbe dal suo carattere sussidiario rispetto agli ordinari strumenti di tutela che conduce spesso nella pratica ad una totale o parziale coincidenza di oggetto tra la domanda di *amparo* e quella previamente proposta dinanzi ai Tribunali ordinari.

Nella sua funzione di supremo interprete della Costituzione, il *Tribunal Constitucional* ha chiarito sin dalle sue prime decisioni che il ricorso di *amparo* non costituisce “*una instancia de revisión del derecho aplicado por los Jueces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación*” (ATC 106/1980, FJ 4)¹¹¹. Nella stessa direzione, precisava che “*este Tribunal no es una tercera*

¹¹⁰ PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit. 27; CORDÓN MORENO F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid 1992, 33; FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional Español*, Madrid 1992, 1102; FERRER Mac-GREGOR E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, cit., 159 ss.

¹¹¹ Anche nella STC 2/1981 il *Tribunal Constitucional* affermava che l’amparo “*no es...una nueva instancia*”.

instancia a la que corresponde revisar, con carácter general, los hechos declarados probados y el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada” (STC 11/1982, FJ 4).

Rileva, poi, il carattere straordinario, sussidiario e definitivo dell’azione di *amparo* costituzionale che risulta, in primo luogo, dall’art. 53.2 CE e più dettagliatamente dalla disciplina processuale contenuta nella LOTC.

Il carattere straordinario del ricorso di *amparo* costituzionale discende dalla specificità dell’oggetto e finalità perseguita, dal momento che tale meccanismo processuale sarà azionabile solo in presenza di una violazione de “*Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución...*” e “*la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta*” (artt. 41.1 LOTC e 53.2 CE) e al solo fine di “*restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formulò el recurso*” (art. 41.3 LOTC).

La natura straordinaria del ricorso di *amparo* è stata più volte ribadita dallo stesso *Tribunal Constitucional* secondo cui “*el recurso de amparo tiene como finalidad esencial la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades contemplados en el art. 53.2 CE a los que exclusivamente se circunscribe su ámbito (SSTC 10/1985, 32/1987 y 54/1993, entre otras), de tal modo que a lo único que este Tribunal puede dar respuesta en dicho proceso es la existencia o no de una vulneración de los mencionados derechos y libertades fundamentales, sin que le resulte posible hacer pronunciamiento alguno que exceda de dicho ámbito*” (SSTC 6/1998, FJ 4; 122/2008, FJ 4).

L’aspetto più interessante, anche per i risvolti pratici che ad esso si accompagnano, è certamente il carattere sussidiario del ricorso di *amparo* che risulta in primo luogo dall’inciso “*y, en su caso*” dell’art. 53.2 CE e, più nello specifico, dalla disciplina processuale contenuta nella LOTC (artt. 42 a 44). Dalla complessiva disciplina dell’*amparo* discende chiaramente che la protezione dei diritti fondamentali potrà attivarsi dinanzi al *Tribunal*

Constitucional solo dopo aver concluso tutte le vie ordinarie di tutela esperibili nel caso e qualora queste siano risultate insufficienti a riparare il danno subito.

L'art. 53.2 CE non contiene, dunque, una clausola aperta che permette la piena disponibilità del sistema di garanzie costituzionali da parte del legislatore, ma fissa piuttosto una gerarchia tra gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, individuando i Tribunali ordinari come garanti naturali ed abituali di tali diritti e il Tribunale costituzionale come sede ultima ed eventuale di tutela giurisdizionale¹¹².

Il carattere sussidiario della tutela di *amparo* in sede costituzionale si traduce nella LOTC nella previsione di un obbligo di concludere, nei casi in cui esista e sia esperibile, la via giudiziale previa, pena la inammissibilità del ricorso di *amparo*. Pertanto, salvo alcuni casi eccezionali di accesso diretto in *amparo*¹¹³, “*solamente una vez agotadas las oportunidades que ofrezca el sistema de acciones y recursos podrá plantearse el sedicente agravio en sede constitucional, nunca directamente*” (STC 227/1999, FJ 1). L'individuazione della tipologia di azioni e ricorsi esperibili dinanzi ai Tribunali ordinari per adempiere al requisito processuale della conclusione della via giudiziale previa dipenderà ovviamente dalle caratteristiche del caso concreto. Nella pratica tale selezione assume particolare rilevanza perché da essa dipende la sorte del futuro *amparo*.

Nella gerarchia degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, l'*amparo* costituzionale si configura non solo come sussidiario, ma anche come “*medio último de garantía*” nell'ordinamento interno (STC 31/1981, FJ 1). Il carattere definitivo di tale strumento di tutela discende dalla inoppugnabilità delle sentenze del *Tribunal Constitucional* sancita negli articoli 164.1 CE e 93.1 LOTC. Tali affermazioni vanno, però, rivalutate alla luce dell'attuale contesto di tutela multilivello dei diritti fondamentali.

¹¹² PERÈZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 27 ss.; SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 219.

¹¹³Ci si riferisce al cd. *amparo* parlamentare regolato dall'articolo 42 LOTC.

Il processo di internazionalizzazione dei diritti umani ha portato, infatti, oltre al loro riconoscimento in diverse Carte, Trattati e Convenzioni, anche alla previsione a livello sovranazionale di strumenti di protezione giurisdizionale dei diritti umani. A tal riguardo, particolare rilevanza assume il sistema di protezione dei diritti previsto in seno al Consiglio d'Europa e che attribuisce alla Corte Europea dei Diritti Umani la competenza a conoscere, una volta esaurite tutte le vie giurisdizionali interne, dei ricorsi individuali contro gli Stati aderenti che denunciano lesioni dei diritti fondamentali garantiti nella Convenzione di Roma del 1950¹¹⁴. La configurazione del ricorso come azione individuale diretta, di natura straordinaria e sussidiaria, ha indotto la dottrina a parlare di un *amparo europeo* in contrapposizione a quelli *ordinario* e *costituzionale* regolati a livello statale¹¹⁵.

Il carattere definitivo a livello internazionale del cd. *amparo europeo* invita a riflettere sugli effetti che le sentenze della Corte EDU producono sulla giustizia costituzionale e, più in particolare, sull'attività di interpretazione dei diritti fondamentali svolta dal *Tribunal Constitucional* in sede di *amparo*.

Occorre rilevare a tal fine che dal punto di vista processuale l'*amparo europeo* non costituisce “*una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal*” dal momento che “*el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tan solo ostenta una potestad declarativa*” (STC 197/2006, FJ 3).

La natura meramente dichiarativa e non esecutiva delle Sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani non esclude, però, un'influenza della giurisprudenza

¹¹⁴ Articolo 34 CEDU.

¹¹⁵ Si veda a proposito dell'*amparo europeo* e di una sua comparazione con l'*amparo costituzionale spagnolo*, ÁLVAREZ OSSORIO MICHEO F., *Tutela de derechos o justicia constitucional*, Madrid 2015.

europea sull'attività di interpretazione dei diritti costituzionali svolta a livello interno. Anzi, l'influenza della giurisprudenza europea su quella interna risulta sempre più rilevante.

È evidente, infatti, che se i diritti fondamentali e le libertà pubbliche riconosciuti dalla Costituzione devono interpretarsi conformemente ai trattati e agli accordi internazionali ratificati dalla Spagna (art. 10.2 CE), l'interpretazione dei diritti compiuta dalla Corte Europea dei Diritti Umani non può non costituire un parametro rilevante per l'interpretazione dei diritti costituzionali¹¹⁶.

Analoghe considerazioni possono svolgersi anche rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che il *Tribunal Constitucional* assume sempre più spesso come parametro di riferimento nell'interpretazione del diritto interno *ex art. 10.2 e 93 CE*¹¹⁷.

Il riconoscimento di una influenza sempre crescente della giurisprudenza europea ed internazionale nell'interpretazione dei diritti costituzionali induce a ridimensionare l'affermazione sul carattere definitivo ed ultimo del ricorso di amparo costituzionale per tener conto del più ampio sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Un'ultima caratteristica del ricorso di *amparo* costituzionale risiede nella sua duplice natura soggettiva ed oggettiva. La dimensione soggettiva è data dalla configurazione dell'*amparo* come strumento processuale di protezione delle situazioni soggettive attraverso cui "*todos los ciudadanos*" possono proteggersi

¹¹⁶ A tal riguardo, nella STC 245/1991, FFJJ 2 e 3, il *Tribunal Constitucional* dichiarava che "*En efecto, que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las Sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio*".

¹¹⁷ In tal caso, la proposizione di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per la corretta interpretazione interna dei diritti fondamentali determina una relazione di dipendenza logico-processuale tra giurisprudenza europea e giurisprudenza interna. Si veda al riguardo il cd. caso Melloni (ATC 86/2011, STC 26/2014).

“frente a las violaciones de los derechos y libertades” (art. 41.2 LOTC) e agire per “restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formulò el recurso” (art. 41.3 LOTC).

La natura dichiaratamente soggettiva non impedisce rilevare al tempo stesso anche una natura oggettiva dell’*amparo* che, trascendendo dal caso concreto, si configura anche come strumento funzionale all’interpretazione della Costituzione. È evidente, infatti, che l’interpretazione dei diritti fondamentali compiuta in sede di *amparo* costituisce pur sempre un’interpretazione del contenuto delle disposizioni costituzionali.

Tanto rilevava lo stesso *Tribunal Constitucional* nella sua prima Sentenza nella quale ebbe cura di puntualizzare che “*la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece 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*” (STC 1/1981, FJ 2).

Le due dimensioni coesistono, dunque, nel ricorso di *amparo* e riflettono in sede processuale la doppia dimensione che possiedono i diritti fondamentali, giacché questi costituiscono al tempo stesso situazioni soggettive e principi costituzionali¹¹⁸.

La questione della doppia natura soggettiva ed oggettiva del ricorso di *amparo* acquista particolare rilevanza alla luce della riforma introdotta con la Legge Organica 6/2007 che, nell’introdurre tra i requisiti di ammissibilità la *especial transcendencia constitucional* della questione sollevata, ha accentuato in maniera significativa la dimensione oggettiva dell’*amparo*, pur non eliminando quella soggettiva. Il fondamento dell’*amparo* continua ad essere, infatti, la violazione di determinati diritti fondamentali, ma solo se la questione sorta intorno ad una presunta lesione soggettiva risulta di speciale rilevanza per “*la*

¹¹⁸PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 34 ss.

interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales” [art. 50.1 b) LOTC] l’amparo sarà ammissibile e potrà essere deciso nel fondo.

Oggetto

Il carattere straordinario dell’amparo costituzionale discende, come già anticipato sopra, dalla configurazione normativa del suo ambito applicativo trattandosi di un meccanismo processuale esperibile, in via sussidiaria, al solo fine di riparare le lesioni provocate a determinati diritti costituzionali da disposizioni, atti, omissioni o meri comportamenti dei poteri pubblici (artt. 53.2 CE e 41 LOTC). L’analisi dell’oggetto dell’amparo costituzionale impone, pertanto, di considerare i due elementi che concorrono ad integrarlo: il catalogo dei diritti la cui violazione è tutelabile in sede costituzionale e gli atti impugnabili¹¹⁹.

Quanto al primo aspetto, occorre rilevare che non tutte le situazioni giuridiche soggettive godono di una tutela giurisdizionale rafforzata, dal momento che come risulta già dall’art. 53.2 CE il ricorso di *amparo* dinanzi al *Tribunal Constitucional* è esperibile solamente per “*recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo*” e della “*objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*”.

Formalmente il ricorso di *amparo* costituzionale è riservato alla protezione dei seguenti diritti e libertà fondamentali: principio di uguaglianza (art. 14), diritto alla vita e integrità fisica (art. 15), libertà ideologica, religiosa e di culto (art. 16), diritto alla libertà personale e alla sicurezza (art. 17), diritto all’onore, intimità personale e familiare e alla propria immagine (art. 18), libertà di stabilimento e circolazione (art. 19), diritto di manifestazione e diffusione del

¹¹⁹ Si segue a tal fine l’impostazione adottata da SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 200 ss.

proprio pensiero, idee ed opinioni (art. 20), diritto di riunione (art. 21), diritto di associazione (art. 22), diritti di partecipazione politica (art. 23), diritto alla tutela giudiziale effettiva e relative garanzie processuali (art. 24), il principio di legalità penale (art. 25), il divieto di Tribunali onorari nell'ambito dell'Amministrazione civile e delle organizzazioni professionali (art. 26), diritto all'istruzione e alla libertà di insegnamento (art. 27), libertà sindacale e diritto di sciopero (art. 28), diritto di petizione individuale e collettiva (art. 29), diritto all'obiezione di coscienza (art. 30).

Si tratta di diritti e libertà classici che, oltre a caratterizzare la tradizione costituzionale europea, costituiscono la base del costituzionalismo spagnolo. Ad essi, pertanto, si riconosce una tutela giurisdizionale rafforzata come risulta dal sistema di protezione stabilito nell'art. 53 CE. Da tale sistema di tutela giurisdizionale rafforzato si escludono, invece, altri diritti costituzionali come ad esempio quelli sociali ed economici. A tal riguardo, particolarmente interessante risulta la esclusione dal catalogo dei diritti tutelabili in *amparo* del diritto di proprietà e della libertà d'impresa.

L'esclusione di talune situazioni soggettive dal sistema di tutela rafforzato previsto nell'art. 53.2 CE non significa, però, che esistono diritti privi di protezione giurisdizionale. Innanzitutto, perché tutti i diritti, costituzionalizzati o non, risultano azionabili dinanzi alla giurisdizione comune a norma dell'art. 24 CE che riconosce a tutti il diritto di ottenere una tutela giudiziale effettiva dei propri diritti e interessi legittimi. In secondo luogo, pur non essendo garantita a tutti i diritti la possibilità di una tutela diretta in sede costituzionale mediante il ricorso di *amparo*, tutte le disposizioni costituzionali e, dunque, tutte le situazioni giuridiche soggettive in queste disciplinate, sono salvaguardate in sede di controllo di costituzionalità delle norme legislative. Sia pure indirettamente, infatti, il ricorso diretto e la questione di incostituzionalità permettono ottenere la tutela di un qualsiasi diritto. Tale protezione, però, la

potranno richiedere i soli soggetti legittimati e nei confronti del solo legislatore¹²⁰.

Va, inoltre, considerato che nella pratica del ricorso di *amparo* il *Tribunal Constitucional* ha spesso fornito interpretazioni che permettono di estendere la protezione anche a diritti che, pur non direttamente azionabili, risultino strettamente connessi con quelli amparabili. Si parla, a tal riguardo, di una *tutela por conexidad* che ha permesso, ad esempio, di integrare il contenuto della libertà sindacale *ex art. 28 CE* con i diritti alla negoziazione collettiva e alle misure di risoluzione dei conflitti collettivi *ex art. 37 CE* o, ad esempio, i diritti di partecipazione politica *ex art. 23 CE* con quelli che definiscono lo *status* dei parlamentari *ex artt. 67 e 68 CE*, e il diritto alla tutela giudiziale effettiva *ex art. 24 CE* con la esecuzione di sentenze (art. 118), gratuito patrocinio (art. 119) e motivazione della decisioni (art. 120)¹²¹. Una considerazione a parte merita poi il principio di uguaglianza *ex art. 14 CE* dal momento che il suo contenuto materiale si determina sempre in connessione con altri diritti. Tale circostanza permette l'accesso in *amparo* per la tutela praticamente di qualsiasi situazione giuridica¹²².

La delimitazione costituzionale dei diritti tutelabili attraverso il sistema di *amparo* ha indotto la dottrina ad interrogarsi sul carattere tassativo o meramente esemplificativo del catalogo riportato nell'art. 53.2 CE e, dunque, sui margini di attuazione legislativa all'ora di definire la concreta disciplina processuale dell'*amparo* costituzionale. La questione, sollevata alla luce della formulazione degli articoli 53.2 e 161.1 b) CE, è risolta dalla dottrina maggioritaria nel senso di ritenere che la discrezionalità legislativa in materia di *amparo* non si estende alla determinazione dei diritti oggetto di protezione, dal momento che la loro previsione costituzionale vincola il legislatore e gli impedisce di restringere il

¹²⁰ PÉREZ TREMPES, *El recurso de amparo*, cit., 53.

¹²¹ *Ibidem*, 75 ss.

¹²² SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 225.

catalogo dei diritti ai quali lo stesso Costituente ha voluto assicurare un sistema rafforzato di tutela.

La questione va comunque valutata in una prospettiva di *lege ferenda*, giacché nella LOTC il legislatore, intendendo come tassativa la previsione contenuta nell'art. 53.2 CE, ha riprodotto il medesimo catalogo di diritti da questo riportato (art. 41.1 LOTC). Sempre in una prospettiva di *lege ferenda* la dottrina si interroga sulla possibilità per il legislatore di estendere il catalogo dei diritti amparabili previsto a livello costituzionale¹²³.

Al riguardo, la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* risulta consolidata nel senso che “*el recurso de amparo tiene como finalidad esencial la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades contempladas en el art. 53.2 CE a los que exclusivamente se circunscribe su ámbito, de tal modo que a lo único que este Tribunal puede dar respuesta en dicho proceso es la existencia o no de una vulneración de los mencionados derechos y libertades fundamentales, sin que resulte posible hacer pronunciamiento alguno que exceda de dicho ámbito*” (STC 6/1998, FJ 4)¹²⁴.

Va comunque rilevato che non tutte le situazioni giuridiche soggettive menzionate nell'art. 53.2 CE e nell'art. 41.1 LOTC, configurano veri e propri “*derechos y libertades*” all'ora di definire l'oggetto del ricorso di *amparo*. Alcune di esse, infatti, rappresentano mere realtà giuridiche non riconducibili alla categoria dei diritti fondamentali, ma a quella delle garanzie istituzionali.

¹²³ Secondo PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit. 55 non pare sussistere alcun ostacolo affinché il legislatore organico disciplini un nuovo ricorso di amparo per proteggere diritti fondamentali diversi da quelli menzionati nell'art. 53.2 CE. E ciò non necessariamente comporta agire *ex art.* 161.1 d) CE attribuendo al TC nuove competenze, perché troverebbe fondamento nell'art. 161.1 b) CE, ovvero nel mandato al legislatore a stabilire i casi e le forme di esercizio del ricorso di *amparo*.

¹²⁴ In tal senso anche SSTC 1/1981, 10/1985, 32/1987, 54/1993, 159/2003, 84/2008.

Sotto tale profilo, il *Tribunal Constitucional* ha svolto un'importante opera di depurazione escludendo dal catalogo delle situazioni giuridiche tutelabili in *amparo* tutte quelle che non configurano diritti o libertà in senso stretto¹²⁵.

Questione distinta è quella dell'interpretazione del contenuto materiale dei diritti fondamentali tutelabili in *amparo* che ha condotto, in alcuni casi, a riconoscere ambiti di protezione più ampi di quelli che risultano dalla mera configurazione costituzionale dei diritti. Ad esempio, particolare rilevanza ha assunto l'attività interpretativa dell'art. 24 CE che ha portato ad affermare che il

¹²⁵ Ad esempio, nella STC 93/1983, FJ 4, il *Tribunal Constitucional* ha affermato che l'art. 16.3 CE “*regula un deber de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y demás confesiones y no un derecho fundamental*”. Analogamente, secondo consolidata giurisprudenza (si veda tra tutte SSTC 128/2013, FJ 3; 160/2012, FJ 3) l'art. 25.2 “*no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes*”. Rispetto alle situazioni giuridiche disciplinate dall'art. 27 CE il *Tribunal Constitucional* ha riconosciuto che, sia pure esse sono tutte strettamente connesse con il diritto all'istruzione, ciò non fa venir meno la loro diversa natura giuridica. Così, “*mientras algunos [de estos preceptos] consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apdos. 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, la obligatoriedad de la enseñanza básica, apdo. 4), garantizan instituciones (apdo. 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apdo. 3), o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apdo. 8), o imponen mandatos al legislador*” (STC 86/1985, FJ 3). Pertanto, si riconosce che alcune delle situazioni giuridiche disciplinate nell'articolo 27 CE non configurano diritti fondamentali autonomi. Ad esempio, “*el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública*” (STC 86/1985, FJ 3). Contrariamente si afferma che l'autonomia universitaria è un diritto fondamentale. Secondo il *Tribunal Constitucional* “*no hay duda que la autonomía de las Universidades [sea un derecho], su configuración como fundamental es precisamente el presupuesto de su ubicación*” (STC 26/1987, FJ 4). Allo stesso modo, rispetto all'art. 18.4 CE, il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto che esso non si limita a stabilire delle garanzie aggiunte per i diritti fondamentali cui la disposizione si riferisce, come il diritto all'intimità e all'onore, ma riconosce dei diritti fondamentali autonomi. Secondo il *Giudice costituzionale* “*La garantía de la vida privada de la persona y su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data) [...] La peculiaridad de ese derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran*” (STC 292/2000, FJ 5).

suo contenuto si estende ben oltre il generale diritto al giusto processo. L'art. 24 CE, dunque, tutela distinti diritti, tutti relazionati alla tutela giudiziale effettiva (accesso alla giurisdizione, diritto ad ottenere una risoluzione fondata in diritto e all'esecuzione della decisione, diritto di difesa e al contraddittorio), e diverse garanzie processuali (giudice predeterminato per legge, assistenza legale, diritto ad essere informato dell'accusa, a non autoincriminarsi e a non dichiararsi colpevole, diritto alla ragionevole durata del processo, diritto alla prova, diritto alla presunzione di innocenza)¹²⁶.

Questa attività di interpretazione del contenuto materiale dei diritti da cui dipende l'effettivo ambito di protezione garantito in sede di *amparo* è rimessa alla discrezionalità del *Tribunal Constitucional* e si concretizza nella pratica giurisprudenziale, ma risulta sempre più orientata dalla giurisprudenza europea ed internazionale in materia che, *ex art. 10.2 CE*, si impone come obbligato parametro interpretativo dei diritti costituzionali¹²⁷. Va comunque rilevato che l'art. 10.2 CE non estende il catalogo dei diritti costituzionali, dal momento che non stabilisce la costituzionalizzazione delle Convenzioni, trattati e accordi ratificati dalla Spagna, né allarga il catalogo dei diritti tutelabili in *amparo*. Costituisce, però, una norma fondamentale che orienta la interpretazione del contenuto materiale dei diritti costituzionali.

Chiarito che l'ambito applicativo dell'*amparo* è circoscritto ai soli diritti e libertà a cui espressamente si riferisce l'articolo 53.2 CE, nei limiti dell'interpretazione data per ciascuno di essi dal *Tribunal Constitucional*, va ora precisato che concorre a definire l'oggetto del ricorso individuale diretto

¹²⁶ SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit., 222. L'art. 24 CE, al pari dell'art. 14 CE che stabilisce il principio di uguaglianza, permette la connessione con altri diritti. Esistono nella Costituzione diritti di trascendenza processuale che possono essere richiamati per connessione tanto con l'art. 24 quanto con l'art. 14 CE.

¹²⁷ Articolo 10.2 CE: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España*”.

anche l'esistenza di una lesione soggettiva che origini “*por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*” (art. 41.2 LOTC).

Secondo costante giurisprudenza, deve trattarsi di una violazione effettiva e concreta dei diritti fondamentali, non potendosi agire in *amparo* con finalità meramente cautelari¹²⁸. Tale circostanza non emerge chiaramente dalla LOTC il cui art. 41.3 ammette pretese dirette tanto a “*restablecer*” come a “*preservar*” i diritti e libertà per i quali si formulò il ricorso. Potrebbe sembrare che la norma permetta ricorrere in *amparo* anche solo in via preventiva al fine di evitare che si produca una lesione costituzionalmente rilevante. Al riguardo, il *Tribunal Constitucional* ha sempre escluso l'ammissibilità di domande di *amparo* con carattere cautelare e, dunque, a contenuto astratto¹²⁹. In tale prospettiva, ha costantemente affermato che il ricorso di *amparo* è finalizzato esclusivamente a proteggere taluni diritti fondamentali e non può essere utilizzato per sollevare una qualsiasi questione, interpretativa o giuridica, rispetto a questi¹³⁰. Pertanto, l'azione di *amparo* potrà avere ad oggetto esclusivamente una pretesa di riparazione della violazione di uno dei diritti fondamentali in tale sede azionabili.

Tuttavia, la pretesa azionabile in *amparo*, oltre alla necessaria dimensione soggettiva, deve avere anche una dimensione oggettiva che renda il ricorso

¹²⁸ PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 81 ss.

¹²⁹ *Ibidem*, 85.

¹³⁰ Nella STC 114/1995, FJ 2, ad esempio, si affermava che “*Tal como se encuentra, pues, configurada dicha jurisdicción, no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos (SSTC 52/1992, FJ 1; 167/1986, FJ 4)*”.

funzionale alla definizione del contenuto dei diritti, e dunque all'interpretazione delle disposizioni costituzionali. Come si vedrà più avanti trattando dei requisiti di ammissibilità, la domanda di *amparo* deve, infatti, possedere una speciale rilevanza costituzionale che ne giustifichi una decisione nel merito da parte del Tribunale Costituzionale. Tale esigenza ha assunto particolare rilevanza soprattutto dopo la riforma della LOTC del 2007 che, modificando la disciplina del giudizio di ammissibilità, ha accentuato significativamente la dimensione oggettiva del ricorso di *amparo* pur non sopprimendo la essenziale natura di strumento di tutela soggettiva.

La violazione reclamabile in *amparo* è, infine, una violazione che origina da atti, disposizioni, omissioni o meri comportamenti dei poteri pubblici, funzionari o agenti, dello Stato, delle Comunità Autonome e degli altri enti di carattere territoriale, corporativo o istituzionale (art. 41.2 LOTC). Si escludono, almeno formalmente, dalla tutela di *amparo* le violazioni imputabili ad atti dei particolari. Allo stesso modo, il mancato riferimento alla possibile natura legislativa degli atti suscettibili di causare una lesione di diritti costituzionalmente rilevante, dimostra l'esclusione dagli atti impugnabili in *amparo* di quelli normativi di rango primario.

La generale previsione contenuta nell'art. 41.2 LOTC, che fonda la lesione in atti di provenienza pubblica, trova maggiore specificazione nelle successive disposizioni (artt. 42 a 44) che disciplinano le singole categorie di atti, disposizioni e comportamenti suscettibili di impugnazione in sede costituzionale. Concretamente, l'art. 42 LOTC disciplina l'*amparo* contro le decisioni o atti senza forza di legge delle Camere o Assemblee legislative delle Comunità Autonome o dei loro organi (cd. *amparo parlamentare*)¹³¹.

¹³¹ Il Tribunale costituzionale ha escluso la possibilità di impugnare in *amparo* atti dei singoli parlamentari. Secondo il Giudice costituzionale “*los Diputados y Senadores no son, en su actuación individual y sin mengua de la alta representación que ostentan y de la función pública que ejercen, poderes públicos en el sentido del art. 41.2 LOTC, ni agentes o funcionarios de éstos. Es el órgano del que forman parte, y no ellos, el que debe ser considerado como poder público, pues solo el órgano como tal y no los*”

La norma esclude espressamente l'impugnazione diretta in sede di *amparo* di tutte le disposizioni legislative, indipendentemente dalla forma che assumano, e degli atti con forza di legge, come ad esempio Regolamenti parlamentari e lo Statuto del personale delle Camere¹³². L'esclusione trova giustificazione nel fatto che gli atti legislativi possono essere impugnati mediante gli ordinari meccanismi di controllo della costituzionalità. Sarà, dunque, il ricorso o la questione di incostituzionalità la via da seguire per l'impugnazione degli atti legislativi e per la tutela dei diritti fondamentali che potrebbero risultarne lesi. La tutela di *amparo* permette, dunque, di riparare, sempre che ne ricorrano le condizioni, quelle sole lesioni ascrivibili agli atti di applicazione o esecuzione delle norme legislative. Va comunque sottolineato che i procedimenti di controllo della costituzionalità delle norme legislative, attraverso cui è possibile denunciare una violazione di diritti, non sono attivabili da chiunque ne abbia interesse, ma dai soli soggetti abilitati, ovvero organi o frazioni di organi di natura politica, nel caso del ricorso, e organi giurisdizionali, nel caso della questione¹³³.

Tale circostanza ha indotto la dottrina a riflettere sulle cd. *leggi auto-applicative*, ovvero quelle leggi che non hanno bisogno di atti di applicazione o esecuzione per essere efficaci. In tale ipotesi la eventuale lesione di uno dei diritti fondamentali tutelabili in *amparo* discenderebbe direttamente dalla legge, senza che intervenga la intermediazione di un atto di applicazione, suscettibile di impugnazione in sede ordinaria e, in ultima istanza, in sede costituzionale, mediante l'*amparo*, nel corso del quale potrebbe sollevarsi una questione di

hombres que lo integran, actuando aisladamente, es el que puede producir disposiciones o actos (art. 41.2 LOTC) o actuar siguiendo vías de hecho en términos capaces de imponer obligaciones a los ciudadanos y lesionar así sus derechos libertades fundamentales” (STC 147/1982, FJ 4).

¹³² Sul rango legislativo dei Regolamenti parlamentari e delle disposizioni integrative ed interpretative che si incorporano ad essi si veda, GARCÍA MARTÍNEZ M.A., *Las disposiciones de la presidencia de la Camara interpretativas del Reglamento y la problematica de su impugnación ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 35/1995, 331 ss.

¹³³ Articoli 162 e 163 CE; articoli 32 e 35 LOTC.

legittimità anche rispetto alla stessa legge (art. 55.2 LOTC). In tal caso, secondo una parte della dottrina, non esistendo una via giurisdizionale ordinaria per riparare la lesione che la legge avrebbe potuto arrecare, dovrebbe ammettersi un *amparo directo frente a la ley* per evitare di creare un vuoto di tutela¹³⁴. Il *Tribunal Constitucional* non si è ancora pronunciato sulla questione e, di conseguenza, in assenza anche di una espressa previsione nella LOTC va escluso che le *leggi auto-applicative* possano essere impugnate direttamente in *amparo*.

Diverso è il caso in cui nel corso di un giudizio si consideri che la legge applicata violi un diritto fondamentale. In tal ipotesi, l'*amparo* può essere promosso contro la decisione giudiziaria adottata in applicazione della legge e non direttamente contro la legge considerata incostituzionale. E, inoltre, nel corso dell'*amparo* potrebbe essere addirittura sollevata una questione interna di legittimità rispetto alla legge. Tale fattispecie è prevista espressamente dalla LOTC nell'art. 55.2 che permette agli organi interni del Tribunale elevare al *Pleno* la relativa questione affinché questi possa pronunciarsi sulla costituzionalità della legge. Si tratta in tal caso di un *amparo* indiretto contro la legge, anche noto come *cuestión interna de inconstitucionalidad*, che dopo la riforma del 2007, come si vedrà più avanti, ha assunto i caratteri di una vera e propria questione incidentale.

Chiarito che l'*amparo* ex art. 42 LOTC non permette di agire direttamente contro atti legislativi, occorre, dunque, chiarire quale sia l'effettivo ambito applicativo della disposizione. Questo si sostanzia, prevalentemente, negli atti interni delle Camere e delle Assemblee autonome (o relativi organi)

¹³⁴ ARAGON REYES, *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1825 ss.; JIMÉNEZ CAMPO J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid 1999, 118; CRUZ VILLALÓN P., *El recurso de amparo constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Los procesos constitucionales*, Madrid 1992, 121; FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, cit., 16.

riguardanti l'attività parlamentare e l'esercizio delle funzioni rappresentative (art. 23.2 CE)¹³⁵.

Una meccanismo di tutela riconducibile all'art. 42 LOTC si rinviene, inoltre, nella Legge Organica 3/1984 sull'iniziativa legislativa popolare il cui art. 6 prevede espressamente la possibilità di promuovere ricorso di *amparo* contro quegli atti parlamentari che limitassero l'esercizio dell'iniziativa popolare. Non si tratta di una nuova tipologia di *amparo* ma di una fattispecie riconducibile chiaramente a quella prevista dall'articolo 42 LOTC¹³⁶.

Quanto, invece, agli atti parlamentari riguardanti l'amministrazione e il personale il *Tribunal Constitucional* ha riconosciuto che sono ricorribili in *amparo*, ma diversamente da quelli attinenti all'esercizio attività parlamentare, questi sono impugnabili anche dinanzi ai Tribunali ordinari per espressa previsione della Legge Organica del Potere giudiziario (artt. 58.1 e 74.1.c LOPJ). Pertanto, la loro impugnabilità in *amparo* è condizionata alla conclusione della via giudiziale previa. Di conseguenza la via di impugnazione

¹³⁵ L'apertura in favore del controllo in sede costituzionale dei cd. *interna corporis acta* costituisce il frutto di una evoluzione giurisprudenziale. Nella STC 118/1988, FJ 2, il *Tribunal Constitucional* precisava: "*La doctrina de los interna corporis acta sólo es aplicable en la medida en que no exista lesión de derechos y libertades, impidiendo el conocimiento de este Tribunal de lo que no sea su posible lesión. Quiere con ello decirse que, sólo en cuanto lesionan un derecho fundamental reconocido en la Constitución y no por infracción pura y simple de un precepto de la Cámara, son recurribles en amparo tales actos, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 LOTC (ATC de 11 de marzo de 1987). En cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los interna corporis acta, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades (ATC 12/1986)*". Su tale base il Giudice costituzionale ha controllato in *amparo* l'ammissione di iniziative parlamentari (SSTC 242/2006; 33/2010; 28/2011; 200, 201 e 202/2014; 1/2015; 23/2015), la qualificazione e ammissibilità delle mozioni ed emendamenti (SSTC 205/1990; 119/2011; 118/1995; 119/2011), il sistema di designazione dei Senatori autonomici (STC 76/1989), la composizione delle commissioni parlamentari (STC 36/1990), lo scioglimento delle commissioni d'inchiesta (SSTC 226 e 276/2004), la formazione dei gruppi parlamentari (SSTC 125 e 214/1990; 93/1998; 141/2007), la loro partecipazione alle attività della Camera (STC 44/1995); la convocatoria delle sessioni (STC 81/1991), lo status di parlamentare (SSTC 101 e 122/1983; 28/1984; 136/1989; 119/1990; 74/1991; 129/2006).

¹³⁶ PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit., 113 ss.

di tali atti non è costituita da quella prevista dall'articolo 42 LOTC, ma piuttosto sarà quella regolata dall'articolo 43 per gli atti di natura amministrativa, con gli effetti che questo comporta anche sui termini per la proposizione del ricorso¹³⁷.

L'art. 43 LOTC disciplina l'impugnazione in *amparo* delle disposizioni, atti giuridici o semplici comportamenti del Governo o degli organi esecutivi collegiali delle Comunità Autonome o dei loro titolari, funzionari o agenti (cd. *amparo amministrativo*).

La prima questione che emerge dalla norma appena riportata riguarda la sua discordanza con l'art. 41.2 LOTC che permette la tutela in *amparo* contro disposizioni, atti giuridici, omissioni o semplici comportamenti dei poteri pubblici *non solo* dello Stato e delle Comunità Autonome, *ma anche* dei “*demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes*” i cui atti, di natura certamente amministrativa, sembrerebbero rimanere fuori dalle previsioni dell'art. 43 LOTC. Il *Tribunal Constitucional* ha fornito un'interpretazione elastica dell'art. 43 LOTC che, in congiunto con l'art. 41.2, comprende gli atti procedenti da qualunque Amministrazione pubblica, statale, autonoma e anche locale, sempre ovviamente che siano lesivi dei diritti menzionati nell'articolo 53.2 CE¹³⁸. La possibilità di impugnare in *amparo ex art. 43 LOTC* è stata, poi, ammessa anche rispetto agli atti emanati dagli organi incardinati presso la Casa Reale (STC 112/1984, FJ 2).

¹³⁷ *Ibidem*, 111 ss.

¹³⁸ Ad esempio, il Tribunale costituzionale ha affermato che la disciplina dell'articolo 43 LOTC “*es aplicable también sin ningún género de duda a los recursos que se intenten contra acuerdos de los Ayuntamientos, aunque no se haga mención expresa de estos en la enumeración [de dicho artículo]*” (ATC 13/1980, FJ 2). Allo stesso modo ha ammesso l'impugnazione in *amparo* per il tramite dell'art. 43 LOTC anche degli atti delle province e deputazioni forali, dei consigli insulari, dei collegi professionali, delle corporazioni pubbliche delegati del Governo, delle università e degli enti che esercitano servizi pubblici in regime di monopolio.

È stata, invece, esclusa la possibilità di impugnare in *amparo* le disposizioni di carattere generale, soprattutto se di rango legislativo, emanate dal Governo, dagli organi esecutivi delle Comunità Autonome e da altri organi amministrativi eventualmente legittimati. Il dubbio sorgeva a margine della formulazione dell'art. 43 LOTC che non contiene alcuna specificazione del rango delle disposizioni governative impugnabili in *amparo*. Ciononostante, per le disposizioni normative con forza di legge emanate dal Governo e dagli organi esecutivi delle Comunità Autonome valgono le stesse argomentazioni che giustificano la esclusione del cd. *amparo directo frente a leyes*: i decreti legge e i decreti legislativi sono suscettibili di impugnazione in sede costituzionale mediante gli ordinari meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi. Le disposizioni normative di rango regolamentare saranno, invece, ricorribili in *amparo* solo se effettivamente lesive di determinati diritti protetti, attraverso l'impugnazione della disposizione stessa, se è questa l'origine diretta ed immediata della lesione, o dei relativi atti di esecuzione¹³⁹.

Una considerazione a parte meritano le decisioni del Consiglio nazionale dell'obiezione di coscienza, attualmente ricorribili in *amparo* ai sensi art. 43 LOTC. L'*amparo* a tutela dell'obiezione di coscienza era originariamente regolato nell'art. 45 LOTC che, in assenza di una disciplina legislativa del regime di controllo giurisdizionale, ammetteva un ricorso diretto al *Tribunal Constitucional* contro gli atti del Consiglio nazionale dell'Obiezione di Coscienza. L'articolo 45 LOTC sarà abrogato con l'approvazione della Legge Organica 8/1984 che introduce una via giurisdizionale previa per la tutela del diritto all'obiezione di coscienza e configura il ricorso di *amparo* come meccanismo sussidiario. Va rilevato che la riforma legislativa non introduce una nuova fattispecie di *amparo*. Il sistema di tutela del diritto all'obiezione di coscienza è, infatti, riconducibile all'art. 43 LOTC, stante la natura amministrativa degli atti impugnabili.

¹³⁹ PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 123 ss.

Ad ogni modo, la tutela dell'obiezione di coscienza pare aver acquisito una rilevanza del tutto secondaria, soprattutto dopo la soppressione del servizio militare obbligatorio da parte della Legge 17/1999. Considerato, infatti, che il *Tribunal Constitucional* ha costantemente inteso l'obiezione di coscienza come un diritto “*referido únicamente al servicio militar*” (SSTC 160/1987, 321/1994) è evidente che la soppressione del servizio militare obbligatorio svuota di contenuto il diritto riconosciuto *ex art. 30 CE*. Peraltro, non ci sono certezze sulla possibile estensione dell'obiezione di coscienza, e della sua tutela rafforzata, ad ambiti diversi da quello militare. Il *Tribunal Constitucional* ha mostrato una cauta apertura in favore del diritto all'obiezione di coscienza in ambito sanitario (STC 53/1985), ma non ha ancora risolto la questione relativo all'ambito scolastico¹⁴⁰.

In definitiva l'art. 43 LOTC delinea la disciplina processuale per la tutela in *amparo* di quelle violazioni di diritti ascrivibili ad atti amministrativi. Tuttavia, come si vedrà, la necessità di concludere la via giurisdizionale previa per poter accedere in *amparo* fa sì che la relativa domanda sarà sempre rivolta contro una decisione giudiziaria, analogamente a quanto accade nella fattispecie regolata dall'art. 44 LOTC che stabilisce le condizioni per la tutela in *amparo* contro atti ed omissioni degli organi giudiziari.

Tale circostanza ha generato nella pratica non poca confusione all'ora di selezionare la via processuale esperibile. La scelta della via di *amparo* risulta, però, determinante se si considera che le fattispecie ex articolo 43 e 44 LOTC sono soggette a termini di proposizione differenti. Pertanto, l'attivazione di una via processuale errata potrebbe riflettersi sulla stessa ammissibilità dell'*amparo*.

¹⁴⁰SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit. 258; PECES MORATE, J.E. *La objeción de conciencia en la jurisprudencia española*, in www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248356064_peces_morate.pdf, 2009; ALENDA SALINA M., *La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español: ¿un insoluble enigma?*, in *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, n. 1/2015.

L'elemento di discriminazione tra le due fattispecie e, allo stesso tempo, di orientamento nella scelta della via percorribile è dato dalla diversa origine della lesione denunciata che nel caso dell'art. 43 LOTC sarà un atto amministrativo, mentre nel caso dell'art. 44 LOTC sarà l'attività giudiziale, nonostante in entrambi le ipotesi i casi la domanda di *amparo* è rivolta contro una decisione giudiziaria.

Tale circostanza sarà rilevante anche sotto il diverso profilo dell'interposizione dell'incidente di nullità degli atti processuali *ex art. 241 LOPJ* per concludere la via giudiziale previa e poter accedere alla sede costituzionale. Come si chiarirà meglio in seguito, nel caso in cui la lesione si ascrivibile ad un atto amministrativo, e si è avuta la possibilità di denunciarla, ed eventualmente ottenere riparazione del danno subito, in sede giurisdizionale, l'incidente di nullità non andrà proposto. Diversamente sarà necessario per concludere la via giudiziale previa nel caso in cui la lesione si fosse prodotta nel procedimento giurisdizionale e non sia stato possibile denunciarla, né ottenere riparazione, prima della conclusione del giudizio.

Passando, nello specifico, all'art. 44 LOTC, si è già accennato che questa disciplina l'impugnazione contro atti o omissioni degli organi giudiziari (cd. *amparo giudiziale*).

La norma si riferisce agli atti ed omissioni di qualunque organo che eserciti funzioni di natura giurisdizionale, appartenente a qualunque giurisdizione, eccetto ovviamente quella costituzionale.

Conseguentemente, si è esclusa l'impugnabilità *ex art. 44 LOTC* degli atti del Consiglio generale del Potere giudiziario e dell'Amministrazione elettorale che, in quanto atti di natura amministrativa, sono ricorribili *ex art. 43 LOTC*, una volta conclusa la via contenzioso-amministrativa previa¹⁴¹.

In relazione agli atti impugnabili, non sussiste, almeno formalmente, alcuna restrizione in relazione a ciò che può formare oggetto di un ricorso di *amparo*.

¹⁴¹ PÉREZ TREMPES, *El recurso de amparo*, cit., 130 ss.

Tutti gli atti emanati nel corso di un procedimento giurisdizionale, quale che sia la forma che assumano, e sempre che siano idonei a provocare una lesione concreta ed effettiva, sono in linea di principio ricorribili in *amparo*.

In tale prospettiva, particolare rilevanza assume l'esclusione dal sistema di impugnazione ex art. 44 LOTC delle ordinanze di rigetto della proposta di parte di sollevare questioni di legittimità costituzionali ritenute dal Tribunale Costituzionale inidonee a ledere il diritto alla tutela giudiziale effettiva ex art. 24.1 CE, in relazione all'accesso alla giurisdizione. Secondo il Giudice costituzionale "*las partes en el proceso carecen de un derecho fundamental al planteamiento de estas cuestiones por tratarse de una facultad atribuida a los órganos jurisdiccionales cuando tengan duda sobre la constitucionalidad de una norma con rango de Ley aplicable al caso y, por tanto, cualquiera que sea la razón para no ejercitar dicha facultad, esta negativa no constituye, por sí misma, lesión alguna de la tutela judicial efectiva*" (STC 228/1998, FJ 2)¹⁴².

Una considerazione a parte merita, infine, il cd. *amparo elettorale*. Questa quarta fattispecie di *amparo* non trova fondamento nella LOTC, ma è disciplinata nella Legge Organica del Regime Elettorale Generale 5/1985 (d'ora in avanti LOREG) che prevede un regime di tutela rafforzato per due categorie di atti emanati dalle Giunte elettorali: gli atti di proclamazione dei candidati e delle candidature (art. 49) e quelli di proclamazione degli eletti e di elezione dei Presidenti delle corporazioni locali (art. 114). Tali atti saranno impugnabili in sede ordinaria e, in via sussidiaria, in *amparo* mediante ricorso promosso contro la sentenza che risolve il contenzioso-elettorale.

Un'ultima questione che merita di essere affrontata è quella della tutela costituzionale contro le violazioni di diritti fondamentali che non possono imputarsi direttamente agli organi giudiziari, in quanto hanno origine negli atti o comportamenti posti in essere nelle relazioni tra privati e che sono alla base di una vicenda contenziosa. Formalmente tali violazioni non sono tutelabili in

¹⁴² Cfr. anche STC 173/2000, 35/2002.

amparo dal momento che questo protegge contro le lesioni ascrivibili ai poteri poteri, ma non ai particolare (art. 41.2 LOTC). Spetta, infatti, ai giudici comuni garantire l'efficacia dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati.

Tale circostanza non impedisce, però, in modo assoluto che il *Tribunal Constitucional* tuteli i diritti fondamentali anche nelle relazioni tra privati. Un controllo dell'efficacia dei diritti tra privati è, infatti, reso possibile attraverso il controllo in sede di *amparo* sulle decisioni giudiziarie. Non sono infrequenti, infatti, i casi in cui l'*amparo* contro una decisione giudiziaria si fonda nella mancata o non adeguata riparazione della lesione di un diritto sostanziale verificatasi fuori dal processo piuttosto che in un'autonoma violazione dei diritti ascrivibile agli organi giudiziari. Attraverso l'ammissione di tali domande di *amparo* il Giudice costituzionale, sia pure indirettamente e fittiziamente, interviene a garantire l'efficacia dei diritti fondamentali nelle relazioni tra privati. Tale modalità di controllo indiretto dei diritti nelle relazioni tra privati è una chiara riproduzione della dottrina tedesca del *drittwirkung* e si è particolarmente diffusa nella pratica giurisprudenziale, nonostante sia difficilmente conciliabile con il testo dell'art. 44 LOTC che riserva l'*amparo* contro atti giudiziari ai casi in cui le lesioni "*tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un organo judicial*". Nei casi menzionati, invece, l'origine immediata e diretta della lesione non è un atto o un'omissione dell'organo giudiziale, ma gli atti o i fatti di cui questo conosce nel processo¹⁴³.

¹⁴³ PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit., 150. Per un approfondimento si vedano anche QUADRA T., FERNÁNDEZ del CASTILLO S., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid 1981; GARCÍA TORRES J., JIMÉNEZ BLANCO A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid 1986; BILBAO UBILLOS J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid 1997; VELASCO CABALLERO F., *Articulación de las jurisdicciones constitucional y judicial ante lesiones de derechos fundamentales originadas por particulares*, in VIVER PI-SUNYER C. (a cura di), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia 2006.

Legittimazione

La regola generale sulla legittimazione in materia di *amparo* è contenuta nell'art. 162.1 b) CE che abilita a “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*”.

Questa previsione costituzionale trova maggiore specificazione nell'art. 46.1 LOTC in cui si distingue le categorie di soggetti legittimati ad agire in *amparo* a seconda dell'oggetto del ricorso.

Nel caso di impugnazione degli atti del potere legislativo (art. 42) e in quelli a tutela dell'obiezione di coscienza (LO 8/1984) la legittimazione ad agire si riconosce alla “*persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*” [art. 46.1 lett. a)]. Nei casi, invece, di impugnazione di atti del potere esecutivo (art. 43) e di quelli del potere giudiziario (art. 44) la legittimazione spetta a “*quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal*” [art. 46.1 lett. b)]. Quest'ultima previsione trova applicazione anche nell'*amparo elettorale* dal momento che anche in tale ipotesi l'impugnazione in sede costituzionale è condizionata alla previa conclusione del procedimento giurisdizionale corrispondente.

Come è evidente, la disciplina della legittimazione contenuta nella LOTC non presenta la stessa ampiezza di quella costituzionale. Le due norme, infatti, coincidono solo nell'attribuzione di una legittimazione attiva, in tutti i casi di *amparo*, al *Defensor del Pueblo* e al *Ministerio Fiscal*.

L'apparente discordanza tra la disciplina costituzionale e quella organica non ha mancato di suscitare dubbi, spingendo addirittura una parte della dottrina a dubitare della legittimità costituzionalità dell'art. 46 LOTC¹⁴⁴. Tuttavia, questo precetto viene generalmente interpretato in conformità con la Costituzione. In tal senso si afferma che esso non modifica la regola generale della

¹⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN M., *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 9/1983, 35 ss.; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, cit., 272 ss.; FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, cit., 205 ss.

legittimazione in materia di *amparo*, ma procede piuttosto ad adeguarla alla logica processuale delle distinte fattispecie. A tal fine la norma limita l'interposizione diretta del ricorso ai casi in cui non esiste una via giudiziale previa e, all'opposto, esige la partecipazione al processo previo nei casi in cui questo esista. In tal modo si vuole contribuire a rendere effettiva la sussidiarietà del ricorso di *amparo*¹⁴⁵.

La regola generale esige la necessaria concorrenza di un *interesse* della parte ricorrente [art. 162.1 b)] quale elemento determinante della legittimazione. L'*interesse* della parte dovrà, però, valutarsi caso per caso in relazione alla concreta fattispecie di *amparo* e al tipo di diritto invocato (art. 46.1 LOTC).

Come è evidente le categorie giuridiche utilizzate tanto in sede costituzionale come in sede di legislazione organica per delimitare la legittimazione attiva costituiscono concetti aperti all'interpretazione giurisprudenziale. Sarà allora necessario esaminare la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* nella materia per definire il catalogo di soggetti legittimati ad agire in *amparo*.

A tal riguardo, ad esempio, il concetto di "*persona directamente afectada*", legittimata ad agire in *amparo* contro gli atti non legislativi delle Assemblee parlamentari, pur se coincidente in linea di principio con il titolare del diritto ipoteticamente violato, è stato interpretato dal *Tribunal Constitucional* in senso ampio, ricomprendendo tra i soggetti legittimati anche coloro che pur non essendo titolari del diritto possono comunque azionarlo in virtù della relazione che vantano con il diritto o il suo titolare (STC 141/1985).

Si è anche precisato che il concetto di "*persona directamente afectada*" potrebbe configurarsi anche nelle norme che disciplinano il funzionamento delle Camere e delle Assemblee autonome, potendo queste stabilire una corrispondenza tra la legittimazione all'esercizio di determinate facoltà parlamentari e quella di agire in *amparo* (STC 98/2009).

¹⁴⁵ PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 169 ss.

Anche rispetto alla legittimazione nell'*amparo* contro atti del potere esecutivo e del potere giudiziario, che a norma dell'art. 46 LOTC corrisponde a "*quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente*", il *Tribunal Constitucional* ha fornito un'interpretazione che va oltre il dato testuale, riconoscendola non solo a chi ha partecipato effettivamente al procedimento giurisdizionale previo come parte, ma anche a coloro che avrebbero potuto parteciparvi o intervenire. Il diniego della legittimazione ad agire in *amparo* a causa del difetto nella costituzione in giudizio potrebbe, infatti, generare la violazione di uno dei diritti fondamentali relazionati alle garanzie del giusto processo.

In tali casi, il *Tribunal Constitucional* condiziona piuttosto la legittimazione alla titolarità di un interesse legittimo, che ricorre in capo a "*toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental aunque la violación no se haya producido directamente en su contra ni haya sido parte en el proceso previo*" (ATC 58/2000, STC 205/2002). Le considerazioni che precedono rilevano che l'art. 46 LOTC non determina una categoria chiusa e completa di soggetti legittimati. La disciplina in esso contenuta va, infatti, necessariamente integrata con quella costituzionale ex art. 162.1 b) CE che, vincolando la legittimazione alla sussistenza di un "*interese legítimo*", ha permesso al *Tribunal Constitucional* di configurare la legittimazione in termini più ampi, non limitandola ai soli titolari del diritto che sia stati vittima di una violazione costituzionalmente rilevante¹⁴⁶.

Le possibilità di accesso in *amparo* risultano, dunque, almeno sotto il profilo della legittimazione, particolarmente ampie. Ciò non solo perché che si trascende dalla titolarità del diritto per abilitare all'accesso chiunque abbia un

¹⁴⁶ Già nella STC 19/1983, FJ 1, si affermava che "*la legitimación para interponer recursos de amparo no corresponde solo a los ciudadanos, sino a cualquier persona, natural o jurídica, que sea titular de un interés legítimo, aun cuando no sea titular del derecho fundamental que se alega vulnerado*".

interesse legittimo, ma anche perché si attribuisce la legittimazione, come regola generale, a “*toda persona natural o jurídica*” [art. 162.1 b) CE].

Tale riconoscimento contrasta formalmente con quanto previsto in altre norme e, in particolare, nell’art. 53.2 CE e 41.2 LOTC che configurano l’*amparo* costituzionale come rimedio azionabile dal “*ciudadano*”.

Il contrasto tra le norme citate impone di riflettere su almeno due questioni: quella della legittimazione ad agire degli stranieri e quella relativa alla legittimazione delle persone giuridiche, siano esse private o pubbliche.

Con riguardo alla prima delle questioni prospettate, ci si chiedi se il riferimento ai cittadini contenuto nell’art. 53.2 CE e 41.2 LOTC valesse ad escludere con carattere generale la legittimazione degli stranieri. A tal fine, occorre rilevare che, sia pure il *Tribunal Constitucional* non si è ad oggi ancora pronunciato espressamente sul punto, esistono nella sua giurisprudenza chiare indicazioni a favore di un’interpretazione del termine “cittadino” come sinonimo di “individuo” o “persona naturale”¹⁴⁷. Tale interpretazione permette di riconoscere la legittimazione ad agire in *amparon* anche agli stranieri. Va, però, chiarito che le possibilità di accesso riconosciute agli stranieri non sono equiparabili a quelle dei cittadini, dal momento che gli stranieri potranno agire a tutela dei soli diritti di cui gli è riconosciuta la titolarità. Esistono, infatti, alcuni diritti tutelabili in *amparo* la cui titolarità è esclusa agli stranieri. Si pensi, ad esempio, ai diritti di partecipazione politica *ex* art. 23 CE. Diversamente, tutti quei diritti fondamentali relazionati con la dignità umana e la sfera più intima della persona che vengono riconosciuti a tutti, a prescindere dalla condizione di cittadino, nei limiti in cui sono tutelabili in *amparo*, saranno reclamabili anche dagli stranieri, nella loro qualità di individuo.

Per quanto riguarda, poi, le persone giuridiche va innanzitutto rilevato che, diversamente da quanto accade per gli stranieri, il loro accesso in *amparo* è espressamente riconosciuto nella Costituzione [art. 161.2 b) CE].

¹⁴⁷ *Ibidem*. Si veda anche STC 214/1991.

Anche per le entità giuridiche, però, le possibilità di accesso in *amparo* risultano condizionate alla effettiva possibilità di essere titolari di diritti fondamentali. È evidente, infatti, che tutti quei diritti cd. personalissimi, perché relazionati con la dignità umana e la sfera più intima dell'individuo, non sono reclamabili dalle persone giuridiche, il cui ambito di azione risulta, pertanto, limitato a quei diritti fondamentali che presentano una dimensione collettiva, come ad esempio la libertà religiosa, il diritto di associazione e la libertà sindacale¹⁴⁸.

In tale contesto, merita di essere considerata anche la controversa questione della legittimazione delle persone giuridiche pubbliche. In linea di principio, si esclude che le persone giuridiche pubbliche possano essere titolari di diritti fondamentali e che, conseguentemente, possano agire in *amparo* per la loro tutela. Se, infatti, i diritti fondamentali nascono come categorie giuridiche che pretendono proteggere l'individuo contro gli abusi del potere pubblico, non è facile immaginare che titolare di tali diritti possa essere il proprio potere pubblico¹⁴⁹.

“En efecto, debemos tener presente que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo...por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental resulta poco compatible con entes de naturaleza pública” (STC 164/2008, FJ 3)

Tuttavia, sia pure in via eccezionale e in presenza di determinate condizioni, il *Tribunal Constitucional* ha riconosciuto alle persone giuridiche pubbliche la titolarità di alcuni diritti fondamentali e, conseguentemente, la legittimazione ad agire in *amparo* per la loro tutela.

¹⁴⁸ PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 185 ss. precisa, inoltre che pur riconoscendo alle persone giuridiche la titolarità di diritti fondamentali, il loro contenuto materiale potrebbe cambiare rispetto agli stessi diritti riconosciuti alle persone fisiche.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

In particolare si è riconosciuto alle entità pubbliche la titolarità del diritto alla tutela giudiziale effettiva ex art. 24 CE, “*en toda su extensión y con todas las garantías que ello conlleva*”, “*cuando el Ordenamiento jurídico les reconoce la capacidad para ser parte en los procesos*” e queste agiscono per la tutela di interessi legittimi “*entendiendo por tales exclusivamente aquellos que derivan de su actividad no administrativa o pública*” (STC 164/2008, FJ 3)¹⁵⁰.

Dunque, la titolarità *piena* del diritto alla tutela giudiziale effettiva e la legittimazione a ricorrere in *amparo* per la sua tutela si riconoscono alle persone giuridiche pubbliche sempre che non agiscano per la difesa dei propri atti o potestà amministrative. Di fatto, “*cuando el objeto de la tutela judicial lo configura la defensa de los actos de las Administraciones públicas dictadas en el ejercicio de sus potestades administrativas, la protección que el artículo 24 CE les otorga se limita a no padecer indefensión en el proceso, lo cual implica, exclusivamente que se les respeten los derechos procesales que establece el art. 24 CE*” (STC 164/2008, FJ 3).

Ad ogni modo, fatta eccezione per il diritto alla tutela giudiziale effettiva nei limiti esposti, la giurisprudenza costituzionale ha sempre espressamente rigettato la possibilità che le persone giuridiche pubbliche possano essere titolari di diritti fondamentali e, in quanto tali, soggetti legittimati a ricorrere in *amparo* per la loro tutela¹⁵¹.

In ultimo, occorre analizzare i profili della legittimazione *cd. istituzionale* che tanto la Costituzionale quanto la LOTC riconoscono in ogni caso al *Defensor del Pueblo* e al *Ministerio Fiscal*, in aggiunta alla legittimazione generale riconosciuta a “*toda persona natural o jurídica*”.

¹⁵⁰ SSTC 129/2001, FJ 3; 175/2001, FJ 8; 173/2002, FJ 4.

¹⁵¹ Si vedano, ATC 135/1985, FJ 2 e STC 237/2000, FJ 2 rispetto alla possibilità di invocare il principio di uguaglianza; ATC 205/1990, FJ 3, rispetto ai diritti di partecipazione politica.

Si tratta di una legittimazione *straordinaria* che trova fondamento nella funzione costituzionale di tutela dei diritti fondamentali svolta dalle due istituzioni.

Ciò risulta particolarmente evidente per il *Ministerio Fiscal* a cui l'art. 124.1 CE assegna la generale funzione di “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*” (art. 124.1 CE). La legittimazione straordinaria a ricorrere in *amparo* trova fondamento proprio in questa generale funzione di tutela dei diritti.

Con riguardo al *Defensor del Pueblo* l'art. 54 CE gli assegna una funzione di “*defensa*” dei diritti riconosciuti nel Titolo I della Carta fondamentale, ma non gli riconosce anche una generale legittimazione per la protezione giurisdizionale di questi diritti. Pertanto, il riconoscimento della legittimazione a ricorrere in *amparo*, così come quella di promuovere un ricorso di incostituzionalità [art. 162.1 a) CE], configura un'ipotesi di legittimazione oltre che straordinaria anche eccezionale.

Va, inoltre, precisato che la legittimazione *istituzionale* riconosciuta al *Defensor del Pueblo* non si estende alle corrispondenti istituzioni autonome, che per ricorrere in *amparo* dovranno seguire, dunque, le regole generali sulla legittimazione previste per “*toda persona natural o jurídica*” sopra esposte.

Le azioni di *amparo* promosse dai legittimati istituzionali costituiscono una casistica molto ridotta, aggirandosi intorno ad una cinquantina di ricorsi in tutto. Tale circostanza è dovuta al fatto che ordinariamente sono le persone direttamente lese a richiedere la tutela in sede costituzionale dei propri diritti o interessi legittimi, dovendo i legittimati istituzionali agire in quei soli casi in cui le regole generali sulla legittimazione non permettano un accesso in sede

costituzionale o questo risulti particolarmente gravoso. Si pensi ad esempio, alla tutela dei diritti collettivi o diffusi¹⁵².

Requisiti previ e giudizio di ammissibilità

L'interposizione del ricorso di *amparo* costituzionale è soggetta ad una serie di requisiti stabiliti per ciascuna delle fattispecie regolate nella LOTC. Tali requisiti si riferiscono al termine di presentazione del ricorso, al procedimento previo e al contenuto della domanda di *amparo*.

A tal riguardo, l'art. 42 LOTC prevede che gli atti senza forza di legge emanati dalle Camere o dalle Assemblee legislative autonome o dai loro organi, che violino i diritti e libertà suscettibili di *amparo* costituzionale "*podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes*".

L'art. 43 LOTC stabilisce, invece, che le violazioni dei diritti e libertà originate da atti amministrativi "*podrán dal lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotada la vía judicial procedente*". In tali casi il ricorso dovrà proporsi nei "*veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial*" e solo potrà fondarsi su una "*infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo*".

L'art. 44 LOTC prevede, poi, che le violazioni di diritti e libertà originate da atti o omissioni degli organi giudiziari potranno essere reclamate nel termine di "*30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial*" e sempre "*a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial; b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo*

¹⁵² PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo*, cit., 200 non esclude che i legittimati istituzionali possano agire in nome della persona lesa qualora questa non abbia fatto uso dell'*amparo*.

inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso...; c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello”.

Infine, con riguardo al cd. *amparo elettorale*, l’art 49 LOREG permette la tutela in *amparo* contro gli atti di proclamazione o esclusione di candidati o candidature una volta emessa la sentenza del Tribunale Amministrativo che risolve il relativo contenzioso. Tale sentenza di primo grado, per il suo carattere definitivo e inappellabile, soddisfa le esigenze di processo previo tale e come richiesto dall’art. 44 LOTC lett. a). In tal caso, l’amparo va proposto nel termine di due giorni dalla notificazione della sentenza e il *Tribunal Constitucional* dovrà risolverlo nei tre giorni successivi. L’art. 114 LOREG permette, a sua volta, la tutela in *amparo* contro gli atti di proclamazione degli eletti, elezione e proclamazione dei Presidenti delle corporazioni locali, una volta emessa la sentenza che risolve il ricorso contenzioso-elettorale. Anche questa sentenza di primo grado è inoppugnabile e conclude la via giudiziale previa. Il ricorso di amparo andrà proposto nel termine di tre giorni e il *Tribunal Constitucional* dovrà risolverlo nei quindici giorni successivi.

Come è evidente ciascuna fattispecie di *amparo* è soggetta ad disciplina processuale propria. Si pensi, innanzitutto, che per ciascuna di esse è previsto un diverso termine di presentazione della domanda: tre mesi nel cd. *amparo parlamentare*, venti giorni nel cd. *amparo amministrativo*, trenta giorni nel cd. *amparo giudiziale* e due e tre giorni nell’*amparo elettorale*¹⁵³.

¹⁵³Conformemente alle regole generali contenute nel Codice civile (art. 5.1) i termini in giorni si calcolano escludendo i festivi e i giorni inabili, mentre i termini in mesi si calcolano da data a data. Il mese di agosto va escluso nel calcolo dei termini in giorni, ma non per quello in mesi previsti dall’art. 42 LOTC. Conformemente all’art. 85.2 CC i ricorsi di *amparo* potranno presentarsi fino alle ore 15 del giorno successivo a quello di scadenza del termine.

La previsione di un diverso termine di presentazione del ricorso assume particolare rilevanza soprattutto nelle fattispecie regolate dagli articoli 43 e 44 LOTC. Considerato, infatti, che in entrambe le ipotesi l'impugnazione si rivolge contro una decisione giudiziale, la scelta della via processuale risulta di fondamentale importanza potendo incidere sulla viabilità stessa del ricorso di *amparo*. Il problema si pone in quei casi in cui il ricorso viene presentato nel termine di trenta giorni previsto nell'art. 44 LOTC e non in quello di venti stabilito nell'art. 43 LOTC. In tali casi, infatti, qualora la violazione denunciata sia ascrivibile all'atto amministrativo oggetto del giudizio previo piuttosto che all'attività dell'organo giudiziale, la scelta del termine più lungo potrebbe condurre alla estemporaneità del ricorso. Pertanto, l'elemento determinante per la scelta della via processuale è il fatto che origina la lesione reclamata. Nella fattispecie *ex art. 44 LOTC* sarà l'attività giudiziale mentre in quella *ex art. 43 LOTC* è l'atto amministrativo ritenuto lesivo, nonostante la vicenda si sia giurisdizionalizzata con la sua impugnazione. Dunque, solo quando la lesione del diritto che si intende tutelare in *amparo* trova "*su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un organo judicial*" (art. 44 LOTC) si potrà usufruire del più ampio termine di 30 giorni per la presentazione della domanda. Se, invece, la lesione del diritto che si vuole denunciare in *amparo* è la stessa già imputata nel giudizio previo all'atto impugnato la via procedente sarà quella prevista dall'art. 43 LOTC che stabilisce, a tal fine, il più breve termine di venti giorni per la presentazione del ricorso.

La questione risulta chiaramente più complessa nei ricorsi di *amparo* cd. misti nei quali le violazioni di diritti si ascrivono tanto agli atti oggetto del processo previo come all'attività giudiziale in esso svolta. Al rispetto il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto applicabile il termine di trenta giorni, in quanto più favorevole al ricorrente, purché l'impugnazione di atti giudiziali congiuntamente con quella di atti amministrativi non sia retorica, ma si basi sull'effettiva esistenza di due lesioni autonome imputabili a ciascuno di essi (AATC 172/2009, FJ 3; 52/2010, FJ 2).

Un'ulteriore questione è quella del *dies a quo* a partire dal quale inizia a decorrere il termine per la presentazione della domanda. Tanto l'art. 43 quanto l'art. 44 LOTC si riferiscono espressamente alla “*notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial*”, ma nell'un caso si considerano i venti giorni “*siguientes*” e nell'altro i trenta giorni “*a partir*” da questa. Nonostante la differente formulazione delle due norme la giurisprudenza costituzionale è ferma nel ritenere che i termini di venti e trenta giorni iniziano a decorrere dal giorno successivo a quello della notificazione della risoluzione giudiziale che pone fine al processo previo.

Quale sia la risoluzione giudiziale che pone fine al processo previo è questione che non può essere definita in generale, ma dipende dal caso concreto e dagli strumenti processuali che di volta in volta risultano concretamente azionabili.

Dal momento, infatti, che con la conclusione della via giudiziale previa inizia a decorrere il termine per la presentazione della domanda, e considerato che questo termine non ammette interruzione né sospensione¹⁵⁴, la scelta della via giudiziale previa risulta di fondamentale importanza, giacché eventuali azioni o ricorsi promossi con finalità meramente dilatorie potrebbero comportare la estemporaneità del ricorso di *amparo*. La via giudiziale previa sarà dunque quella che permette nel caso concreto una effettiva riparazione della violazione denunciata. Non è ammesso un uso indebito degli strumenti processuali che comporti una proroga artificiale della via giudiziale previa e, conseguentemente, del termine di presentazione del ricorso di *amparo*¹⁵⁵.

Con riguardo, poi, al termine di tre mesi per l'impugnazione in *amparo* di atti parlamentari non legislativi l'art. 42 LOTC prevede che questo inizi a decorrere

¹⁵⁴La erronea o indebita interposizione di ricorsi non vale ad interrompere il termine di presentazione della domanda di *amparo*. Eccezionalmente il Tribunale costituzionale ha ammesso l'interruzione del termine nei casi in cui l'utilizzazione di un ricorso improcedente sia conseguenza di una erronea indicazione dell'organo giudiziale. Si veda STC 210/2009.

¹⁵⁵ PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 219.

“desde que, con arreglo a las normas internas de la Cámaras o Asambleas, sean firmes”.

L'elemento determinante in tal caso è dato dal carattere definitivo dell'atto. Un atto parlamentare acquista carattere definitivo una volta utilizzati i ricorsi o i meccanismi interni eventualmente previsti per la sua revisione o riconsiderazione. Non è possibile, invece, impugnare l'atto interno alle Camere o Assemblee legislative autonome presso i Tribunali ordinari.

Come è evidente, l'*amparo parlamentare* non è condizionato ad una via giudiziale previa, ma solamente agli eventuali strumenti interni di controllo, e configura, pertanto, un vero e proprio caso di impugnazione individuale diretta in sede costituzionale.

Diversamente, gli articoli 43 e 44 LOTC condizionano la proposizione dell'*amparo* alla previa conclusione di tutti i meccanismi giurisdizionali risultino attivabili e utili per la effettiva tutela del diritto nel caso concreto. Stesso requisito del “processo previo” è richiesto anche nell'*amparo* elettorale. L'esigenza di concludere la via giudiziale previa discende dal carattere sussidiario e straordinario del ricorso di *amparo* costituzionale stabilito dall'art. 53.2 CE, ed è finalizzata a consentire che la riparazione delle eventuali lesioni dei diritti fondamentali, provocate dai poteri pubblici, si risolva preferentemente in sede di giurisdizione ordinaria e solo laddove l'intervento dei giudici comuni non risulti soddisfacente, in sede costituzionale.

Nella stessa prospettiva va letta la norma che impone la espressa invocazione del diritto che si considera violato nel processo previo affinché sia questa la sede per la riparazione della lesione eventualmente accertata¹⁵⁶.

¹⁵⁶ L'esigenza processuale della espressa invocazione del diritto violato è prevista nel solo art. 44 LOTC che richiede, tra gli altri requisiti, “*Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello*”. Ciononostante, il *Tribunal Constitucional* ha affermato che tale esigenza sussiste in tutti i casi in cui è prevista una via giudiziale previa e, dunque, anche in quelli regolati dall'art. 43 LOTC e nell'*amparo* elettorale.

Tali esigenze processuali risultano particolarmente importanti perché da esse dipende l'accesso in *amparo*. Tuttavia, nella pratica giurisprudenziale rilevano una serie di questioni che dimostrano la problematicità della disciplina di accesso al ricorso di *amparo*.

La prima questione riguarda la corretta individuazione della via giudiziale previa, dal momento che la erronea o indebita interposizione di azioni o ricorsi potrebbe incidere sulla viabilità stessa dell'*amparo*. L'uso indebito degli ordinari strumenti processuali, finalizzato a prorogare artificialmente la via giudiziale previa, e con essa il termine per la interposizione della domanda di *amparo*, potrebbe infatti determinare l'inammissibilità di quest'ultimo per estemporaneità. L'esigenza di concludere la via giudiziale previa non sempre si traduce nella necessaria utilizzazione di tutti i rimedi giurisdizionali previsti nella disciplina processuale di ciascun caso. La giurisprudenza costituzionale è giunta ad affermare, al riguardo, che il "processo previo" si considera concluso una volta utilizzati quei rimedi giurisdizionali che siano manifestamente ammissibili e che permettano la effettiva riparazione del diritto violato. L'utilizzazione di ricorsi manifestamente inammissibili o, comunque, inadeguati a riparare la lesione del diritto invocato non comporta la automatica estensione della via giudiziale previa e, dunque, la posticipazione del *dies a quo* del termine per la presentazione della domanda di *amparo*, salvo nel caso in cui si accerti che la erronea utilizzazione degli strumenti processuali non sia dovuta ad una volontà meramente dilatoria del ricorrente¹⁵⁷. Secondo il Giudice costituzionale il requisito del proceso previo impone "*la utilización de aquellos (recursos) que razonablemente puedan considerarse como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos*"¹⁵⁸. Pertanto, il ragionevole dubbio sulla procedibilità del ricorso dovrebbe indurre il ricorrente a non utilizzarlo, potendo incorrere in estemporaneità al momento di proporre *amparo* in sede

¹⁵⁷ Su tale orientamento giurisprudenziale si veda, tra tutte, SSTC 4/2000, FJ 2; 216/2013, FJ 2.

¹⁵⁸ SSTC 142/1992, 235/1997, 211/1999.

costituzionale¹⁵⁹. Al contrario, però, il mancato uso di tutti gli strumenti processuali che risultino manifestamente idonei a riparare la lesione denunciata davanti ai giudici comuni potrebbe condurre comunque all'inammissibilità del ricorso di *amparo* per non aver concluso la via giudiziale previa. Tali circostanze dimostrano che, seppur non è rimesso “*al abritrio del recurrente o de su dirección letrada la estimación de si es o no necesario interponer un determinado recurso para entender agotada la vía judicial previa*” (STC 211/1999), nemmeno è stabilito un criterio chiaro e preciso che orienti il ricorrente nella scelta degli strumenti processuali che concorrono a definire la via giudiziale previa. L'incertezza giuridica che ne discende costituisce uno dei principali ostacoli all'accesso diretto in sede costituzionale.

Il problema si pone soprattutto rispetto ai ricorsi straordinari. Si pensi, ad esempio, all'incidente di nullità degli atti processuali e al suo incerto ambito di applicazione¹⁶⁰.

L'incidente di nullità, come si vedrà meglio in seguito, rappresenta uno strumento di tutela, a carattere straordinario ed eccezionale, che permette alle parti del processo, o a chi avrebbe potuto farne parte, di reclamare, dinanzi allo stesso organo giudiziale, la nullità della decisione da questo adottata, quando non sia possibile alcun altro tipo di ricorso, e si ritenga che si sia prodotta nel giudizio una nuova lesione di uno dei diritti menzionati nell'art. 53.2 CE che non sia stato possibile denunciare e riparare prima della fine del processo.

¹⁵⁹ STC 126/1999.

¹⁶⁰ La riforma introdotta con la LO 6/2007 ha modificato la disciplina dell'incidente di nullità degli atti processuali regolato all'articolo 241.1 LOPJ. La nuova formulazione della suddetta disposizione stabilisce: “1. *No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.* 2. *Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza...*”.

Prima della riforma della LOTC del 2007, l'incidente di nullità era limitato ai soli casi in cui la risoluzione conclusiva del processo fosse incorsa in “*indefensión*” o “*incongruencia del fallo*”. L'incidente di nullità si configurava, dunque, come mezzo straordinario di protezione contro violazioni dei soli diritti processuali che, per essersi originate nella fase conclusiva del processo, non fosse stato possibile rilevare e riparare prima, né successivamente in altra sede, per non essere la risoluzione suscettibile di ricorso né ordinario né straordinario. La riforma introdotta con la LO 6/2007, nell'intento di razionalizzare il sistema di accesso al ricorso di *amparo*, limitandolo ai soli casi di maggiore rilevanza costituzionale, è intervenuta sull'ambito di applicazione dell'incidente di nullità estendendo la tutela dell'art. 241 LOPJ a tutti i diritti menzionati nell'art. 53.2 CE e non più ai soli diritti processuali. Questo rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali presso i giudici comuni è chiaramente indirizzato ad assicurare il carattere sussidiario del ricorso di *amparo*. Tuttavia, l'estensione dell'ambito di applicazione dell'incidente di nullità non ha mancato di sollevare una serie di problemi. In particolare, l'incertezza sulla viabilità di tale meccanismo per concludere la via giudiziale previa ha finito per condizionare le concrete possibilità di accesso in sede di *amparo*.

Al riguardo, la recente STC 216/2013, FJ 2, ha precisato che la proposizione di un incidente di nullità degli atti processuali sarà necessaria per concludere la via giudiziale previa solo quando la violazione del diritto è imputabile *direttamente* alla decisione definitiva del processo e, dunque, non è stato possibile denunciarla prima della sua conclusione. Diversamente, se nel corso del processo gli organi giurisdizionali hanno avuto la possibilità di pronunciarsi sulla violazione del diritto fondamentale, l'incidente di nullità sarà inammissibile e la via giudiziale previa dovrà considerarsi conclusa. La proposizione dell'incidente non interrompe il termine per la presentazione della

domanda di *amparo* e, dunque, comporta il rischio che anche quest'ultima venga dichiarata inammissibile per estemporaneità¹⁶¹.

Analoghe considerazioni possono svolgersi anche rispetto ad altri strumenti processuali che, per il loro carattere straordinario o eccezionale, non sempre concorrono a definire la via giudiziale previa al ricorso di *amparo*.

Si è già detto che la mera previsione legale di uno strumento processuale non obbliga alla sua utilizzazione per potersi considerare conclusa la via giudiziale previa al ricorso di *amparo*. La giurisprudenza costituzionale richiede, infatti, che il rimedio sia verosimilmente ammissibile oltre che idoneo a riparare la lesione del diritto invocata, e non sia azionato con finalità meramente dilatorie.

Si consideri, ad esempio, il ricorso di revisione rispetto al quale il *Tribunal Constitucional* ha affermato che “*solo cabe reputarlo previo al subsidiario recurso de amparo cuando éste hubiera de fundarse, exclusivamente, en alguno de los tasados motivos en que cabe articular aquél y después de que haya tenido lugar, cuando sea necesaria, la actividad o resolución previa en que se compruebe y declare la existencia de aquellos motivos*” (STC 242/1991, FJ 2).

Rispetto, invece, al ricorso di cassazione, se originariamente la giurisprudenza costituzionale aveva richiesto la dichiarazione di ammissibilità del ricorso per potersi considerare conclusa la via giudiziale previa al ricorso di *amparo*, questa è poi venuta affermando che “*el recurso de casación es un recurso sometido a rigurosos requisitos de admisión formales y materiales, por lo que en supuestos en los que quepan dudas sobre su procedencia no puede exigirse a los recurrentes en todo caso su interposición a los efectos del agotamiento de la vía judicial previa*” (STC 240/1999, FJ 2).

Anche con riguardo alla cassazione per unificazione della dottrina e nell'interesse della legge si è riconosciuto che, trattandosi di ricorsi straordinari,

¹⁶¹ Diverso è il caso in cui la lesione si attribuisca direttamente alla risoluzione che decide un incidente di nullità. In tal caso, come spiega PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, cit., 235, l'incidente di nullità si che costituisce uno strumento di depurazione di una lesione autonoma rispetto a quella che originariamente si denunciava in via di incidente.

non sempre è necessaria la loro interposizione per considerarsi conclusa la via giurisdizionale previa al ricorso di *amparo*. Si è affermato, infatti, che “*el recurso de casación para la unificación de doctrina debe considerarse no solo extraordinario sino excepcional, y esa especial naturaleza determina que no sea preceptiva siempre su interposición para dar por agotada la vía judicial ordinaria, sino solo en aquellos supuestos en los que, por existir doctrina jurisprudencial contradictoria, debe darse la posibilidad [determinante en general de esta exigencia del art. 44.1 a) LOTC] de reparar la lesión del derecho fundamental que se entiende vulnerado, salvando así la subsidiariedad del amparo*” (STC 107/2000, FJ 2).

Nell’*amparo elettorale* la via giudiziale previa è costituita dal ricorso contenzioso-elettorale promosso presso il Tribunale amministrativo di primo grado competente per territorio (*Juzgado de lo Contencioso-Administrativo*). A tal fine, quando l’impugnazione riguarda gli atti di proclamazione di candidati o di candidature, l’art. 49.3 LOREG stabilisce che la sentenza che risolve il ricorso contenzioso-elettorale “*tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1, a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”. Rispetto, invece, alle impugnazioni degli atti di proclamazione degli eletti o di elezione e proclamazione dei Presidenti delle corporazioni locali, l’art. 114.2 LOREG prevede che contro la Sentenza che risolve il relativo ricorso contenzioso-elettorale “*no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración*” per la correzione di errori materiali. La conclusione della via giudiziale previa al ricorso di *amparo* dipenderà, dunque, in tal caso, dalla effettiva viabilità delle *aclaraciones*. A tal riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto necessaria l’utilizzazione di tale strumento processuale prima di ricorrere in *amparo* quando la lesione discenda direttamente da un errore sanabile mediante *aclaración*, e questa sia la

“única forma razonable y habitual de reparar una supuesta (lesión)” (STC123/2000, FJ 2)¹⁶².

Le considerazioni che precedono confermano che la via giudiziale va determinata caso per caso, tenendo conto della idoneità degli strumenti processuali previsti dall’ordinamento a riparare il tipo di lesione invocata.

La denuncia della violazione del diritto nel processo previo costituisce un ulteriore requisito processuale cui è condizionato l’accesso in *amparo*. Tale esigenza è chiaramente finalizzata a garantire la sussidiarietà della tutela costituzionale, giacché permette che la eventuale lesione, ove accertata, venga riparata già in sede di giurisdizione ordinaria che costituisce la sede naturale ed abituale di tutela dei diritti fondamentali. Nonostante sia solo l’art. 44 LOTC a menzionare tra i requisiti di interposizione dell’*amparo* *“que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”*, la giurisprudenza costituzionale ha inteso che tale esigenza, in quanto strettamente connessa al carattere sussidiario dell’*amparo*, è di obbligato adempimento anche nella fattispecie regolata dall’art. 43 LOTC perché anche in tale ipotesi esiste una via giudiziale previa nel corso della quale dovrà tentarsi la riparazione della lesione. Per l’adempimento di tale requisito non è richiesta una forma specifica. La giurisprudenza costituzionale esige solo che la denuncia della violazione del diritto sia chiara, tempestiva e tale da permettere agli organi giudiziali di poterla prontamente riparare.

Requisiti specifici sono, invece, richiesti per la formulazione della domanda di *amparo*. A tal riguardo, ad esempio, l’art. 49 LOTC stabilisce che nella domanda si esporranno *“con claridad y concisión”* i fatti su cui l’istanza si fonda e si determinerà *“con precisión el amparo que se solicita”*. Inoltre, si citeranno *“los preceptos constitucionales que se estimen infringidos”* e, in ogni

¹⁶² Art. 267 LOPJ.

caso, “*la demanda justificará la especial transcendencia constitucional del recurso*”¹⁶³.

Con tale ultima previsione, introdotta con le modifiche apportate dalla LO 6/2007, il legislatore ha attribuito al ricorrente un onere di motivazione aggiuntivo rispetto a quello di giustificare il fondamento della propria domanda. La *especial transcendencia constitucional* della questione costituisce, infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale, un autonomo requisito materiale della domanda. Tale requisito non è soggetto a forme specifiche, ma al ricorrente è richiesto un minimo di argomentazione che non potrà considerarsi soddisfatto attraverso riferimenti meramente rituali e generici ¹⁶⁴. La *especial transcendencia constitucional* impone, dunque, al ricorrente uno sforzo argomentativo aggiuntivo. In nessun caso, infatti, l’argomentazione sul fondamento della domanda varrebbe a giustificare anche la sua *especial transcendencia constitucional*. Al riguardo, si è precisato che “*no basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental; es preciso que en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial transcendencia constitucional. Consecuentemente, la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional*”

¹⁶³ L’art. 49 LOTC prevede, inoltre, che la domanda sia accompagnata dal documento che certifica la rappresentanza legale del ricorrente.

¹⁶⁴ Nella STC 176/2012, FJ 4, si afferma che “*para dicha justificación no se exige forma especial alguna ni tan siquiera cita expresa del concepto, de modo que basta que pueda deducirse de la demanda, aunque lógicamente la referencia explícita favorezca su apreciación*”. Allo stesso tempo, però, si precisa che “*el recurrente debe desplegar un esfuerzo argumentativo para justificar la proyección objetiva de la vulneración producida y colaborar con este Tribunal en la tarea de identificarla. Si se elude esta carga formal, no cabe trasladársela al Tribunal Constitucional, para que este supla las deficiencias en que incurre la demanda a través de un ejercicio intelectual del que resulten las razones por las que el recurrente parece que entiende que sus pretensiones tienen una dimensión objetiva*”.

del recurso de amparo” (STC 128/2014, FJ 2)¹⁶⁵. Trattandosi, poi, di un requisito materiale della domanda l’assenza di argomentazione sulla *especial transcendencia constitucional* non è sanabile, salvo che si produca dentro del termine di presentazione della domanda.

L’introduzione della *especial transcendencia constitucional* del ricorso anche tra i requisiti di ammissibilità della domanda di *amparo* costituisce la principale novità introdotta con la riforma del 2007 con la quale si è cercato di far fronte, come si vedrà più avanti, alle gravi disfunzioni che il ricorso individuale diretto ha prodotto sul sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Attraverso il nuovo requisito si punta a valorizzare la dimensione oggettiva del ricorso di *amparo* quale strumento di difesa della Costituzione, riservando l’ammissibilità ai soli casi che risultino rilevanti per la sua interpretazione, applicazione e generale efficacia. Tale riforma è finalizzata, inoltre, ad evitare che la tutela costituzionale dei diritti fondamentali funzionasse abitualmente come un’ulteriore istanza di tutela e non come sede sussidiaria, straordinaria ed eccezionale, di giustizia dei diritti.

In tale prospettiva la LO 6/2007 ha proceduto a modificare anche il giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo* previsto nell’art. 50 LOTC.

Nella formulazione anteriore alla riforma del 2007 la norma disciplinava i casi in cui il *Tribunal Constitucional* e, in particolare, le Sezioni dovevano dichiarare inammissibile una domanda di *amparo*. Così formulato il tramite di ammissibilità, il ricorso di *amparo* avrebbe dovuto dichiararsi ammissibile in ogni caso, salvo che le Sezioni accertassero che la domanda “*incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46*” o “*se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional*” o “*carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*”, o ancora nel caso in cui “*el Tribunal Constitucional*

¹⁶⁵AATC 188/2008, 289/2008, 290/2008, 80/2009, 252/2009, 186/2010; STC 17/2011.

hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual”.

Con la riforma del 2007 il giudizio di ammissibilità viene riformulato secondo una diversa prospettiva. L'intento del legislatore organico, come si vedrà meglio più avanti, è chiaramente quello di disincentivare l'utilizzo dell'*amparo* limitandolo ai soli casi di maggiore rilevanza.

Pertanto, l'art. 50 LOTC non stabilisce più, in negativo, le cause di inammissibilità della domanda di *amparo*, ma prevede, in positivo, i requisiti che devono concorrere affinché le Sezioni o, eventualmente, le Sale la dichiarassero ammissibile¹⁶⁶. Dunque, mentre in passato si presumeva l'ammissibilità del ricorso di *amparo*, salvo il caso in cui ricorresse una o più cause di inammissibilità, oggi la regola è la inammissibilità, salvo che si accerti che “*la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49*” [art. 50.1 a)] e che, al tempo stesso “*el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*” [art. 50.1 b)]¹⁶⁷.

La *especial trascendencia constitucional* costituisce senza dubbio la principale novità introdotta con la riforma del 2007, pur se già precedentemente ad essa le Sezioni potevano dichiarare inammissibile una domanda di *amparo* una volta accertato che questa “*carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*”.

¹⁶⁶Le Sezioni decidono sull'ammissibilità se c'è unanimità. Se, invece, nella Sezione si raggiunge solo la maggioranza, la decisione sulla ammissibilità è rimessa alla Sala.

¹⁶⁷ Si veda l'analisi di ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 19.

Con la riforma del 2007, però, il legislatore non si limita a disciplinare un criterio di giudizio per il *Tribunal Constitucional*, ma introduce per il ricorrente, accanto ai tradizionali requisiti processuali, anche un requisito materiale che gli impone di giustificare la rilevanza della questione “*para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

Del nuovo requisito e del modo con cui il *Tribunal Constitucional* ha interpretato la nuova disciplina del giudizio di ammissibilità si tratterà in modo più dettagliato. Basta per ora con il sottolineare che il giudizio di ammissibilità costituisce l'elemento chiave dell'efficienza della giurisdizione di *amparo*¹⁶⁸.

La crisi del sistema di tutela dei diritti fondamentali

Come già anticipato, l'introduzione di un ricorso individuale diretto per la tutela in sede costituzionale dei diritti fondamentali non costituiva una scelta obbligata per i costituenti una volta optato per un sistema accentrato di giustizia costituzionale.

La tutela dei diritti fondamentali non costituisce, infatti, una funzione essenziale degli organi di giustizia costituzionale di tipo accentrato a differenza del controllo di costituzionalità delle leggi e della risoluzione dei conflitti costituzionali. È innegabile, però, che tale funzione ha assunto un'importanza significativa in quei sistemi che hanno scelto di assegnare ai propri Tribunali costituzionali competenze specifiche in materia di diritti fondamentali.

L'esperienza del ricorso di *amparo* in Spagna costituisce un chiaro esempio della fondamentale azione di costituzionalizzazione dell'ordinamento svolta dal *Tribunal Constitucional*. Attraverso il ricorso di *amparo* l'organo di giustizia

¹⁶⁸ VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 11/2003, 323 ss.

costituzionale ha dato contenuto ai diritti costituzionali e ha assicurato la loro uniforme interpretazione su tutto il territorio nazionale. Al tempo stesso, l'amparo ha costituito un valido strumento per la piena efficacia dei diritti fondamentali laddove il Potere giudiziario non fosse stato in grado di soddisfare le concrete esigenze di tutela. Attraverso l'interpretazione costituzionale eseguita in sede di *amparo* si è, inoltre, favorita la formazione di una nuova cultura giuridica dei diritti fondamentali, nonché l'affermazione di un'immagine collettiva dei diritti costituzionali come diritti direttamente azionabili¹⁶⁹.

Tale funzionalità ha reso il ricorso di *amparo* l'elemento centrale del sistema di giustizia costituzionale spagnolo¹⁷⁰. È innegabile, infatti, che nei primi anni di attività del *Tribunal Constitucional*, in un momento in cui il Potere giudiziario era ancora espressione di una cultura giuridica chiusa ai valori e ai principi della democrazia, l'*amparo* è stato il principale strumento attraverso cui si è assicurata la supremazia normativa della Costituzione¹⁷¹.

Ciononostante, il ricorso di *amparo* si è rivelato anche un processo costituzionale estremamente problematico per il corretto svolgimento

¹⁶⁹ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1824, riconosce al ricorso di amparo una doppia funzione "educadora" e "legitimadora", "educadora para nuestra cultura jurídica y para los jueces y tribunales, sin duda alguna, pero también legitimadora en cuanto que a través del amparo los ciudadanos adquirieron la convicción de que los derechos fundamentales eran tutelados como directamente eficaces ex Constitutione y, en definitiva, que se disfrutaban desde la entrada en vigor del texto constitucional".

¹⁷⁰Secondo DIEZ-PICAZO L.M., *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, cit., 37, "Frente al clásico Derecho constitucional de la ley, se alza en la actualidad el reto de un Derecho constitucional de los derechos fundamentales; y frente a la tradicional lucha por la observancia objetiva de la Constitución y la pureza del sistema normativo, se presenta el desafío de dotar a los ciudadanos de remedios efectivos contra las violaciones de sus derechos fundamentales. El recurso de amparo es el proceso constitucional adecuado a esta nueva tarea" tanto che "la Constitución española, tal como ha sido aplicada hasta ahora, sería reconocible sin el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad; pero no sería la misma sin el recurso de amparo".

¹⁷¹ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1825; PÉREZ TREMP S P., *Tribunal constitucional y tribunales ordinarios*, cit., 19 ss.

dell'attività del *Tribunal Constitucional* e per il complesso delle relazioni istituzionali.

Una volta, infatti, esaurita quella originaria funzione di costituzionalizzazione dell'ordinamento il ricorso di *amparo* ha subito una grave crisi funzionale¹⁷² che ha finito per ripercuotersi sul complessivo sistema di giustizia costituzionale e sulla propria identità del *Tribunal Constitucional* come organo garante dei diritti fondamentali e dell'equilibrio istituzionale.

La principale causa di tale crisi funzionale è costituita, com'è noto, dall'eccessivo uso, se non addirittura abuso, che nella pratica è stato fatto del ricorso di *amparo*. Nella prima fase costituzionale il frequente utilizzo di tale strumento non era avvertito come qualcosa di eccessivamente problematico per lo stato della giustizia costituzionale, rappresentando piuttosto un'opportunità per il *Tribunal Constitucional* di definire il contenuto dei diritti fondamentali.

Col passare degli anni, però, il numero delle domande di *amparo* è cresciuto esponenzialmente tanto da sobbarcare il *Tribunal Constitucional* di un carico di lavoro sproporzionato rispetto alle sue reali possibilità: dai 218 ricorsi presentati nel 1980 si è passati nel 1990 a 2893, e a 9476 nel 2006, ovvero circa il 98% del numero complessivo delle domande registrate. Tale percentuale è rimasta più o meno costante anche negli anni successivi alla riforma introdotta con la LO 6/2007 nonostante il suo dichiarato obiettivo di limitare il numero delle domande di *amparo* e di recuperare la sua natura sussidiaria e straordinaria¹⁷³.

¹⁷² L'espressione è di CRUZ VILLALÓN P., *El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador*, cit., 117.

¹⁷³ Nel 2007 le domande di *amparo* registrate furono 9.840 su un totale di 10.013 (98,5%); nel 2008 furono 10.279 su un totale di 10.410 (98,7%); nel 2009 furono 10.792 su un totale di 10.848 (99,4%); nel 2010, grazie anche all'interpretazione del nuovo requisito della *especial transcendencia constitucional* fornita dalla STC 155/2009 le domande di *amparo* scesero a 8.947 su un totale di 9.041 (98,9%); nel 2011 furono 7.098 su un totale di 7.192 (98,6%); nel 2012 furono 7.205 su un totale di 7.294 (98,9%); nel 2013 furono 7.376 su un totale di 7.573 (97,3%); nel 2014 furono 7.663 su 7.878 (97,2%); nel 2015 furono 7.203 su un totale di 7.369 (97,7%). I dati sono riportati nelle Memorie annuali pubblicate dal Tribunale Costituzionale e consultabili

L'elevato numero di domande di *amparo* registrate è dovuto a diversi fattori, tra i quali rileva, innanzitutto, la previsione di un sistema di accesso particolarmente ampio rispetto agli altri processi costituzionali. Fatta eccezione per le disposizioni legislative, qualunque manifestazione di volontà dei pubblici poteri, incluso le decisioni giudiziali, sono sindacabili in sede di *amparo* su domanda di qualunque persona che vantasse un interesse legittimo relazionato a determinati diritti fondamentali. Nonostante, però, l'ampia possibilità di promuovere un *amparo*, va sottolineato che la relativa domanda dovrà superare un giudizio di ammissibilità per essere decisa nel merito. È, pertanto, interessante rilevare che solo una ridottissima percentuale (circa il 2-3%) delle domande di *amparo* che giungono al Tribunale vengono dichiarate ammissibili e decise nel merito. Ciò significa che l'organo di giustizia costituzionale spende la maggior parte del suo tempo svolgendo un lavoro "negativo", ovvero nel *decidir lo que no va a decidir*¹⁷⁴.

Era inevitabile, però, che questo lavoro "negativo" incidesse significativamente anche su quello "positivo" svolto dal Tribunale in quei casi in cui avesse ritenuto di dover decidere nel merito domande di *amparo* o altri processi costituzionali. La necessità di esaminare tutti i ricorsi proposti ha comportato, infatti, notevoli ritardi nei tempi della giustizia costituzionale per la difficoltà evidente di smaltire l'enorme arretrato. Si pensi, ad esempio, che occorrono in media dai tre ai quattro anni per risolvere un ricorso di *amparo*. Si tratta di un lasso di tempo chiaramente incompatibile con la funzione di tutela svolta da tale istituto che, al contrario, richiederebbe una rapida definizione del processo. Al riguardo è curioso rilevare che il *Tribunal Constitucional* ha in più occasioni concesso *amparo* per considerare lesive del diritto alla tutela giudiziale effettiva

al seguente link:
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

¹⁷⁴ L'espressione è di VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo*, cit. 324.

le dilazioni del processo ordinario, ma la relativa sentenza è stata emessa a distanza di anni dalla ammissione a tramite della domanda¹⁷⁵.

L'enorme carico di lavoro in materia di *amparo* incide non solo sulla natura e finalità di questo istituto processuale, ma si riflette in maniera significativa anche sugli altri processi costituzionali, i cui tempi di risoluzione si allungano addirittura fino a giungere i nove anni, con evidente pregiudizio della certezza del diritto¹⁷⁶. Non sono infrequenti, infatti, casi in cui il Tribunale costituzionale si trova a risolvere ricorsi o questioni d'incostituzionalità aventi ad oggetto norme modificate o anche derogate nel corso del processo costituzionale.

Tali circostanze mostrano come l'uso indiscriminato dell'*amparo* oltre a causare una desnaturalizzazione dell'istituto come meccanismo di tutela ha comportato anche una crisi di identità dello stesso *Tribunal Constitucional* incapace di assolvere adeguatamente alla sua funzione di garante dell'ordine costituzionale.

La possibilità di ricorrere in *amparo* contro le decisioni giudiziarie costituisce un ulteriore fattore destabilizzante per la giustizia costituzionale spagnola. A tal riguardo, va rilevato che la stragrande maggioranza delle domande che giungono al Tribunale reclamano una violazione dei diritti e delle garanzie processuali riconosciuti nell'art. 24 CE¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Si veda tra tutte, SSTC 141/2010, 63/2016.

¹⁷⁶ Si consideri, ad esempio, la STC 82/2016 che risolve il ricorso di incostituzionalità promosso nel 2007 contro la Legge valenziana 10/2007 che disciplina il regime economico matrimoniale.

¹⁷⁷ Nel 2007 delle 9.840 domande presentate 8.409, ovvero l'85,46% denunciavano una violazione dei diritti e garanzie riconosciuti dall'art. 24 CE. Nel 2008 furono 9.118 su 10.279 ovvero l'88,71%. Nel 2009 furono 9.486 su 10.792, ovvero l'87,90%. Nel 2010 furono 7.788 su 8947, ovvero l'87,04%. Nel 2011 furono 5.381 su 7.098, ovvero il 75,81%. Nel 2012 furono 5964 su 7.205, ovvero l'82,77%. Nel 2013 furono 5.914 su 7.376, ovvero l'80,18%. Nel 2014 furono 5.570 su 7.663, ovvero il 72,68%. Nel 2015 furono 5.416 su 7.203, ovvero il 75,19%. Seguono in percentuale le domande di *amparo* che denunciano violazioni del principio di uguaglianza. Queste nel 2007 1.543, ovvero il 15,68% del totale delle domande presentate. Nel 2008 furono 1.710, pari al 16,64% del totale. Nel 2009 furono 1.739 pari al 16,11% del totale. Nel 2010 furono 1410 pari al 15,75% del totale. Nel 2011 furono 1.031 pari al 14,52% del totale. Nel 2012 furono 1.068 pari al 14,82% del totale. Nel 2013 furono 1.013 pari al 13,77%

L'eccessivo numero di *amparos* ex art. 24 CE non dipende, però, dalla sola scelta del legislatore di includere tra gli atti impugnabili le decisioni giudiziarie. Va, infatti, sottolineato che anche l'interpretazione giurisprudenziale del contenuto materiale dell'art. 24 CE ha favorito e non poco l'utilizzazione dell'*amparo* come ulteriore istanza di tutela. Al riguardo, la progressiva estensione del contenuto del diritto al giusto processo ex art. 24.1 CE così come delle garanzie processuali ex art. 24.2 CE ha permesso che le decisioni giudiziarie fossero ricorribili in *amparo* per qualsiasi errore *in procedendo* e *in iudicando*¹⁷⁸.

Tale circostanza ha inciso significativamente sulla natura del *Tribunal Constitucional* che nella pratica ha finito per funzionare più come una terza istanza giurisdizionale, una specie di *super-cassazione*, che come organo di giustizia costituzionale. Questo anomalo funzionamento del Tribunale costituzionale come Tribunale di *amparo* ha compromesso non solo l'identità dell'istituzione come organo di giustizia costituzionale, ma anche la natura sussidiaria e straordinaria del ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali¹⁷⁹.

Occorre, inoltre, considerare che se l'accumulo di domande di *amparo* ha comportato seri problemi strutturali sul sistema di giustizia costituzionale, l'alta percentuale di *amparos* ex art. 24 CE ha generato anche problemi di natura istituzionale per la tensione, spesso conflittuale, tra il Tribunale costituzionale e gli organi appartenenti al Potere giudiziario, in particolare il Tribunale

del totale. Nel 2014 furono 1.090 pari al 14,22% del totale. E, infine, nel 2015 furono 992 pari al 13,77% del totale. I dati relativi a ciascuno dei diritti e libertà suscettibili di *amparo* sono reperibili al link: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

¹⁷⁸ Sull'interpretazione dei diritti e garanzie ex art. 24 CE SOSPEDRA NAVAS F.J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, cit. 222 ss.; BUSTOS GISBERT R., *¿Está agotado el modelo de amparo diseñado en la Constitución española?*, cit. 279.

¹⁷⁹ DIEZ PICAZO M.L., *Dificultades practicas y significado constitucional del recurso de amparo*, cit., 15 ss.; ARAGÓN REYES M, *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 12 ss.

Supremo, nell'interpretazione dei diritti costituzionali¹⁸⁰. Nonostante, però, spesso la giurisdizione ordinaria abbia rivendicato una invasione di competenze da parte del *Tribunal constitucional* va ribadito che tra le due giurisdizioni non sussiste una relazione di competenza, ma un ordine di gerarchia come può desumersi dall'art. 123 CE secondo cui il Tribunale Supremo “*es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*”. Il Tribunale Supremo, dunque, è il superiore interprete rispetto a tutti gli ordini della giurisdizione comune, ma non è il *supremo* organo giurisdizionale in materia di garanzie costituzionali. L’“*intérprete supremo de la Constitución*” è, a norma dell'art. 1 LOTC, il *Tribunal Constitucional*.

Le considerazioni che precedono descrivono sommariamente il processo di evoluzione della giustizia costituzionale in Spagna e lo stato di crisi in cui il sistema è degenerato a seguito della difficile gestione dell'accesso al ricorso di *amparo*.

Va comunque rilevato che l'accumulo di ricorsi e i ritardi nei tempi della giustizia costituzionale non hanno contraddistinto il solo sistema di giustizia costituzionale spagnolo, ma sono dati riscontrabili anche in altri ordinamenti che hanno previsto un ricorso individuale diretto in sede costituzionale come, ad esempio, quello tedesco¹⁸¹.

¹⁸⁰ Non si tratta, come spiega CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, cit., 95 ss., di una vera e propria *guerra tra Corti* come nel caso italiano, ma il conflitto tra le due giurisdizioni ha raggiunto in alcuni casi livelli di massima tensione. Si consideri, ad esempio, le vicende relative alla prova di paternità (STC 7/1994) o alla tutela della propria immagine (STC 186/2001). La prova evidente di questo conflitto è costituita dalla Sentenza del Tribunale Supremo 51/2004 nella quale il supremo organo della giurisdizione ordinaria riconosceva una responsabilità civile dei Magistrati costituzionali per non aver dichiarato ammissibile una domanda di *amparo*. Per un approfondimento si veda FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero 2004, una flagrante quiebra de la Constitución*, in *Revista de estudios políticos*, n. 129/2005, 193 ss.

¹⁸¹ Sulle vicende relative al *Bundesverfassungsgericht* tedesco si veda CARRILLO M. ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, cit. 43 ss.; HERNÁNDEZ RAMOS M., *¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional?*

Questo stato di cose ha reso necessario un ripensamento del ricorso di *amparo* al fine di recuperarne la giusta dimensione costituzionale e, al tempo stesso, permettere un rafforzamento anche del ruolo istituzionale del *Tribunal Constitucional*¹⁸². Le soluzioni prospettate in dottrina sono state diverse, ma quella che ha ricevuto maggiore consenso, ed è stata poi accolta in sede legislativa, proponeva una riforma del giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo* al fine di permettere una più rigorosa selezione dei casi meritevoli di accesso al Giudice costituzionale.

La proposta di escludere dai diritti amparabili quelli riconosciuti dall'art. 24 CE, che costituiscono i diritti maggiormente invocati in sede di *amparo*, non ha raccolto lo stesso consenso dal momento che una tale modificazione non è permessa al legislatore e potrebbe realizzarsi solo mediante una riforma costituzionale. L'abilitazione ex art. 161.1 b) CE a disciplinare i casi e le forme in cui “*en su caso*” (art. 53.2 CE) sarà esperibile il ricorso di *amparo* non può, infatti, interpretarsi come attribuzione al legislatore del potere di escludere dalla tutela in sede costituzionale alcuni dei diritti menzionati nell'art. 53.2 CE. Analogamente, non rientra nella discrezionalità del legislatore neanche la decisione di escludere dagli atti impugnabili le decisioni giudiziarie. Tale esclusione creerebbe un ingiustificato vuoto di tutela rispetto alla complessiva attività di uno dei poteri dello Stato. Una possibile soluzione al problema dell'ingente quantità di ricorsi basati in una violazione dell'art. 24 CE sarebbe piuttosto un cambio di rotta del proprio *Tribunal Constitucional* nel senso di un

Balance de cuatro años del nuevo trámite de admisión, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 81/2010, 263 ss.; ID., *El Tribunal Constitucional alemán aún a la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 88/2010, 83 ss.

¹⁸² Secondo CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, cit., 89, uno Stato democratico non può permettersi un deficit di questo calibro nelle sue istituzioni giuridiche, soprattutto in quella cui corrisponde la salvaguardia della Costituzione, perché sta in gioco la identità e il credito istituzionale del proprio Stato.

maggior auto-controllo al momento di interpretare le garanzie processuali riconosciute da tale disposizione costituzionale¹⁸³.

La soluzione alla crisi funzionale del ricorso di *amparo* non poteva essere neanche la sua soppressione dai processi costituzionali. A parte che una tale decisione sarebbe spettata al potere costituente e non al legislatore, la dottrina ha sempre sostenuto che l'*amparo* costituisce ormai uno strumento fondamentale ed essenziale nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo, necessario a garantire la supremazia normativa della Costituzione soprattutto nell'attuale contesto di creazione giurisprudenziale del diritto¹⁸⁴.

Occorreva, piuttosto, recuperare la dimensione costituzionale dell'*amparo* quale strumento straordinario e sussidiario di tutela dei diritti fondamentali funzionale, non solo alla protezione delle situazioni soggettive, ma anche alla difesa e all'interpretazione della Costituzione. In tale prospettiva si spingeva affinché si assegnassero al *Tribunal Constitucional* maggiori poteri nel selezionare e decidere i soli casi che avessero una certa rilevanza costituzionale; senza con ciò pregiudicare la sua funzione di garante dei diritti e libertà fondamentali. Si trattava, secondo l'opinione dominante, di valorizzare la dimensione oggettiva dell'*amparo* e, al tempo stesso, di rafforzare i meccanismi di tutela azionabili dinanzi ai Tribunali ordinari affinché si ristabilisse il loro ruolo di garanti naturali dei diritti fondamentali, e si recuperasse l'immagine dell'*amparo* come strumento sussidiario e straordinario di tutela.

¹⁸³ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1829; DE LA OLIVA A., DÍEZ PICASO GIMÉNEZ I., *Tribunal constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, cit., 60; FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, cit., 12 ss.

¹⁸⁴Secondo DIEZ PICAZO M.L., *Dificultades practicas y significado constitucional del recurso de amparo*, cit., 34 ss., il ricorso di *amparo* è uno strumento necessario per quattro ordini di motivi. Attraverso di esso è, infatti, assicurata: l'efficacia dei diritti costituzionali, la corretta applicazione del diritto e della giurisprudenza costituzionale da parte dei Tribunali ordinari, l'unificazione della giurisprudenza sui diritti; la supremazia normativa della Costituzione in un contesto di creazione giurisprudenziale del diritto.

Una prima riforma che ha cercato di far fronte alla crisi funzionale dell'*amparo* e a quella istituzionale del *Tribunal Constitucional* è stata approvata con la LO 6/1988. La legge introdusse modificazioni al giudizio di ammissibilità dell'*amparo* al fine di favorire una più rigorosa selezione delle domande meritevoli di una decisione nel merito, nonché di alleggerire il carico di lavoro in sede costituzionale.

Innanzitutto, si permetteva alle Sezioni di decidere direttamente sull'ammissibilità di un *amparo* in modo da rendere il relativo giudizio più rapido rispetto al passato in cui si richiedeva di formulare una proposta alle Sale. Si stabiliva, inoltre, che nel caso in cui fosse raggiunta l'unanimità nella Sezione, questa poteva dichiarare l'inammissibilità mediante *providencia*¹⁸⁵, e senza la previa udienza degli interessati. Contro la *providencia* di inammissibilità non si ammetteva ricorso alcuno salvo quello di supplica esperibile dal *Ministerio Fiscal* (art. 50.2 LOTC).

Solo nel caso in cui nella Sezione non si fosse raggiunta l'unanimità si sarebbe aperto, mediante *providencia*, una nuova fase del giudizio di ammissibilità nella quale, sentiti il ricorrente e il *Ministerio Fiscal*, si sarebbe deciso con *Auto* inappellabile (art. 50.3 LOTC), ovvero con provvedimento motivato.

Dunque, dopo la riforma del 1988 si esige la forma dell'*Auto* per le sole decisioni di inammissibilità che non hanno raggiunto l'unanimità nella Sezione. Ciò significa che la *providencia* diviene la regola nelle decisioni sull'ammissibilità. La riforma finisce così per legittimare una pratica già diffusa in seno al *Tribunal Constitucional* di dichiarare l'ammissibilità della domanda mediante provvedimento non motivato.

¹⁸⁵ Conformemente a quanto stabilito nell'art. 86.1 LOTC la *providencia* è un provvedimento non motivato. Pertanto, la decisione mediante *providencia* esige solo indicare il motivo o i motivi di inammissibilità della domanda di *amparo* senza la necessità di un'argomentazione specifica sul punto. Ciononostante, nella pratica le *providencias* contengono sempre una succinta esposizione delle ragioni per cui si ritiene sussistano cause di inammissibilità.

Il riconoscimento alle Sezioni del potere, non più di formulare una proposta alla Sala, ma di risolvere il giudizio di ammissibilità direttamente e *de plano*, mediante un provvedimento non motivato, costituisce la principale novità introdotta con la riforma del '88 al fine di sveltire le decisioni in materia di *amparo* ed evitare accumuli di ricorsi e ritardi ingiustificati¹⁸⁶.

Se da un lato, però, la riforma del '88 interviene a semplificare e a velocizzare le decisioni di inammissibilità delle domande di *amparo*, dall'altro non introduce specifici requisiti all'accesso tali da permettere una riduzione del numero delle domande in entrata. Al fine di evitare l'accumulo dei ricorsi di *amparo* la LO 6/1988 si limita, infatti, ad intervenire sul giudizio di ammissibilità riconoscendo al *Tribunal Constitucional* maggiori poteri nella selezione dei casi meritevoli di una decisione di merito.

Al riguardo vanno, però, rilevate due cose. Da un lato, la riformulazione della causa di inammissibilità per ragioni di merito che consente al Tribunale di dichiarare inammissibili le domande che “*carezca(n) manifestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*” [art. 50.1 c)]. Dall'altro, l'introduzione di un nuovo motivo di inammissibilità che tiene conto del fatto “*Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual*” richiedendosi in tal caso di segnalare “*expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias*” [art. 50.1 d) LOTC].

I due motivi di inammissibilità appena citati, che si aggiungono a quelli per l'inadempimento dei requisiti processuali [art. 50.1 a)] e per aver invocato un diritto o libertà non suscettibile di *amparo* [art. 50.1 b)], avrebbero dovuto costituire la valvola di sfogo di un sistema di giustizia costituzionale ormai al

¹⁸⁶ Per un approfondimento si veda RUBIO LLORENTE F., *El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 60/1988, 507 ss.

collasso permettendo al *Tribunal Constitucional* maggiori spazi nel selezionare i casi da decidere.

Tuttavia, la riforma del '88 non ha prodotto gli esiti sperati e gli effetti sul complessivo funzionamento del sistema di giustizia costituzionale sono stati decisamente modesti¹⁸⁷.

Si pensi, ad esempio, che la norma che consente di dichiarare inammissibili quelle domande di *amparo* che abbiano un oggetto “*sustancialmente igual*” a quello di “*un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo*” che il “*Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo*” avrebbe dovuto evitare la “*innecesaria y no ventajosa (reiteración) de resoluciones jurídicamente iguales*” (ATC 101/1983) laddove esistesse già una giurisprudenza costituzionale applicabile al caso¹⁸⁸. Nello specifico, avrebbe dovuto evitare che giungessero alla sede costituzionale domande destinate ad essere rigettate da parte del *Tribunal Constitucional* in applicazione di una precedente giurisprudenza che, in casi simili, ha già negato l'esistenza di una lesione del diritto fondamentale reclamato¹⁸⁹. Nonostante, però, il grande favore con cui fu accolta la norma, perché avrebbe dovuto consentire di filtrare le nuove domande di *amparo* tenendo conto della già ampia giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, soprattutto in relazione all'art. 24 CE, questa è stata utilizzata solo in poche occasioni e in nessun caso riguardante il diritto alla tutela giudiziale effettiva che è il diritto rispetto al quale più domande di *amparo* vengono proposte.

¹⁸⁷ VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El tramite de admisión de los recursos de amparo*, cit., 364, parla addirittura di un “fracaso” della riforma del '88.

¹⁸⁸ Occorre rilevare che questa causa di inammissibilità non impediva in modo assoluto l'ammissibilità di una domanda di *amparo*, soprattutto in quei casi in cui il Tribunale avesse voluto cambiare la sua giurisprudenza. Si vedano, ATC 785/1985, STC 18/1992. La reiterazione di decisioni sostanzialmente identiche si verifica con frequenza nella pratica del Tribunale costituzionale e non solo in sede di *amparo*. Si pensi, ad esempio, alla recente STC 83/2015 e alle numerose sentenze di reiterazione.

¹⁸⁹ VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El tramite de admisión de los recursos de amparo*, cit., 351.

Non ha prodotto gli effetti sperati neanche la previsione di una causa di inammissibilità che permette al *Tribunal Constitucional* di valutare se la domanda “*carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma*”, nonostante l’ampio margine di discrezionalità consentito al Giudice costituzionale dall’ambiguità della formulazione normativa. Questa causa di inammissibilità era finalizzata a consentire al Tribunale, senza entrare nel merito della questione, di respingere quelle domande di *amparo* che “*de modo evidente carezcan de fundamento constitucional*” (ATC 16/1981, FJ 1)¹⁹⁰ limitandosi a dichiarare ammissibili “*tan solo aquellos recursos ocasionados por situaciones que verosíblemente requieran la intervención del Tribunal Constitucional, so pena de verse anegado de recursos infundados o de escasa trascendencia constitucional, cuando no claramente abusivos o temerarios*” (ATC 256/1991)¹⁹¹.

Nonostante, però, gli ampi margini di azione concessi per valutare la rilevanza costituzionale di una domanda di *amparo*, il Tribunale costituzionale ha assunto un rigoroso atteggiamento di auto-controllo per evitare ogni accusa di arbitrarietà nell’utilizzo della menzionata causa di inammissibilità. Ad esempio, nell’ATC 248/1994, FJ 2, si precisava che la causa di inammissibilità consistente nella “*carencia de contenido que justifique una decisión sobre el fondo, adolece de la precisión que acompaña a los restantes previstos por el*

¹⁹⁰ Si veda anche ATC 154/1992, FJ 4.

¹⁹¹ Secondo VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El tramite de admisión de los recursos de amparo*, cit., 352 ss., quando il Tribunale valuta la rilevanza costituzionale di una questione esamina il merito della domanda di *amparo*. Pertanto, nell’opinione dell’autore, le dichiarazioni di inammissibilità costituiscono una sorte di rigetto anticipato. Tale orientamento troverebbe conferma nella stessa giurisprudenza del Tribunale costituzionale secondo cui “*respecto de este motivo legal de inadmisión del recurso de amparo, debe señalarse... que el mismo permite a la Sección acordar tal inadmisión... cuando entiende... que existen datos suficientes para estimar, con escaso margen de duda, que de admitirse el recurso de amparo se acabaría considerando, por las razones que expone, que no se han producido las vulneraciones denunciadas de los derechos fundamentales de los recurrentes, de modo que resultaría innecesaria e inconveniente la tramitación íntegra del presente proceso constitucional y su terminación mediante resolución que adopte la forma de sentencia*” (ATC 203/2001, FJ 4).

proprio art. 50 LOTC, pero la incorporación del carácter manifiesto de dicha carencia de contenido impone una restricción en la apreciación de este supuesto, de tal manera que solo podría ser apreciado en aquellos casos en los que la falta de entidad de la lesión alegada fuera notoria y manifiesta”.

Da tale passaggio emerge che la manifesta carenza di contenuto costituzionale sussisterebbe solo rispetto a quei casi in cui non è riscontrabile la lesione di un diritto fondamentale o questa sia irrilevante o quando la domanda si riferisca a questioni di mera legalità ordinaria. In un tale contesto la selezione delle domande di *amparo* non considerava la rilevanza oggettiva della questione suscitata, ovvero la sua importanza per l'interpretazione e applicazione della Costituzione¹⁹².

L'auto-controllo del Tribunale e lo scarso utilizzo della giurisprudenza già consolidata hanno reso la riforma del '88 una riforma ad effetti decisamente limitati. La scelta di non intervenire sull'accesso, ma sulla sola fase di ammissibilità dell'*amparo*, non ha aiutato a risolvere i gravi problemi generati da quest'ultimo sul complessivo impianto della giustizia costituzionale.

Questo stato di cose richiedeva un intervento riformatore più incisivo che non si limitasse a disciplinare i requisiti di ammissibilità dell'*amparo*, ma intervenisse anche a monte sulle condizioni di accesso al giudice costituzionale. La più importante riforma del ricorso di *amparo* sarà realizzata con la LO 6/2007 che, sull'esempio dell'esperienza tedesca, cercherà di razionalizzare il sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Si tratta, come si vedrà nel prossimo paragrafo, di una riforma generale della LOTC, nonostante il suo nucleo essenziale risiede nella disciplina del ricorso di *amparo*.

¹⁹² *Ibidem*, 355.

Il tentativo di razionalizzazione del sistema di giustizia costituzionale: La Ley Orgánica 6/2007

Nonostante i buoni propositi della riforma del 1988 il sistema di giustizia costituzionale spagnolo ha continuato a soffrire gli effetti negativi dell'uso sproporzionato del ricorso di *amparo*. La scelta del legislatore di non introdurre maggiori requisiti all'accesso, limitandosi solo ad agevolare il tramite di ammissibilità, non risultò adeguata a smaltire l'enorme carico di lavoro gravante sul *Tribunal Constitucional*. Peraltro, l'interpretazione restrittiva da questo fornita della nuova disciplina conduceva a vanificare il proposito della riforma e garantiva una certa facilità di accesso alla sede costituzionale. Nel 1989 i ricorsi di *amparo* raggiungono il 95,62% del numero complessivo delle domande presentate (2125 su 2268). Nel 1990 superano il 96% (2896 su 2782) e nel 2000 raggiungono il 98% (6762 su 6901); percentuale che si mantiene costante fino al 2007 (9840 su 10013)¹⁹³.

Di queste domande solo un 3-4% vengono dichiarate ammissibili. Ciò dimostra che, nonostante la riforma del giudizio di ammissibilità, l'attività del *Tribunal Constitucional* continua ad essere assorbita da un lavoro *negativo* consistente nel decidere su ciò che non deciderà nel merito.

Per evitare il collasso del sistema di giustizia costituzionale spagnolo occorre, dunque, una nuova riforma che permettesse di recuperare la reale dimensione costituzionale del ricorso di *amparo* e, al tempo stesso, anche la funzionalità dei diversi strumenti di controllo costituzionale.

In tale prospettiva si proponeva di valorizzare la dimensione oggettiva del ricorso di *amparo* attraverso l'introduzione di nuovi requisiti che permettessero di far giungere al *Tribunal Constitucional* le sole domande che risultassero realmente importanti non solo per la tutela soggettiva dei diritti, ma anche per l'interpretazione e applicazione della Costituzione¹⁹⁴.

¹⁹³ I dati statistici sono riportati nelle Memorie del Tribunal Constitucional, consultabili al link <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>.

¹⁹⁴ Tale posizione è stata sostenuta in particolare da ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1830 ss., ID., *Problemas del recurso*

Ancora una volta si proponeva di intervenire sul tramite di ammissibilità del ricorso di *amparo* e da più parti si auspicava l'introduzione di una sorta di *writ of certiorari* nordamericano che concedesse all'organo di giustizia costituzionale un'ampia discrezionalità nel dichiarare inammissibili quelle domande di *amparo* prive di una reale importanza per la difesa oggettiva della Costituzione.

Non si trattava, ovviamente, di dotare il Tribunale Costituzionale di una discrezionalità tale da eguagliare quella consentita dal *writ of certiorari* negli ordinamenti di *common law*, non essendo possibile una sua completa trasposizione nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Si proponeva piuttosto l'introduzione di nuovi criteri di giudizio che permettessero una selezione oggettiva delle domande di *amparo* analogamente a quanto accade anche nell'ordinamento tedesco dopo la riforma del *Verfasungbeschwerde* del 1993. La riforma tedesca costituisce senza dubbio il principale punto di riferimento per la dottrina spagnola stante la similitudine dei modelli di giustizia costituzionale adottati nei due ordinamenti¹⁹⁵.

Anche in Germania, infatti, il sistema di giustizia costituzionale ha sofferto gli effetti negativi dell'uso sproporzionato del ricorso di *amparo*. Al fine di evitare il collasso del sistema, nel 1993 si è realizzata una significativa modifica della disciplina del giudizio di ammissibilità del *Verfasungbeschwerde* che ne privilegia la dimensione oggettiva, senza però pregiudicare al tempo stesso la sua funzione di tutela soggettiva. A norma

de amparo, cit., 145 ss.; CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, cit., 89; PÉREZ TREMPES P., *Tribunal constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador*, in AAVV (a cura di), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia 2004, 177 ss.; HERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid 2009, 110 ss.

¹⁹⁵ Sulla riforma del *Verfasungbeschwerde* del 1993 si veda CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, cit., 43 ss.; HERNÁNDEZ RAMOS M., *El Tribunal Constitucional federal alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbweschwerde*, cit., 83 ss.

dell'art. 93.a) *BVerfGG* il Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) dovrà dichiarare ammissibile una domanda di *amparo* quando: a) abbia una fondamentale rilevanza costituzionale; b) serva all'effettività dei diritti suscettibili di *amparo*. L'ammissibilità potrà essere riconosciuta, inoltre, anche nei casi in cui il diniego di una decisione di merito sulla questione possa causare al ricorrente un pregiudizio particolarmente grave. Il nuovo sistema di ammissibilità del *Verfassungsbeschwerde* si fonda su criteri oggettivi di giudizio, ma non produce una completa oggettivizzazione della tutela dal momento che si mantiene espressamente la possibilità che prevalga la dimensione soggettiva. Nella Sentenza del 8 febbraio 1994 il *Bundesverfassungsgericht* ha fornito un'interpretazione dei nuovi criteri di ammissibilità. Secondo il Tribunale costituzionale federale un *Verfassungsbeschwerde* dovrà dichiararsi ammissibile se suscita seri dubbi su come risolvere la questione sollevata e qualora questa presenti un'importanza che trascende il caso concreto. A tal fine, si individuano tre casi in cui deve ritenersi che sussista un interesse oggettivo all'ammissibilità del ricorso: il generale inadempimento della giurisprudenza costituzionale da parte dei poteri pubblici; l'effetto dissuasorio esercitato da un potere pubblico affinché una persona non eserciti un diritto fondamentale; quando si produca una violazione particolarmente grave di un diritto fondamentale¹⁹⁶.

Sull'esempio tedesco, anche in Spagna si proponeva una modificazione del tramite di ammissibilità dell'*amparo*. Contestualmente si auspicava anche una riforma degli strumenti di tutela giurisdizionale azionabili dinanzi ai Tribunali ordinari¹⁹⁷.

¹⁹⁶ HERNÁNDEZ RAMOS M., *El Tribunal Constitucional federal alemán aún en la encrucijada*, cit., 107 ss.; RODRÍGUEZ ÑALVAREZ J. L., *Seleccionar lo importante (la reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 41/1994, 139 ss.

¹⁹⁷ CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 99 ss.

Si trattava di una riforma complementare necessaria sia ad assicurare la funzionalità di un ricorso di *amparo* oggettivato sia a garantire una sede di tutela delle situazioni soggettive. L'oggettivizzazione del ricorso di *amparo* rendeva, infatti, necessario il rafforzamento dei meccanismi di protezione presso i Tribunali ordinari affinché le istanze soggettive potessero trovare adeguata tutela nella giurisdizione comune.

Le proposte dottrinali sulle possibili riforme della giurisdizione ordinaria sono state diverse, ma la maggior parte di esse spingevano per un adeguato sviluppo legislativo del cd. *amparo ordinario* (art. 53.2 CE) considerando la sua incompleta e frammentata attuazione normativa una delle cause dell'uso sproporzionato del ricorso di *amparo* costituzionale¹⁹⁸.

La disciplina del procedimento preferente e sommario ex art. 53.2 CE fu introdotta per la prima volta con la Legge 62/1978 *de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamental* che stabiliva norme differenti a seconda dell'ordine giurisdizionale (civile, penale o amministrativo) in cui si fosse verificata la lesione. Questa legge è stata interamente derogata e la disciplina del procedimento preferente e sommario va oggi ricostruita a partire da singole leggi come, ad esempio, la Legge 29/1998 *de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (artt. 114 e ss.) che ne costituisce la più importante manifestazione, o la Legge 36/2011 *de la Jurisdicción Social* che prevede un procedimento preferente e sommario in materia di lavoro, o altre leggi che, proteggendo determinati diritti fondamentali, introducono specifici procedimenti di protezione a carattere preferente e sommario¹⁹⁹. Le considerazioni che precedono rivelano che nessuna legge, neanche la *Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamental*, ha previsto una disciplina unitaria del procedimento

¹⁹⁸ In questi termini, BUSTOS GISBERT r., *¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?*, cit., 283.

¹⁹⁹ Tale è, ad esempio, il caso del diritto di riunione (art. 122 LJCA) o della libertà personale a tutela della quale la Legge Organica del Procedimento di *Habeas Corpus* prevede uno specifico procedimento di tutela, preferente sommario.

preferente e sommario, riservandola ad un determinato ordine giurisdizionale o ad un determinato tipo di situazione soggettiva. Nessuna legge, inoltre, ha previsto un sistema di impugnazione che permetta di ottenere una rapida tutela delle garanzie processuali²⁰⁰. Da più parti, dunque, si auspicava una riforma dell'*amparo* ordinario al fine di stabilire un sistema intermedio di tutela che fosse effettivamente idoneo ad assicurare la protezione dei diritti fondamentali presso la giurisdizione ordinaria una volta oggettivato il giudizio di ammissibilità dell'*amparo*.

Al fine di rafforzare il ruolo dei giudici comuni come principali garanti dei diritti fondamentali la dottrina invocava, inoltre, una modificazione dell'incidente di nullità degli atti processuali, nonché del sistema delle misure cautelari²⁰¹. Con riguardo all'incidente di nullità si proponeva un'estensione del relativo ambito oggettivo affinché fosse possibile reclamare non solo violazioni di diritti processuali, ma anche violazioni di diritti sostanziali. Con riguardo, invece, alla giustizia cautelare si proponeva l'introduzione di nuove forme di tutela preventiva, al fine di assicurare una maggiore certezza giuridica dei diritti sostanziali. Contestualmente, una riforma delle norme processuali avrebbe assicurato una maggiore coerenza, specie rispetto ai diritti e garanzie riconosciuti nell'art. 24 CE²⁰².

La risposta normativa all'esigenza di razionalizzazione del sistema di giustizia costituzionale spagnolo è rappresentata dalla Legge Organica 6/2007, del 24 maggio, che ha modificato in diversi punti la Legge Organica 2/1979 del *Tribunal Constitucional*. La riforma del 2007 costituisce il più importante intervento legislativo mai realizzato sulla disciplina della

²⁰⁰ Per un approfondimento si veda DIEZ PICAZO M.L., *Sistemas de derechos fundamentales*, Madrid 2003, 75 ss.

²⁰¹ Si veda CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 89 ss.

²⁰² BUSTOS GISBERT R., *¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?*, cit., 284; CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 100.

giustizia costituzionale spagnola. Diversamente da altre modificazioni che hanno assunto carattere puntuale, la LO 6/2007 interviene con carattere generale sul sistema di giustizia costituzionale introducendo cambiamenti che riguardano tanto la posizione istituzionale del Tribunale Costituzionale, come la sua organizzazione interna, le competenze e i procedimenti costituzionali.

Innanzitutto, la riforma vuole riaffermare e garantire la supremazia giurisdizionale del Tribunale Costituzionale in materia di garanzie costituzionali (art. 123 CE) e quale interprete supremo della Costituzione (art. 1 LOTC). Tale posizione istituzionale era stata messa in discussione dalla controversa Sentenza del Tribunale Supremo 51/2004 che riconosceva la responsabilità civile dei Magistrati costituzionali per aver rigettato una domanda di *amparo*²⁰³. A tal fine, si modifica l'art. 4 LOTC che stabilisce il divieto di promuovere questione di giurisdizione o competenza al *Tribunal Constitucional*. La riforma aggiunge alla originaria previsione la ulteriore specificazione secondo cui le decisioni del Tribunale Costituzionale non potranno essere giudicate da nessun organo giurisdizionale dello Stato. Si attribuisce, inoltre, al *Tribunal Constitucional* il potere di annullare gli atti e le risoluzioni che cercassero di eludere detta supremazia giurisdizionale²⁰⁴.

²⁰³ Si veda al riguardo FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero 2004, una flagrante quiebra de la Constitución*, cit., 193 ss.

²⁰⁴ Il potere di annullare gli atti adottati in elusione del giudicato costituzionale è previsto all'art. 92 LOTC. Tale norma è stata oggetto di modificazione anche in occasione dell'ultima riforma della LOTC approvata con la LO 15/2015, del 16 Ottobre, "*de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho*", che assegna nuovi ed ulteriori poteri al *Tribunal Constitucional* al fine di assicurare l'effettiva esecuzione delle sue decisioni e, dunque, la sua supremazia giurisdizionale. Pertanto, si prevede che: "1. *El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución. Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que*

Con riguardo all'organizzazione interna del Tribunale Costituzionale vanno segnalate le modificazioni introdotte all'art. 16 LOTC tanto in relazione alla designazione e posizione istituzionale dei Magistrati costituzionali quanto alla proroga del mandato del Presidente e del Vicepresidente. In primo luogo, si permette la partecipazione delle Comunità Autonome nel

contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó.

2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente.

3. Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.

4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído, requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

5. Si se tratara de la ejecución de las resoluciones que acuerden la suspensión de las disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y concurrieran circunstancias de especial transcendencia constitucional, el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes. En la misma resolución dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas”.

procedimento di elezione dei quattro Magistrati spettanti al Senato²⁰⁵. In secondo luogo, si stabilisce la previa comparizione dei candidati proposti dal Congresso e dal Senato dinanzi alle corrispondenti Commissioni parlamentari nei termini previsti dai rispettivi Regolamenti. In ultimo, si legittima la prassi ormai consolidata nella pratica, in ragione dei frequenti ritardi nella rinnovazione dell'organo, della proroga del mandato del Presidente e del Vicepresidente fino alla rinnovazione parziale del Tribunale successiva alla scadenza del loro mandato²⁰⁶.

Ulteriori modificazioni sono state, poi, introdotte rispetto alla distribuzione di competenze tra gli organi interni del Tribunale Costituzionale. La ridefinizione delle competenze operate dalla LO 6/2007 prevede un decentramento delle funzioni dal *Pleno* alle Sale e alle Sezioni. Si pensi che la nuova disciplina dell'art. 10 LOTC riserva *in esclusiva* al *Pleno* la conoscenza dei soli ricorsi sulla incostituzionalità dei trattati internazionali. In tutti gli altri casi, la competenza spetta *di regola* al *Pleno*, ma questo può rimettere la decisione alle Sale quando si tratti di mera applicazione di dottrina. Rispetto, invece, alle questioni di incostituzionalità, si prevede che sarà competente il *Pleno* solo se, una volta ammesse, si sia espressamente riservato la decisione di merito. Diversamente, la decisione spetterà alle Sale. Quanto, infine, al ricorso di *amparo* il nuovo art. 48 LOTC sposta la competenza a decidere nel merito alle Sale e, quando si tratta di mera applicazione di dottrina, alle Sezioni. Questo decentramento di funzioni risulta chiaramente finalizzato ad agevolare la risoluzione dei processi

²⁰⁵ La partecipazione delle Comunità Autonome nel processo di elezione dei Magistrati spettanti al Senato punta a rendere effettiva la previsione costituzionale che attribuisce a questa Camera la funzione di Camera di rappresentanza degli enti territoriali. Si veda CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis*, cit., 78.

²⁰⁶ La costituzionalità delle modificazioni relative alla composizione del Tribunale Costituzionale è stata avallata nelle SSTC 49/2008 e 101/2008.

costituzionali, evitare gli accumuli e, conseguentemente, migliorare la efficienza giurisdizionale del Tribunale²⁰⁷.

La LO 6/2007 introduce, poi, una significativa modificazione nel procedimento della questione di incostituzionalità (artt. 35 a 37 LOTC) permettendo a coloro che sono parti nel processo *a quo* di costituirsi dinanzi al Tribunale Costituzionale (art. 37.2 LOTC). La riforma del contraddittorio nel giudizio incidentale è il risultato del monito che la Corte Europea dei Diritti Umani aveva rivolto al legislatore spagnolo nella Sentenza *Ruiz Mateos* del 23 giugno 1993.

La modificazione che, però, assume maggiore rilevanza, e che costituisce il motivo principale della riforma, è senza dubbio quella che ha riguardato il procedimento del ricorso di *amparo*²⁰⁸. La riforma interviene sulla fase di presentazione del ricorso (art. 49 LOTC) e sul giudizio di ammissibilità (art. 50 LOTC) allo scopo di introdurre filtri all'accesso che permettessero di ridurre il numero di domande di *amparo* presentate e, al tempo stesso, agevolare la risoluzione di quelle pendenti. Al fine di rafforzare il carattere sussidiario e straordinario della tutela di *amparo* costituzionale la riforma introduce, inoltre, modificazioni sul sistema ordinario di protezione

²⁰⁷ CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 80; ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 22 ss.; FERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo*, cit., 140 ss. Alcuni autori hanno criticato il decentramento delle funzioni nel ricorso di *amparo* una volta condizionata la sua ammissibilità alla particolare rilevanza costituzionale del caso, ritenendo che sarebbe stato opportuno mantenere la competenza in capo al *Pleno*. Cfr. FERNANDEZ FARRERES G., *Comentario al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006, 39 ss.; GARRORENA MORALES Á., *La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Valencia 2008, 48 ss.

²⁰⁸ La LO 6/2007 introduce modificazioni anche rispetto alla pubblicità delle decisioni del Tribunale Costituzionale (artt. 3 e 86 LOTC) e al regime dei *Letrados* al servizio del Tribunale.

giurisdizionale dei diritti estendendo l'ambito applicativo dell'incidente di nullità degli atti processuali (art. 241 LOPJ).

Quanto alla fase di interposizione del ricorso, l'articolo 49.1 LOTC esige un nuovo requisito per la presentazione della domanda di *amparo* che dovrà necessariamente contenere, oltre alla esposizione chiara e concisa dei fatti e alla citazione dei precetti costituzionali violati, anche una specifica argomentazione sulla *especial transcendencia constitucional* del ricorso.

Rispetto, invece, al tramite di ammissibilità la LO 6/2007 trasforma, innanzitutto, il sistema di giudizio da negativo a positivo, invertendo così l'onere della prova. Non è più, infatti, il Tribunale Costituzionale a dover provare l'inammissibilità del ricorso, ma è il ricorrente a dover accreditare i motivi che giustificano una decisione positiva sull'ammissibilità. L'inversione del sistema di ammissibilità risponde alla stessa logica che soggiace alla modificazione dell'art. 49 LOTC, ovvero aggravare gli oneri incombenti sul ricorrente al fine di disincentivare la proposizione di ricorsi di *amparo*. Se, dunque, in passato le Sezioni potevano dichiarare inammissibile una domanda una volta accertata la concorrenza di uno dei motivi di inammissibilità, nell'attuale formulazione dell'art. 50 LOTC le Sezioni dichiarano l'ammissibilità solo una volta accertato che concorrono tutti i requisiti richiesti.

Secondo quanto stabilito nel nuovo articolo 50 LOTC, infatti, il ricorso di *amparo* potrà essere dichiarato ammissibile se la domanda "*cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49*" e "*el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial transcendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*".

L'introduzione della *especial transcendencia constitucional* tra i requisiti della domanda e i motivi di ammissibilità costituisce senza dubbio

l'elemento centrale della riforma del 2007 che esige, peraltro, un cambio significativo nella concezione funzionale dell'*amparo*. La riforma in oggetto valorizza, infatti, la funzione dell'*amparo* quale meccanismo di difesa oggettiva della Costituzione. Pertanto, nel nuovo sistema non sarà più sufficiente l'esistenza di una lesione, concreta ed effettiva, di un diritto fondamentale per ottenere una decisione del *Tribunal Constitucional* in sede di *amparo*, ma sarà necessario che la questione suscitata rivesta anche una speciale importanza per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione. L'*amparo* non rappresenta più solo uno strumento di tutela soggettiva, ma diventa anche un mezzo di controllo costituzionale²⁰⁹. L'introduzione della *especial transcendencia constitucional* costituisce, a tal riguardo, una chiara opzione a favore della oggettivizzazione del ricorso di *amparo*, contrariamente a quanto avvenuto con la riforma dell'88 che, pur legittimando il Tribunale Costituzionale a dichiarare inammissibili quelle domande di *amparo* che “*carezca(n) de contenido que justifique una decisión sobre el fondo*”, non aveva prodotto nella pratica un tale esito. Sotto tale profilo, la riforma del 2007 della LOTC segue il passo di quella adottata in Germania nel 1993 per far fronte ad analoghi problemi strutturali derivati dall'eccessivo uso del ricorso di *amparo* (*Verfassungsbeschwerde*). Già il legislatore tedesco, infatti, aveva introdotto come requisito di ammissibilità del *Verfassungsbeschwerde* l'esigenza della speciale rilevanza costituzionale della questione. Tuttavia, nel processo di oggettivizzazione dei criteri di ammissibilità del ricorso di *amparo* il legislatore spagnolo dimostra di spingersi ben oltre a quello tedesco. Mentre, infatti, il legislatore tedesco ha previsto, sia pure in via di eccezione, la possibilità che il

²⁰⁹ Secondo ARAGÓN REYES M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 17 ss., si passa da un sistema di *amparo-tutela* ad uno di *amparo-controllo*. Si veda anche CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 98; FERNÁNDEZ SEGADO F., *Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, in HÄBERLE P., GARCÍA BELAUNDE D. (a cura di), *El control del poder*, Lima 2013, 1127 ss.

Verfassungsbeschwerde venga dichiarato ammissibile in caso di grave pregiudizio per il ricorrente, il legislatore spagnolo non ha introdotto alcuna ipotesi di ammissibilità che privilegi l'aspetto soggettivo.

Il tenore delle nuove norme della LOTC potrebbe indurre a pensare che la riforma del 2007 abbia riconfigurato l'*amparo* in termini esclusivamente oggettivi, escludendo del tutto la sua essenziale funzione di tutela delle situazioni soggettive. Tale tesi non trova, però, riscontro. È evidente, infatti, che la valorizzazione della dimensione oggettiva del ricorso di *amparo* non ha pregiudicato la sua funzione di tutela soggettiva che continua ad essere un elemento essenziale ed imprescindibile²¹⁰. Ogni domanda di *amparo* trova fondamento in una lesione di un diritto soggettivo ed è finalizzata esclusivamente alla riparazione della violazione denunciata. Pertanto, la scelta di vincolare il giudizio di ammissibilità della domanda ad un criterio oggettivo, qual è la *especial transcendencia constitucional*, non comporta che il *Tribunal Constitucional* perda la capacità di tutelare determinate situazioni soggettive. Anche a seguito della oggettivizzazione dei criteri di ammissibilità, infatti, si continuerà a “*preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado*” (art. 49.1 LOTC).

La stessa Costituzione configura il ricorso di *amparo* come uno degli strumenti di protezione soggettiva dei diritti fondamentali. Questa dimensione soggettiva costituisce, dunque, uno degli elementi essenziali della configurazione costituzionale del ricorso di *amparo*²¹¹. Ciò non significa, però, che la Costituzione stabilisca un determinato modello di

²¹⁰ Secondo la dottrina maggioritaria l'oggettivizzazione del giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo* non può essere intesa come un pericolo di riduzione della protezione pratica dei diritti. In questi termini, CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 96; ARAGÓN REYES M., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., 40; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo constitucional*, cit., 124 ss.; CRUZ VILLALÓN, P., *Sobre el amparo*, in *Revista de Derecho Constitucional*, n. 41/1994, 14 ss.

²¹¹ PÉREZ TREMPES P., *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia 2002, 59 ss.

amparo che non ammette altra funzione che quella di tutela soggettiva dei diritti fondamentali. L'oggettivizzazione dell'*amparo* costituisce, infatti, un'opzione legislativa perfettamente conforme al modello costituzionale. Dopo la riforma del 2007 la funzione di tutela soggettiva esercitata in sede costituzionale risulta, dunque, certamente ridimensionata, ma non per questo deve pensarsi che l'oggettivizzazione del ricorso di *amparo* possa pregiudicare la concreta protezione dei diritti fondamentali, sempre ovviamente che la tutela giurisdizionale ordinaria esista e sia effettiva. La logica della oggettivizzazione è, piuttosto, quella di riaffermare il carattere sussidiario e straordinario della tutela di *amparo* rispetto al sistema di protezione giurisdizionale impiantato presso i Tribunali ordinari.

È per questo che, al fine di mantenere un adeguato livello di tutela delle situazioni soggettive, la LO 6/2007 interviene anche sul sistema di protezione giurisdizionale ordinario modificando la disciplina dell'incidente di nullità degli atti processuali (art. 241 LOPJ). L'estensione del suo ambito applicativo a tutti i diritti suscettibili di *amparo* è chiaramente finalizzata a rafforzare gli strumenti ordinari di tutela giurisdizionale, di tal modo che laddove esista una via giudiziale previa sarà questa a costituire la sede principale e naturale di tutela dei diritti.

Il problema si pone, però, laddove non esista una via giudiziale previa, come ad esempio nel caso dell'*amparo* parlamentare ex art. 42 LOTC. Rispetto a tale fattispecie, la selezione dei casi in base alla *especial transcendencia constitucional* potrebbe pregiudicare la concreta protezione dei diritti, dal momento che l'*amparo* costituisce la unica via giurisdizionale azionabile²¹².

Un'ultima modificazione introdotta con la LO 6/2007 riguarda la questione interna di incostituzionalità, anche nota come *amparo indirecto frente a ley*.

Il cambio era atteso da tempo in dottrina per far fronte alla irragionevole

²¹²ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1839; PÉREZ TREMP S., *El recurso de amparo constitucional*, 124 ss.

situazione che permetteva di concedere *amparo* sulla base della presunta incostituzionalità di una legge, rimandando però il relativo giudizio di costituzionalità ad un momento successivo ed autonomo dal processo di *amparo*.

Prima della riforma, infatti, l'art. 55.2 LOTC prevedeva che laddove fosse concesso *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*”. Il rischio di un esito non conforme tra le due Sentenze era evidente e imponeva una revisione della relativa disciplina normativa.

Nell'attuale formulazione, invece, l'apertura del giudizio di costituzionalità della legge viene anticipato al momento anteriore alla risoluzione dell'*amparo*, di modo che se la Sala o, eventualmente, la Sezione ritenesse che “*el recurso de amparo debiera ser estimado porque...la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes*”. La questione interna di incostituzionalità assume, dunque, tutti i caratteri di una vera e propria questione incidentale, con la particolarità però che il giudizio *a quo* non è un comune processo giurisdizionale, ma il processo costituzionale di *amparo*.

Il nuovo *recurso de amparo*: verso una “oggettivizzazione” della tutela costituzionale dei diritti fondamentali

La especial transcendencia constitucional

La modifica di maggiore rilevanza realizzata con la riforma del 2007 consiste, come già anticipato, nell'introduzione del requisito della *especial transcendencia constitucional* in due momenti chiave del processo di *amparo*: la presentazione della domanda (art. 49 LOTC) e il giudizio di ammissibilità (art. 50 LOTC).

Con riguardo alla presentazione della domanda, il nuovo art. 49.1 LOTC prevede che, oltre all'esposizione dei fatti, dei precetti costituzionali che si considerano violati e del tipo di tutela che si richiede, "*En todo caso, la demanda justificarà la especial trascendencia constitucional del recurso*". Quanto, invece, al giudizio di ammissibilità l'art. 50.1 b) LOTC stabilisce che questa potrà accordarsi solo se, oltre a concorrere i requisiti processuali, "*el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional*". Il nuovo requisito della *especial trascendencia constitucional* rappresenta la soluzione prescelta dal legislatore per far fronte ai gravi problemi strutturali originati dall'eccessivo uso del ricorso di *amparo*. Dunque, al fine di riaffermare il carattere sussidiario e straordinario della tutela di *amparo*, si riconosce al *Tribunal Constitucional* la possibilità di selezionare le domande in base ad un criterio oggettivo, qual è appunto la *especial trascendencia constitucional*.

Nonostante, però, la sua fondamentale importanza, in quanto filtro determinante per l'accesso alla giustizia costituzionale, il nuovo requisito della *especial trascendencia constitucional* non ha mancato di provocare una serie di problemi dovuti, in particolare, al carattere aperto, indeterminato ed ambiguo del suo contenuto.

Il legislatore organico non si è, infatti, preoccupato di definire cosa debba intendersi per "*trascendencia constitucional*" di un ricorso e quando questa possa considerarsi "*especial*" e, dunque, tale da giustificare l'ammissibilità della domanda. A tal riguardo, l'art. 50.1 b) LOTC si è limitato soltanto a prevedere dei criteri di orientamento, stabilendo che la *especial trascendencia constitucional* sarà valutata tenendo conto della importanza del ricorso "*para la interpretación de la Constitución*", "*para su aplicación o para su general eficacia*", e "*para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*". Il primo di questi criteri presenta un chiaro valore ermeneutico e dottrinale e permette considerare rilevanti quelle questioni giuridiche che

possono avere una incidenza sulla formazione ed evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Il secondo criterio, invece, presenta un valore correttivo e permette di considerare rilevanti quelle questioni giuridiche sorte a causa di interpretazioni contraddittorie dei precetti costituzionali. Il terzo criterio, infine, presenta un valore giurisprudenziale e si riferisce a quelle questioni che presentano un interesse per la determinazione del contenuto dei diritti fondamentali. Si tratta, però, di criteri di valutazione meramente orientativi che non eliminano l'ambiguità che accompagna il nuovo requisito della *especial trascendencia constitucional*²¹³.

Tale ambiguità si riflette anche sugli oneri del ricorrente a cui si richiede di giustificare “*en todo caso*” nella domanda la *especial trascendencia constitucional* del ricorso, senza però fornire ulteriori indicazioni sulla natura e sul contenuto della richiesta allegazione.

Era inevitabile, allora, che l'entrata in vigore della LO 6/2007 determinasse una situazione di grave incertezza giuridica capace di incidere sulla concreta protezione dei diritti fondamentali, nella misura in cui l'ambiguità sul contenuto di un requisito di ammissibilità dell'*amparo* avrebbe potuto pregiudicare l'accesso alla giustizia costituzionale.

La determinazione del contenuto della *especial trascendencia constitucional* ha rappresentato, pertanto, una delle più importanti e delicate questioni che il *Tribunal Constitucional* è stato chiamato ad affrontare. Si trattava di definire il contenuto di un concetto giuridico indeterminato *sui generis*, sia perché introdotto dal legislatore e non dal costituente, come accade per altri concetti giuridici trattati dal Tribunale costituzionale; sia per la speciale funzione che questo concetto è chiamato a svolgere sul sistema giurisdizionale di protezione

²¹³ PÁEZ MAÑA J., *El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional español*, in AA.VV. (a cura di), *El derecho en la sociedad telemática*, Santiago de Compostela 2012, 519 ss.

dei diritti fondamentali²¹⁴. Si tratta, inoltre, di definire il contenuto di un concetto giuridico da cui dipende l'esito stesso della riforma. È innegabile, infatti, che gli effetti della riforma sul complessivo funzionamento del sistema di giustizia costituzionale dipenderà proprio dall'interpretazione che riceverà e dall'applicazione che verrà fatta del nuovo requisito della *especial trascendencia constitucional*.

Va comunque rilevato che nel ricostruire il contenuto della *especial trascendencia constitucional* il Tribunale ha potuto agire con un ampio margine di discrezionalità. Ciò ha indotto una parte della dottrina a ritenere che la nuova formulazione del giudizio di ammissibilità dell'*amparo* introduce una regola di selezione dei casi analoga a quella del *writ of certiorari* nordamericano che permette l'accesso alla giustizia costituzionale ai soli casi che propongono *important constitutional issues*²¹⁵. In realtà, la discrezionalità consentita al *Tribunal Constitucional* nel definire i casi di speciale rilevanza costituzionale, pur se ampia, non può assimilarsi a quella della Corte suprema americana con riguardo al *writ of certiorari*. Tale conclusione emerge con innegabile evidenza dall'art. 50.1 b) LOTC il quale, non si limita a stabilire la *especial trascendencia constitucional* come requisito di ammissibilità dell'*amparo*, ma fornisce al *Tribunal Constitucional* dei parametri per la sua valutazione. Come già anticipato, si considerano indicativi di una speciale rilevanza del ricorso la sua importanza “*para la interpretación de la Constitución*”, “*para su aplicación o para su general eficacia*”, e “*para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”. Tali parametri di giudizio, pur partecipando della medesima ambiguità che caratterizza il concetto di *especial trascendencia constitucional*, costituiscono pur sempre dei criteri guida che il

²¹⁴ GUTIÉRREZ ORTEGA D., *La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de Junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 25/2010, 511.

²¹⁵ Si veda, in particolare, FERNÁNDEZ FARRERES G., *Comentarios al Anteproyecto de Ley Orgánica*, in AA.VV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006, 55 ss.

Tribunal Constitucional dovrà necessariamente rispettare al momento di decidere sull'ammissibilità di un ricorso di *amparo*. Si tratta, pertanto, di limiti espressi alla discrezionalità del Tribunale cui questo dovrà necessariamente rifarsi nello sviluppo interpretativo del concetto di *especial trascendencia constitucional*²¹⁶.

In quest'opera di precisazione dei criteri ermeneutici che guidano l'interpretazione della *especial trascendencia constitucional* non poteva essere d'aiuto l'esperienza giurisprudenziale accumulata dal *Tribunal Constitucional* sul criterio di inammissibilità della “*manifesta carencia de contenido*” del ricorso previsto sia nell'originaria formulazione dell'art. 50.1 LOTC che in quella successiva alla riforma del 1988; e ciò nonostante tale criterio sia stato considerato il precedente del requisito della *especial trascendencia constitucional*.

La “*manifesta carencia de contenido*” è stata, infatti, generalmente vincolata alla sola dimensione soggettiva dell'*amparo* consistente nella lesione di un diritto fondamentale. La giurisprudenza costituzionale considerava, infatti, manifestamente prive di contenuto, e dunque inammissibili, quelle domande da cui non fosse possibile dedurre indizi sufficienti sull'esistenza e rilevanza di una violazione dei diritti fondamentali. Il criterio di inammissibilità della “*manifesta carencia de contenido*” veniva, pertanto, utilizzato come uno strumento per abbreviare quei processi di *amparo* che quasi sicuramente sarebbero terminati con un rigetto della domanda²¹⁷. In tale contesto, dunque, il *Tribunal Constitucional* ha mostrato di gestire l'ammissibilità attendendo alla sola funzione soggettiva del ricorso di *amparo*, fino al punto di affermare che la

²¹⁶FERNÁNDEZ SEGADO F., *Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, cit., 1159 ss.; HERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit., 177.

²¹⁷HERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit. 196 ss.

infrazione costituzionale di una norma sarà suscettibile di impugnazione in sede di *amparo* solo se produce una violazione di un diritto fondamentale²¹⁸.

Il requisito della *especial trascendencia constitucional* impone, invece, un cambio significativo nella concezione funzionale del ricorso di *amparo*, giacchè nel nuovo giudizio di ammissibilità la dimensione soggettiva della tutela dei diritti fondamentali non trova spazio. Il Tribunale dovrà decidere attenendo alla sola importanza del ricorso per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione, nonché per la determinazione del contenuto e finalità dei diritti fondamentali. Questa oggettivizzazione del tramite di ammissibilità del ricorso di *amparo* richiede un cambio significativo anche nel modo di operare dello stesso Tribunale Costituzionale.

Il diritto comparato ha costituito senza dubbio un utile riferimento per il cambio di cultura giurisdizionale imposto dalla LO 6/2007. In particolare, sarà l'esperienza tedesca sul rinnovato *Verfassungsbeschwerde* ad orientare l'interpretazione del contenuto della *especial trascendencia constitucional*. Già nel 1993, infatti, il legislatore tedesco aveva scelto di subordinare l'ammissibilità del ricorso di *amparo* al criterio oggettivo della fondamentale rilevanza costituzionale del caso (*grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung*, art. 93.a.2.a *BVerfGG*), relegando il criterio soggettivo a mera eccezione. Pertanto, pur se il legislatore spagnolo è andato ben oltre nel processo di oggettivizzazione del tramite di ammissibilità dell'*amparo*, non prevedendo alcuna eccezione che permetta di considerare la domanda nella sua dimensione soggettiva, non c'è dubbio che la giurisprudenza tedesca abbia costituito il principale punto di riferimento per lo sviluppo interpretativo della *especial trascendencia constitucional*²¹⁹.

L'interpretazione giurisprudenziale della *especial trascendencia constitucional* ha avuto inizio nel 2008 con una serie di *Autos* che hanno definito il regime

²¹⁸ Si veda, tra tutte, STC 83/2000, FJ 2.

²¹⁹ HERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, cit., 245 ss.

processuale del nuovo *amparo*, ma solo nel 2009 il *Tribunal Constitucional* ne ha concretizzato il contenuto individuando una serie di casi che, conformemente ai criteri ermeneutici previsti nell'art. 50.1 b) LOTC, avrebbero dovuto considerarsi di speciale rilevanza costituzionale.

Nell'Auto 188/2008 la *Sala Primera* analizza, per la prima volta, le novità introdotte dalla LO 6/2007 sul giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo* soffermandosi, in particolare, sul nuovo onere imposto al ricorrente di “*alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional*”²²⁰. Rispetto ad esso fornisce sostanzialmente tre conclusioni: il suo carattere formale e materiale, autonomo ed insanabile.

In primo luogo, si afferma che l'onere di giustificare nella domanda la *especial trascendencia constitucional* del ricorso costituisce una “*ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «en todo caso» empleada por el precepto*”. La decisione in esame chiarisce, dunque, il carattere materiale del nuovo requisito della domanda oltre quello formale che risulta dal fatto che “*el recurso de amparo no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple —además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTC— la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1*”. Ad ogni modo, si puntualizza che spetta al Tribunale “*la apreciación acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo*”²²¹.

In secondo luogo, la decisione avverte il ricorrente che “*la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental*” che pure costituisce un presupposto essenziale di ciascuna domanda²²². Da queste

²²⁰ ATC 188/2008, FJ 1.

²²¹ ATC 188/2008, FJ 1.

²²² ATC 188/2008, FJ 2.

considerazioni emerge con una certa evidenza la finalità oggettiva che il nuovo requisito assegna al ricorso di *amparo* in aggiunta a quella propria di questo processo costituzionale che l'art. 53.2 CE individua nella tutela dei diritti fondamentali²²³. Gli stessi criteri di valutazione della *especial trascendencia constitucional* forniti dal legislatore nell'art. 50.1 b) LOTC fanno riferimento a circostanze oggettive, come l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione, e la determinazione del contenuto dei diritti fondamentali. L'interpretazione secondo cui la *especial trascendencia constitucional* “*es algo distinto*” dalla lesione del diritto fondamentale invocato risulta, nell'opinione del Tribunale, inequivoca, nonostante in dottrina si è cercato di dimostrare che la *especial trascendencia constitucional* possa avere anche una dimensione soggettiva e concorrere anche quando un diritto costituzionale risulti violato da parte degli operatori giuridici²²⁴.

In terzo luogo, si afferma che “*la propia naturaleza y la función que cumple la carga de justificar la especial trascendencia constitucional, en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC, impiden considerar que este requisito sea de naturaleza subsanable*”²²⁵. Di conseguenza, “*el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él*”²²⁶.

Con l'Auto 289/2008, del 22 Settembre, la *Sala Segunda* conferma la linea giurisprudenziale inaugurata dalla *Sala Primera*, mostrando così una sintonia tra i due organi interni del Tribunale sull'interpretazione e applicazione della

²²³ MATÍA PORTILLA F.J., *La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86/2009, 346.

²²⁴ *Ibidem*, 348.

²²⁵ ATC 188/2008, FJ 3.

²²⁶ ATC 188/2008, FJ 2.

LO 6/2007²²⁷. Questa decisione riveste particolare importanza anche per l'opinione dissenziente espressa dal Magistrato Gay Montalvo in relazione all'interpretazione del requisito della *especial trascendencia constitucional* e dei criteri legali previsti per la sua determinazione nell'art. 50.1 b) LOTC.

Il Magistrato partiva dalla premessa che la funzione essenziale del ricorso di *amparo* consiste nella tutela delle situazioni soggettive, considerato che l'art. 53.2 CE lo configura come uno dei mezzi processuali azionabili per la riparazione di violazioni dei diritti e libertà fondamentali²²⁸.

Chiarito ciò, precisava che il suo dissenso non era espresso verso la LO 6/2007 e le modifiche da questa realizzate sul giudizio di ammissibilità dell'*amparo*, ma piuttosto era volto a criticare l'interpretazione che le due Sale del Tribunale avevano dato di essa e “*que tiene como consecuencia trasladar al recurrente de amparo la obligación formal (sin subsanación posible) de argumentar (justificar) la existencia de la especial trascendencia constitucional de su demanda*”; ciò che potrebbe condurre “*a la desatención de la alta función que, en materia de tutela de los derechos fundamentales, corresponde al Tribunal Constitucional*”²²⁹. A giudizio del Magistrato, la verifica della sussistenza della *especial trascendencia constitucional* è un onere che non spetta al ricorrente, ma al proprio Tribunale che dovrà valutarla in base ai tre criteri fissati dall'art. 50.1 b) LOTC tenendo conto del valore ermeneutico (*interpretación de la Constitución*), riparatore (*eficacia y general aplicación de la Constitución*) o giurisprudenziale (*delimitación del alcance y del contenido de los derechos fundamentales*) del ricorso²³⁰.

Di conseguenza, il dissenso rispetto alla posizione maggioritaria che esigeva che le domande di *amparo* contenessero un'argomentazione espressa, e non una mera menzione, della *especial trascendencia constitucional*, pena la

²²⁷ Si consideri anche l'Auto 290/2008 il cui contenuto coincide sostanzialmente con quello delle altre due decisioni menzionate.

²²⁸ ATC 289/2008, VP, punto 1.

²²⁹ ATC 289/2008, VP, punto 2.

²³⁰ ATC 289/2008, VP, punto 3.

inammissibilità del ricorso. Nell'opinione del Magistrato, infatti, “*es posible que haya una justificación de la especial trascendencia constitucional que derive de un modo indudable de la relación fáctica y de la argumentación jurídica hecha por el recurrente. En ese caso no estaríamos, ciertamente, ante una justificación expresa que, no obstante no cabría calificar como insuficiente de acuerdo con el texto legal, máxime cuando la especial trascendencia constitucional de un recurso es una noción cuyo contenido todavía tiene que ser precisado por este Tribunal*”²³¹. Pertanto, interpretare la *especial trascendencia constitucional* come un requisito formale autonomo ed insanabile, che deve trovare un apposito spazio nella domanda di *amparo*, pena la sua inammissibilità, costituisce, secondo il Magistrato dissenziente, un “*formalismo enervante*” che, oltre a non essere espressamente previsto dalla Legge, sarebbe contrario all'essenza stessa del ricorso di *amparo*²³².

Considera, dunque, che “*el Tribunal Constitucional en asunción de su función de protección de los derechos fundamentales no podía menos que mostrar una mayor flexibilidad, durante, al menos, los primeros meses de aplicación de la Ley, en la interpretación del cumplimiento del nuevo requisito, de tal modo que el Tribunal pudiera apreciar, aun cuando la demanda no lo citara y argumentara expresamente, la posible trascendencia constitucional de un determinado recurso, respetando de esta manera nuestra tradicional doctrina sobre interpretación de los requisitos formales en absoluta concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”²³³.

Alle decisioni commentate seguirono altre, tutte indirizzate a fornire un'interpretazione della *especial trascendencia constitucional* dal punto di vista processuale²³⁴. Sul nuovo requisito, a quasi due anni dall'entrata in vigore della LO 6/2007, la giurisprudenza costituzionale aveva solo chiarito che si tratta di

²³¹ ATC 289/2008, VP, punto 3.

²³² ATC 289/2008, VP, punto 5.

²³³ ATC 289/2008, VP, punto 4.

²³⁴ AATC 116/2009, 165/2009.

una esigenza ineludibile per il ricorrente, il cui inadempimento avrebbe comportato l'inammissibilità *de plano* della domanda di *amparo*. Restava, però, l'ambiguità ed l'incertezza su cosa dovesse intendersi per *especial trascendencia constitucional*, ovvero su quali questioni giuridiche avrebbero permesso al Tribunale di decidere nel merito un determinato ricorso di *amparo*. Le gravi conseguenze collegate all'inadempimento dell'onere di espressa motivazione della *especial trascendencia constitucional* rendevano ormai necessaria ed urgente la concretizzazione del contenuto del nuovo requisito di ammissibilità. A ciò ha provveduto la fondamentale Sentenza 155/2009 con la quale il Tribunale Costituzionale, operando a modo di legislatore, ha completato il contenuto dell'art. 50.1 b) LOTC individuando una serie di casi che, in ragione della loro importanza per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione, o per la rilevanza nella determinazione del contenuto dei diritti fondamentali, potessero considerarsi indicativi di una *especial trascendencia constitucional*.

Prima della STC 155/2009, il tema è stato affrontato, sia pure non con carattere generale, nella STC 70/2009 che risolve una domanda di *amparo* per violazione del diritto all'intimità personale conseguente ad un pensionamento forzoso, per incapacità del funzionario pubblico, basato su referti medici relativi alla salute psichica. La STC 70/2009 costituisce la prima decisione in cui il Tribunale Costituzionale risolve un incidente di inammissibilità per carenza di rilevanza costituzionale della questione.

Il Tribunale rigetta l'incidente di inammissibilità “*En primer lugar, porque tal justificación se contiene en la demanda de amparo y porque, además, concurre la especial trascendencia constitucional a la que se refiere, dado que se trata de una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina*”²³⁵. Già in questa decisione, dunque, il Tribunale Costituzionale inizia a tracciare il contenuto della *especial trascendencia constitucional* riconoscendo che questa

²³⁵STC 70/2009, FJ 1.

concorre almeno nel caso in cui sulla materia oggetto del ricorso non ci sia ancora un orientamento giurisprudenziale. Tale ipotesi verrà riconsiderata anche nella successiva STC 155/2009 che, con carattere generale, ha proceduto a delineare un catalogo, non esaustivo, di fattispecie di *especial trascendencia constitucional*.

La STC 155/2009

La STC 155/2009 e, in particolare il suo secondo fondamento giuridico, costituisce un'integrazione giurisprudenziale dell'art. 50.1 b) LOTC fortemente sollecitata nel mondo giuridico per far fronte alla grave situazione di incertezza provocata dall'ambiguità e indeterminatezza del concetto di *especial trascendencia constitucional*, e dei criteri legislativi per la sua valutazione.

Lo stesso Tribunale Costituzionale aveva riconosciuto “*el carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional», como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación*”, ciò che gli conferisce “*un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo “justifi[ca] una decisión sobre el fondo...en razón de su especial trascendencia constitucional”*”²³⁶.

Al fine di orientare il ricorrente in *amparo* nell'adempimento dei propri oneri processuali ed evitare di incorrere in accuse di arbitrarietà il Tribunale decide di avanzare nell'interpretazione della *especial trascendencia constitucional* individuando una serie di casi in cui è probabile che essa ricorra. La STC 155/2009 individua come casi rilevanti:

a) *el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional;*

²³⁶STC 155/2009, FJ 2.

- b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;
- c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;
- d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;
- e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;
- f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);
- g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

Le fattispecie appena elencate, individuate dalla STC 155/2009, possono classificarsi in due grandi gruppi collegati ai criteri di valutazione previsti nell'art. 50.1 b) LOTC. È prevista, poi, una clausola residuale aperta.

Alcune di esse, infatti, presentano un chiaro valore ermeneutico e giurisprudenziale perché si riferiscono a questioni rilevanti per l'interpretazione del contenuto dei diritti fondamentali e di altre norme costituzionali [fattispecie a) e b)]. Altre, invece, considerano questioni riguardanti l'applicazione e la generale efficacia della giurisprudenza costituzionale da parte dei pubblici poteri e, in particolare, da parte degli organi giudiziari [fattispecie c), d), e) e f)]. Infine, si prevede una clausola residuale che permette riconoscere ad un ricorso *especial trascendencia constitucional* anche quando questo non rientri in nessuna delle fattispecie precedenti [fattispecie g)]²³⁷.

L'espressa previsione di una clausola aperta dimostra, come chiarisce lo stesso Tribunale, che le fattispecie menzionate non costituiscono un elenco tassativo ed esaustivo dei casi in cui il ricorso di *amparo* presenta una speciale rilevanza costituzionale, “*pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido*”²³⁸.

Questa dinamicità dell'attività giurisprudenziale rende comunque opportuno un approfondimento anche dei casi di *especial trascendencia constitucional* già individuati²³⁹.

Il primo di essi, che concorre quando in *amparo* si solleva “*un problema o una faceta*” di un diritto “*sobre el que no hay doctrina del Tribunal*”, era stato già

²³⁷ La classificazione è proposta da PÉREZ DE LOS COBOS F., *El requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión del recurso de amparo*, in CANOSA USERA R., RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOS J. (a cura di), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, Madrid 2014, 19 ss.

²³⁸ STC 155/2009, FJ 2.

²³⁹ Si veda in particolare l'analisi di CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 88/2010, 61 ss.

enunciato nella STC 70/2009. Secondo l'espressione utilizzata nella Sentenza, la novità di una questione giuridica relazionata con un diritto fondamentale può dipendere o dal fatto che sollevi un "*problema*" sul diritto o dalla diversa circostanza che prospetti una nuova "*faceta*" del diritto che, per una mera riflessione interna o in conseguenza della giurisprudenza europea, il Tribunale ritenga necessario affrontare. Pare opportuno ritenere che il Tribunale voglia riferirsi da un lato a quelle questioni che permettono di creare nuova giurisprudenza sulla natura giuridica, titolarità, contenuto ed esercizio dei diritti fondamentali, e a quelle che permettono di identificare nuovi fatti o atti lesivi del diritto non ancora considerati come tali nella giurisprudenza. Dall'altro, la "*faceta*" di un diritto pare riferirsi a quelle questioni giuridiche che prospettano un'inedita manifestazione o espressione del diritto su cui non esiste ancora una pronuncia costituzionale²⁴⁰.

Occorre, inoltre, riflettere sul fatto che, nelle parole del Tribunale, una questione giuridica è di rilevanza costituzionale se su di essa "*no hay doctrina*". Ora, se il processo di creazione giurisprudenziale si intendesse in maniera restrittiva, una questione cessa di essere "nuova" nel momento in cui il Tribunale emette la sua prima decisione al riguardo. Si prospetterebbe, in tal modo, uno scenario in cui la giurisprudenza è sostanzialmente una giurisprudenza *insular* o *de caso único*; con la conseguenza che non potrà più invocarsi la "novità" della questione per giustificare la *especial transcendencia constitucional* del caso. Diversamente, se si accoglie un'interpretazione più flessibile che considera il processo di creazione giurisprudenziale come un processo dinamico, allora si dovrà ritenere che la giurisprudenza su una determinata questione non si stabilisce mediante una sola decisione, ma si

²⁴⁰In questi termini, CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, cit. 62 ss. Cfr. anche BORRAJO INIESTA, *Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo*, in *Revista de pensamiento jurídico*, n. 3/2008, 193 secondo il quale la questione nuova potrebbe anche non riguardare diritti fondamentali, ma aspetti relativi all'interpretazione, applicazione e efficacia di altre norme costituzionali, sia pure relazionate con i diritti fondamentali.

delinea attraverso l'argomentazione sviluppata in diverse pronunce costituzionali²⁴¹.

La seconda fattispecie menzionata nella STC 155/2009 si riferisce a quelle questioni giuridiche che offrono al Tribunale l'opportunità di specificare o cambiare la giurisprudenza costituzionale relativa ad un determinato diritto fondamentale. L'esigenza di rivedere la giurisprudenza già consolidata potrebbe derivare da “*un proceso de reflexión interna*”, dal “*surgimiento de nuevas realidades sociales*”, dal riscontro di “*cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental*”, o infine da “*un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales*”. Come è evidente, le circostanze che possono indurre una revisione della giurisprudenza costituzionale sono diverse tra loro, ma quasi tutte dovute a fattori esterni al Tribunale Costituzionale. In tali casi il cambio o la specificazione viene sollecitato dal ricorrente in *amparo* e il Tribunale non può non adeguarsi. Diversamente, nel caso in cui il cambio di giurisprudenza sia dovuto ad un processo di riflessione interna, il ricorrente che lo invoca nella domanda di *amparo* non può sapere se il Tribunale ritenga opportuno aprire tale processo di riflessione; e di conseguenza sarà tenuto a un maggiore rigore argomentativo nel giustificare la speciale rilevanza costituzionale del cambio sollecitato²⁴².

La terza fattispecie di *especial transcendencia constitucional* si riferisce ai casi in cui *la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general* che si considerano incostituzionali. Non potendosi impugnare direttamente in sede di *amparo* atti di rango legislativo si permette, però, ricorrere contro i loro atti di applicazione ed esecuzione quando si consideri che, derivando da norme incostituzionali, risultino essi stessi invalidi per violare diritti fondamentali. In tale prospettiva

²⁴¹ CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, cit. 63.

²⁴² PÀEZ MAÑA J., *El requisito de la especial transcendencia constitucional en los recursos de amparo*, cit., 530 ss.

l'*amparo* può rappresentare la sede giurisdizionale nel corso della quale sollevare un dubbio sulla costituzionalità della legge applicata, sempre che non si sia già deciso di sollevare una questione di legittimità nel corso del giudizio *a quo*. Il meccanismo attraverso cui in sede di *amparo* può attivarsi un controllo di costituzionalità della legge è regolato dall'art. 55.2 LOTC, di cui si tratterà in seguito. Vale per ora ricordare che l'incostituzionalità della legge potrebbe invocarsi come motivo della speciale rilevanza costituzionale del caso anche qualora il Tribunale Costituzionale abbia già dichiarato l'incostituzionalità di una norma legislativa e un organo giudiziale *a posteriori*, e involontariamente, per la mancata conoscenza della decisione costituzionale, risolva la controversia conforme ad una norma già giuridicamente inesistente²⁴³.

Diversamente, qualora la giurisprudenza costituzionale fosse elusa manifestamente e deliberatamente dall'organo giurisdizionale ordinario la *especial trascendencia constitucional* consisterebbe piuttosto nella fattispecie f) che considera appunto la “*negativa manifesta*” da parte di un organo giudiziale “*de su deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional*” risultante dall'art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ).

Qualora, poi, la giurisdizione ordinaria violasse in maniera “*reiterada*” un diritto fondamentale in ragione di una “*interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental* [fattispecie d)] o disattendesse “*de modo general y reiterado*” la giurisprudenza costituzionale o la interpretasse “*de manera distinta*”, la speciale rilevanza dell'*amparo* trova fondamento nelle fattispecie d) ed e) elencate dalla STC 155/2009. Queste ultime fattispecie rispondono chiaramente all'esigenza di reagire non contro un caso isolato di violazione dei diritti fondamentali o della consolidata giurisprudenza costituzionale da parte della giurisdizione ordinaria,

²⁴³ Tale ultima fattispecie costituirebbe, secondo CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, cit., 65, una fattispecie impropria o di interpretazione estensiva rispetto al prototipo individuato nel caso in cui si consideri che la base legale dell'atto impugnato possa essere incostituzionale per violare un diritto fondamentale.

ma contro infrazioni reiterate nel tempo e imputabili ad una pluralità di organi giudiziari.

In tali casi il Tribunale Costituzionale sarà chiamato a svolgere una funzione nomofilattica, di unificazione delle interpretazioni esistenti sui diritti fondamentali, al fine di assicurare la corretta ed omogenea applicazione giudiziale della sua giurisprudenza²⁴⁴.

L'ultima fattispecie di *especial trascendencia constitucional* menzionata nella STC 155/2009 costituisce una clausola aperta che rende possibile esaminare quelle questioni che, pur non potendosi ricondurre alle fattispecie precedentemente esaminate, si distinguono per la loro rilevanza sociale economica e politica. È evidente che la fattispecie ora considerata apre ad un'ampia casistica che spetterà alla giurisprudenza costituzionale delimitare in ragione della "*relevante y general repercusión social o económica*" o "*consecuencias políticas generales*" della questione suscitata. La clausola in esame considera, innanzitutto, l'incidenza sociale che un caso potrebbe avere o generare in ragione delle persone o istituzioni pubbliche o dei collettivi coinvolti. Con riguardo, invece, alla menzione della possibile incidenza politica del caso è evidente il riferimento agli *amparos* elettorali e parlamentari. Rispetto agli *amparos* parlamentari va anche precisato che, mancando un previo tramite giurisdizionale per la riparazione dei diritti fondamentali eventualmente violati, il Tribunale Costituzionale ha adottato un atteggiamento di una maggiore flessibilità nella valutazione del requisito della *especial trascendencia constitucional*; ciò al fine di assicurare una adeguata protezione dei diritti di partecipazione politica²⁴⁵.

Secondo una parte della dottrina l'ampiezza e genericità della clausola in oggetto consentirebbe l'accesso al giudice costituzionale anche in quei casi in cui l'aspetto rilevante sia la gravità della lesione. Una tale interpretazione

²⁴⁴ PÁEZ MAÑÁ J., *El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo*, cit., 534 ss.

²⁴⁵ *Ibidem*, 538 ss.

permetterebbe di attenuare l'effetto di oggettivizzazione conseguente alla riforma del 2007 che non ha previsto, come invece è avvenuto in Germania, un'espressa tutela della dimensione soggettiva dell'*amparo* nel tramite di ammissibilità²⁴⁶. Tuttavia, tale possibilità è stata apertamente esclusa dal proprio Tribunale nell'ATC 29/2011 in cui si afferma che *“la referencia al supuesto g) de la STC 155/2009, FJ 2 (o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y de general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales) no puede entenderse que dé acogida al criterio puramente subjetivo de la gravedad de la lesión, pues, dado el necesario carácter objetivo del recurso de amparo a partir de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, el problema de la especial gravedad del perjuicio subjetivo o la especial gravedad de la lesión constitucional solo puede anudarse a la generalidad de los efectos del amparo”*²⁴⁷. Ugualmente, si precisa che il carattere non esaustivo dell'elenco dei casi di *especial trascendencia constitucional* contenuto nella STC 155/2009 non permette *“incluir en tal elenco aquellos supuestos en los que el amparo se fundamente en la existencia de un grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, esto es, en la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva, a semejanza de lo que sucede en el caso alemán en virtud del § 93 a 2) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgerichts)”*²⁴⁸.

²⁴⁶ MATÍA PORTILLA F.J., *La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo*, cit., 347. Cfr. CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, cit., 68 secondo cui *“lo peligroso no sería tanto el supuesto retorno a lo subjetivo. Lo discutible sería el poder discrecional empeñado en la fijación de esa gravedad y donde poner la frontera entre lo grave y lo no grave, esto es, entre lo tutelable y lo no tutelable, por razón de las consecuencias de la lesión”*.

²⁴⁷ ATC 29/2011, FJ 3.

²⁴⁸ ATC 29/2011, FJ 3.

Il Giudice costituzionale parte dalla considerazione che il legislatore del 2007, nell'esercizio della sua legittima libertà di configurazione della concreta disciplina dell'*amparo*, ha espressamente scartato, a differenza del legislatore tedesco del '93, la previsione di un criterio di ammissibilità che tenga conto della dimensione soggettiva della domanda. Il ricorso di *amparo* viene dotato di “*una dimensión necesariamente objetiva, excluyendo la dimensión subjetiva como requisito suficiente para la admisión*”²⁴⁹. Conformemente alla nuova disciplina, infatti, la mera lesione di un diritto fondamentale o libertà pubblica tutelabile in *amparo* non è più di per sé sufficiente per l'ammissibilità del ricorso, richiedendosi a tal fine che concorra, oltre alla denuncia della lesione soggettiva, anche l'indispensabile requisito oggettivo della *especial trascendencia constitucional* della questione sollevata²⁵⁰.

Di conseguenza, il Tribunale Costituzionale opta “*por no incluir el criterio de la gravedad del perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados entre los supuestos en los que cabe apreciar que un recurso de amparo posee especial trascendencia constitucional*”²⁵¹.

Il giudizio di ammissibilità del nuovo ricorso di *amparo* risulta, dunque, orientato da criteri esclusivamente oggettivi, e in particolare dall'indispensabile requisito della *especial trascendencia constitucional* della questione sollevata, il cui contenuto, oltre ad essere definito con carattere generale nella STC 155/2009, si è andato poi concretizzando nella successiva giurisprudenza costituzionale in relazione ai casi concretamente esaminati²⁵².

²⁴⁹ ATC 29/2011, FJ 3.

²⁵⁰ STC 155/2009, FJ 2.

²⁵¹ ATC 29/2011, FJ 3. Sul punto si vedano, PÉREZ DE LOS COBOS F., *El requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión del recurso de amparo*, cit., 23; HERNÁNDEZ RAMOS M., *Incertidumbre jurídica del recurrente en amparo en España. La mejorable interpretación del Tribunal Constitucional español del nuevo trámite de admisión*, in AA.VV. (a cura di), *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, Lima 2014, 168 ss.

²⁵² Si veda al riguardo MARAÑA SÁNCHEZ J. Q., *El recurso de amparo y requisito de la especial trascendencia constitucional. STEDH de 20 de enero de 2015*, in *Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 9/2015, 1143 ss.,

La Sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo Arribas Anton c. España del 20 gennaio 2015

L'oggettivizzazione dell'*amparo* conseguente all'introduzione della *especial trascendencia constitucional* tra i requisiti di ammissibilità ha costituito il principale tema di dibattito intorno alla LO 6/2007. Nonostante la dottrina maggioritaria difenda la riforma, considerando che i problemi della giustizia costituzionale non avrebbero potuto affrontarsi se non dotando il Tribunale Costituzionale di una maggiore discrezionalità nel decidere l'ammissibilità dei ricorsi di *amparo*²⁵³, non sono mancate voci critiche rispetto alla scelta del legislatore di condizionare l'ammissibilità della domanda alla concorrenza di requisiti esclusivamente oggettivi²⁵⁴. Secondo alcuni autori, infatti, l'oggettivizzazione del giudizio di ammissibilità, determinando un cambio significativo nella concezione funzionale del ricorso di *amparo*, risulta difficilmente compatibile con il modello delineato nell'art. 53.2 CE che lo configura come meccanismo di garanzia dei diritti fondamentali. In tale prospettiva, la configurazione dell'*amparo* come strumento di tutela soggettiva non ammetterebbe oggettivizzazione alcuna se non attraverso una riforma

il quale riporta alcuni casi risolti con posteriorità alla STC 155/2009 nei quali il Tribunale Costituzionale motiva con diverso fondamento l'ammissibilità del relativo ricorso di *amparo*. ATC 284/2009; SSTC 27/2010, FJ 3; 121/2013, FJ 5; 11/2014.

²⁵³ Tra tutti, ARAGÓN REYES, *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit. 1837; CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 89 ss.; FERNÁNDEZ SEGADO F., *La reforma de régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, cit., 87 ss.; PÉREZ TREMPES P., *El recurso de amparo constitucional*, cit. 124 ss.

²⁵⁴ Tra tutti FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 11 ss.; GARRORENA MORALES Á., *La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, cit., 48 ss. Si veda anche FOSSAS ESPADALER E., *El proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007*, cit., 53, il quale è giunto ad affermare che la oggettivizzazione "podría suscitar dudas sobre su constitucionalidad" e "podría producir un retroceso en la protección individual de los derechos y libertades".

costituzionale²⁵⁵. Ugualmente, si sottolinea il pregiudizio che la riforma arreca ad un ipotetico diritto di accesso alla giurisdizione costituzionale che, secondo una parte della dottrina, troverebbe fondamento proprio nell'art. 53.2 CE. Tale diritto garantirebbe sempre, sia pure in via sussidiaria, la tutela in sede costituzionale di determinati diritti fondamentali²⁵⁶.

Tuttavia, non pare trovare fondamento l'orientamento che sostiene l'incostituzionalità della nuova disciplina dell'*amparo*, nonostante ciò effettivamente comporti un significativo cambio nella sua concezione funzionale. La Costituzione non stabilisce, infatti, un modello determinato e chiuso di *amparo* in cui la funzione soggettiva di tutela dei diritti fondamentali esclude ogni concezione di carattere oggettivo²⁵⁷. Spetta al legislatore, nell'esercizio della competenza assegnatagli ex art. 161.1 b) CE definire i casi e le forme attraverso cui la tutela dei diritti fondamentali in sede costituzionale può essere dispensata. È legittimo, allora, come precisa lo stesso Tribunale Costituzionale nell'ATC 29/2011 che "*el legislador ha optado por dotar al recurso de amparo de una dimensión necesariamente objetiva, excluyendo la dimensión subjetivas como requisito suficiente para la admisión*".

La scelta del legislatore di oggettivare i criteri di ammissibilità della domanda di *amparo* costituisce, pertanto, un'opzione legittima introdotta al fine di

²⁵⁵ FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 11 ss.; GARRORENA MORALES Á., *La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, cit., 48 ss.

²⁵⁶ In difesa di un diritto di accesso alla giurisdizione costituzionale GARRORENA MORALES Á., *La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional*, cit., 253 ss.; OLIVA SANTOS A. de la, *La perversión jurídica del amparo constitucional en España*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 124/2009, 14 ss.; ALMAGRO NOSETE J., *Respuestas a la encuesta*, in AA.VV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, cit., 95 ss.; SÁNCHEZ MORÓN M., *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*, Madrid 1987, 75.

²⁵⁷ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, cit., 11 ss.

consolidare il carattere sussidiario e straordinario della tutela costituzionale dei diritti fondamentali rispetto al sistema di protezione ordinario²⁵⁸.

La nuova disciplina non deve, inoltre, indurre a pensare che il legislatore abbia voluto ridurre il livello di protezione dei diritti fondamentali. Da un lato, perché, nonostante la lesione di un diritto non sia più di per sé sola sufficiente a garantire l'ammissibilità della domanda in sede costituzionale, l'*amparo* continua a svolgere una funzione di tutela delle situazioni soggettive, potendo indirizzarsi esclusivamente a "*restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso*" (art. 40.3 LOTC); dall'altro, perché all'oggettivizzazione dell'*amparo*, che restringe l'accesso al giudice costituzionale, il legislatore ha accompagnato la riforma dell'incidente di nullità degli atti processuali (art. 241 LOPJ) che estende le possibili fattispecie di tutela presso i Tribunali ordinari.

Se, dunque, sussistono validi argomenti per ritenere che il nuovo *amparo* si inquadra legittimamente nel modello costituzionale risultante dagli articoli 53.2, 161.1 b) e 162.1 b) CE, va allora escluso che la sua oggettivizzazione possa arrecare alcun pregiudizio per la tutela dei diritti fondamentali. Nella misura in cui l'*amparo* costituzionale rappresenta un meccanismo straordinario di garanzia dei diritti, la sua oggettivizzazione non può considerarsi lesiva di un ipotetico diritto di accesso alla giurisdizione costituzionale né pregiudica l'effettività della tutela dei diritti fondamentali. Va precisato, inoltre, che non è nemmeno ipotizzabile un diritto al ricorso di *amparo* analogo a quello che garantisce l'accesso alla giurisdizione ordinaria²⁵⁹.

²⁵⁸ In questi termini CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo*, cit., 96.

²⁵⁹ Sul dibattito relativo ad un ipotetico diritto di accesso alla giurisdizione costituzionale si vedano ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, 1837 (*no creo que haya un derecho al recurso de amparo como si lo hay al acceso a la jurisdicción ordinaria*); FERNÁNDEZ SEGADO F., *Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, cit. 1143; OLIVAS SANTOS A. de la, DÍEZ-PICAZO I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, cit., 199; RUBIO LLORENTE F., JIMÉNEZ CAMPO J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*,

La questione è stata affrontata dalla Corte europea dei diritti umani nella Sentenza del 20 gennaio 2015 che risolve il caso *Arribas Antón c. España*. Tale Sentenza riveste grande importanza per essere la prima a pronunciarsi sul sistema di *amparo* costituzionale spagnolo. In particolare, analizza la conformità del nuovo requisito di ammissibilità della *especial trascendencia constitucional* agli articoli 6.1 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che riconoscono, tra gli altri, il diritto di accesso ad un tribunale e il diritto ad un ricorso effettivo²⁶⁰.

La questione decisa dalla Corte Europea trae origine da una Sentenza del Tribunale Costituzionale che dichiarò inammissibile il ricorso di *amparo* promosso da un dipendente di un ospedale psichiatrico, sanzionato disciplinarmente per un tentativo di violenza sessuale nei confronti di diversi pazienti. L'inammissibilità del ricorso di *amparo* era motivata dalla mancata argomentazione da parte del ricorrente della *especial trascendencia constitucional*.

Nel ricorrere alla Corte Europea, il ricorrente denunciava la violazione del diritto di accesso a un tribunale e del diritto ad un ricorso effettivo derivante dal carattere eccessivamente formale del motivo di inammissibilità applicato – ovvero, la mancanza, nella domanda, di una espressa giustificazione della *especial trascendencia constitucional* del caso. Considerava, inoltre, che l'interpretazione, in termini esclusivamente oggettivi, realizzata dal Tribunale Costituzionale del nuovo criterio di ammissibilità risultava contraria alla Convenzione. Secondo l'allegazione di parte, la riforma della LOTC del 2007 altera la funzione principale ed essenziale del ricorso di *amparo*, consistente nella protezione dei diritti fondamentali e libertà pubbliche dalle violazioni

Madrid 1998, 60. Secondo i menzionati autori non esiste un diritto di accesso all'*amparo* costituzionale salvo nei casi in cui non è prevista nessuna forma di tutela dinanzi ai Tribunali Ordinari. In tali casi la tutela dei diritti dinanzi al Tribunale Costituzionale è necessaria.

²⁶⁰ Il diritto d'*accès à un tribunal* è compreso nel più ampio diritto ad un equo processo ed è stato riconosciuto a partire dalla Sentenza CEDU, *Golden c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975.

causate dai poteri pubblici. Si denunciava, dunque, che a seguito della riforma l'*amparo* si fosse trasformato in uno strumento di elaborazione giurisprudenziale sui diritti fondamentali e che tale modificazione finiva per impedire l'accesso alla giustizia costituzionale proprio in quei casi in cui l'elemento di maggior rilievo risiedesse nella lesione soggettiva di un diritto.

Dal proprio canto, il Governo spagnolo difendeva l'opportunità e la legittimità della riforma dell'*amparo* introdotta nel 2007. Secondo quest'ultimo, la scelta del legislatore di introdurre maggiori limiti all'accesso in sede costituzionale, obbligando il ricorrente a giustificare espressamente la *especial trascendencia constitucional* del caso, pena l'inammissibilità della domanda, non riduce gli spazi di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali né impone al ricorrente oneri ingiustificati e sproporzionati. L'obiettivo della riforma è, infatti, quello di consolidare il carattere straordinario del ricorso di *amparo*, rispetto alle condizioni di ammissibilità, e il suo carattere sussidiario, rispetto alla giurisdizione ordinaria che vede, conseguentemente, rafforzato il suo ruolo di garante naturale dei diritti fondamentali. Pertanto, una volta ribadito che la tutela dei diritti fondamentali spetta ai Tribunali ordinari e solo eccezionalmente al Tribunale Costituzionale, il Governo si opponeva alla denunciata violazione delle norme convenzionali considerando che l'onere del ricorrente di fornire una espressa argomentazione, non solo della lesione del proprio diritto, ma anche dell'importanza costituzionale della questione sollevata, costituisce una misura legittima e proporzionata rispetto alla finalità della riforma.

La Corte di Strasburgo avalla tanto la riforma legislativa dell'*amparo* quanto l'interpretazione che di essa ha realizzato il Tribunale Costituzionale. Dichiarò, infatti, infondato il ricorso proposto, rigettando la supposta violazione dell'art. 6.1 della Convenzione. Secondo la Corte europea il "*diritto ad un tribunale*", che comprende a sua volta il "*diritto di accesso*", non è un diritto assoluto, ma ammette limitazioni, soprattutto in relazione alle condizioni di ammissibilità di una domanda. Tali limitazioni possono variare in ragione del margine di

discrezionalità che compete al legislatore statale nella materia e della funzione esercitata dal tipo di giurisdizione in questione²⁶¹. Tuttavia, saranno compatibili con l'art. 6.1 della Convenzione solo se rispondono ad una finalità legittima e risultino proporzionate rispetto agli obiettivi che la eventuale restrizione dei canali di accesso ad un tribunale persegue²⁶².

Rispetto alla giurisdizione costituzionale, la Sentenza *Arribas Antón c. España* ricorda che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non obbliga gli Stati contraenti a creare una giurisdizione di *amparo*, così come non obbliga a prevedere giurisdizioni di appello o di cassazione. Allo tempo, però, sottolinea che se uno Stato membro istituisce nell'ordinamento interno tali giurisdizioni avrà l'obbligo di garantire che i soggetti legittimati godano delle garanzie fondamentali tutelate dall'articolo 6 della Convenzione europea, tra cui si è previsto il diritto ad un tribunale che, come detto, comprende a sua volta anche il diritto di accesso ad un tribunale²⁶³.

Rispetto a quest'ultimo diritto, la giurisprudenza europea ha precisato che la legittimità di eventuali limitazioni all'accesso dipende dal tipo di giurisdizione in questione e dal ruolo che questa è chiamata a svolgere nell'ordinamento interno. In più occasioni la Corte europea ha censurato la scelta di taluni Stati membri di esigere determinate formalità per interporre un ricorso, così come l'interpretazione eccessivamente formale delle scelte legislative realizzata in sede giurisprudenziale. Nello specifico la Corte europea considerava che l'eccessiva restrizione dei canali di accesso ad una giurisdizione, nella misura in cui impediva un esame nel merito della questione sollevata dal ricorrente, era suscettibile di violare il diritto alla tutela giudiziale effettiva.

Allo stesso tempo, però, e in relazione ai Tribunali Costituzionali, la Corte europea riconosce che i requisiti di ammissibilità di un ricorso di *amparo*

²⁶¹ Si vedano CEDU, *García Manibardo c. España*, n. 38695/97, § 36; *Mortier c. Francia*, n. 42195/98, § 33, 31 luglio 2001.

²⁶² CEDU, *Guérin c. Francia*, 29 luglio 1998, § 37; *Běleš e altri c. Repubblica Ceca*, n. 47273/99, § 61, CEDU 2002-IX.

²⁶³ CEDU, *Khalfaoui c. Francia*, n. 34791/97, § 37.

possono essere anche più rigorosi di quelli previsti per un ricorso ordinario, senza che ciò comporti automaticamente una violazione del diritto di accesso ad un tribunale²⁶⁴. Tale conclusione si basa sulla considerazione che i Tribunali Costituzionali che tengono assegnata una giurisdizione di *amparo* esercitano la funzione di tutela dei diritti fondamentali in via eccezionale e sussidiaria rispetto alla protezione assicurata dai Tribunali ordinari. Pertanto, la previsione di requisiti di accesso più rigorosi, nella misura in cui sia adeguata a perseguire un fine legittimo, non necessariamente comporta una violazione delle garanzie fondamentali riconosciute nella Convenzione.

La Corte europea considera che questi principi sono applicabili nel caso *Arribas Antón c. Spagna*²⁶⁵. Riconosce che l'obiettivo perseguito con la riforma del 2007, di migliorare il funzionamento della giustizia costituzionale e rafforzare il sistema di protezione dei diritti fondamentali, è un obiettivo legittimo. A sua volta, dichiara che l'introduzione di un requisito oggettivo di ammissibilità dei ricorsi di *amparo* e l'attribuzione al ricorrente dell'onere della prova, in quanto finalizzate ad evitare la saturazione del Tribunale Costituzionale e la sua desnaturalizzazione, costituiscono misure adeguate e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito. Di conseguenza, l'inammissibilità di un ricorso di *amparo* per carenza o mancata giustificazione della *especial trascendencia constitucional* non può considerarsi lesiva del diritto ad un tribunale. La tutela dei diritti e libertà pubbliche viene, infatti, assicurata dai Tribunali ordinari cui compete specificamente la funzione di protezione giurisdizionale delle situazioni soggettive. La garanzia dei diritti fondamentali in sede costituzionale, invece, in quanto sussidiaria e straordinaria, ammette un maggiore formalismo.

²⁶⁴ CEDU, *Brualla Gómez de la Torre c. Spagna*, § 37, 19 dicembre 1997; *Ferré Gisbert c. España*, n. 39590/05, § 28, 13 ottobre 2009; *Běleš e altri c. Repubblica Ceca*, n. 47273/99, § 61.

²⁶⁵ CEDU, *Arribas A. c. Spagna*, § 43.

Nella Sentenza *Arribas Antón c. Spagna* la Corte europea avalla non solo la riforma legislativa del 2007, ma anche la sua interpretazione giurisprudenziale realizzata dal Tribunale Costituzionale.

Come è noto, il Tribunale Costituzionale ha proceduto a specificare, sia pure in forma non esaustiva, il contenuto della *especial trascendencia constitucional* fornendo una esplicita indicazione dei casi suscettibili di ammissibilità. Esso ha definito, inoltre, il contenuto degli oneri gravanti sul ricorrente tra cui, in particolare, quello di argomentare espressamente nella domanda la *especial trascendencia constitucional* della questione sollevata. Tale interpretazione giurisprudenziale risulta, secondo la Corte europea, necessaria ad assicurare certezza giuridica in un contesto in cui le regole processuali del ricorso di *amparo* hanno subito un cambiamento.

In tale prospettiva, si esige che il Tribunale Costituzionale continui a definire il contenuto di un concetto giuridico tanto generico come quello di *especial trascendencia constitucional*. A tal fine si richiede che si argomenti espressamente sulla *especial trascendencia constitucional* dei ricorsi dichiarati ammissibili²⁶⁶.

Ciononostante, si ritiene che la mancata argomentazione da parte del Tribunale Costituzionale sui motivi di ammissibilità di un ricorso di *amparo* non costituisce condizione sufficiente per l'ammissibilità di un successivo ricorso alla Corte EDU²⁶⁷.

²⁶⁶ CEDU, *Arribas A. c. Spagna*, § 46.

²⁶⁷ Sul punto si veda, GONZÁLEZ ALONSO A., RUIZ-RISUEÑO MONTOYA F. M., *El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 54/2015. Per un approfondimento si veda anche, ADAMO U., *La Corte europea dei diritti dell'uomo avalla la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del Tribunal Constitucional*, in www.forumcostituzionale.it del 5 marzo 2015.

La riforma dell'incidente di nullità degli atti processuali

La riforma introdotta con la LO 6/2007, avallata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo nella Sentenza *Arribas Antón c. Spagna*, risponde al dichiarato obiettivo di riordinare il sistema giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali. A tal fine, il legislatore del 2007 interviene in due piani distinti: procede, da un lato, a limitare l'intervento del Tribunale Costituzionale in materia di protezione dei diritti fondamentali, restringendo l'accesso al ricorso di *amparo* ai soli casi di *especial trascendencia constitucional*; e assegna, dall'altro, un maggiore protagonismo ai Tribunali ordinari nella protezione dei diritti fondamentali, estendendo l'ambito applicativo dell'incidente di nullità degli atti processuali regolato nell'art. 241.1 Legge Organica del *Poder Judicial* (LOPJ).

L'incidente di nullità costituisce uno strumento processuale pensato per l'impugnazione delle risoluzioni emesse in unica o ultima istanza, quando da esse origini una nuova violazione di un diritto fondamentale che non è stata oggetto di dibattito nel corso del processo. Si tratta, secondo l'interpretazione dottrinale, della via processuale che rende effettivo il diritto costituzionale al ricorso legale (art. 24 CE), inteso come diritto di impugnare decisioni definitive che incorrano in violazioni di diritti fondamentali autonome rispetto a quelle che già furono oggetto di dibattito nel processo. In tale prospettiva, si riconosce all'incidente di nullità una funzione costituzionale diversa da quella esercitata da altri strumenti processuali come, ad esempio, il ricorso di revisione o la dichiarazione di errore giudiziario²⁶⁸.

Nonostante la sua importanza costituzionale, l'evoluzione nel diritto processuale spagnolo dell'incidente di nullità risulta abbastanza tormentata per il susseguirsi di numerosi interventi legislativi attraverso cui si è definito l'ambito applicativo e la relativa disciplina.

²⁶⁸ BELADIEZ ROJO M., *La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ*, in AA.VV. (a cura di), *El Juez del derecho administrativo*, Madrid 2015, 441 ss.

La possibilità di promuovere un incidente eccezionale di nullità delle decisioni giudiziali definitive, lesive di diritti fondamentali, trova fondamento nella *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881 (art. 745 L. 1/1881) e nella *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* del 1956 (art. 128 L. 39/1956).

La Legge 34/1984, di riforma urgente della *Ley de Enjuiciamiento Civil*, e la Legge Organica 6/1985 del *Poder Judicial*, nell'originaria formulazione dell'art. 240, soppressero la possibilità di ottenere, sia pure eccezionalmente, una dichiarazione di nullità di quelle decisioni giudiziali definitive che, per incorrere in un errore, avessero causato la lesione di un diritto fondamentale.

L'impossibilità di richiedere, sia pure eccezionalmente, un controllo sulle decisioni definitive, per correggere eventuali errori commessi al momento della loro emanazione, comportò un progressivo aumento delle domande di *amparo* presso il Tribunale Costituzionale. Nel menzionato contesto normativo, l'*amparo* costituzionale rappresentava l'unica via di tutela contro decisioni definitive suscettibili di provocare autonome lesioni di diritti fondamentali.

La questione è stata affrontata dal *Tribunal Constitucional* in una serie di sentenze e, in particolare, nella STC 185/1990 che risolve una questione interna di incostituzionalità sollevata rispetto all'originaria formulazione dell'art. 240 LOPJ. La questione di incostituzionalità sollevata dal proprio Tribunale Costituzionale mira a chiarire se la norma che vieta, con carattere generale, l'incidente di nullità delle decisioni definitive violi il diritto al ricorso previsto dall'art. 24 CE e contrasti con l'art. 53.2 CE che configura il ricorso di *amparo* come rimedio meramente sussidiario nel sistema costituzionale di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali. Queste norme imporrebbero al legislatore la predisposizione di adeguati strumenti processuali per tutelare le violazioni di diritti imputabili alle decisioni giudiziarie.

La STC 185/1990, come altre che hanno affrontato il medesimo tema²⁶⁹, rigetta l'incostituzionalità della proibizione dell'incidente di nullità quale rimedio

²⁶⁹ SSTC 211/1989, 212 e 213/1989.

esperibile contro decisioni giudiziarie definitive suscettibili di ledere diritti fondamentali. Secondo il Tribunale Costituzionale, la mancata previsione di uno specifico strumento processuale in sede ordinaria che permetta correggere gli eventuali errori in cui sia incorso l'organo giudiziale nell'emettere la decisione definitiva non contrasta con la configurazione costituzionale del ricorso di *amparo* né viola il diritto fondamentale al ricorso legale. Secondo il Giudice costituzionale, infatti, la Costituzione non disciplina il ricorso di *amparo* in modo che sia *sempre* sussidiario rispetto agli strumenti processuali ordinari. Qualora, infatti, non sia prevista una via giudiziale previa l'*amparo* costituzionale rappresenta l'unico strumento per la tutela dei diritti fondamentali che risultassero lesi dagli organi giudiziari²⁷⁰. Di conseguenza, nel caso di violazioni derivate da una decisione definitiva, non essendo consentito promuovere incidente di nullità, la riparazione dei diritti lesi passa attraverso il ricorso di *amparo* costituzionale, che rappresenta un ricorso "*común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme*", e senza che ciò comporti una indebita restrizione delle garanzie processuali ex art. 24 CE, né una contraddizione con il carattere sussidiario e straordinario dell'*amparo* costituzionale²⁷¹. Al contrario, qualora sia possibile esperire ricorsi ordinari o straordinari a garanzia dei diritti fondamentali, sarà questa la via di tutela preferente rispetto al ricorso di *amparo*²⁷².

²⁷⁰ SSTC 188/1992; 338/1993; 271/1994; 166/1997.

²⁷¹ STC 185/1990, FJ 2.

²⁷² BELADIEZ ROJO M., *La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ*, cit. 442 ss.; VALDÉS DAL-RÉ F., *El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007*, in *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2/2015, 156; CARRASCO DURÁN M., *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95/2012, 69. Cfr., GARNICA MARTÍN, J. F., *Nulidad procesal sin recurso: Nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso*, in *La Ley*, n. 4/1993, 1041 ss.; BENITO ALONSO, F., *Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa*, in *La Ley*, n. 4/1991, 1113 ss.; ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., *La constitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: la sentencia 185/1990, de 15 de noviembre, y algunas de*

Dalla STC 185/1990, si ricava l'argomento secondo cui la Costituzione esige la previsione di mezzi giurisdizionali che permettano tutelare le violazioni dei diritti fondamentali che siano direttamente imputabili alle decisioni giudiziali definitive. Tali mezzi giurisdizionali possono essere tanto strumenti processuali esperibili in sede ordinaria quanto il ricorso di *amparo* costituzionale. Quest'ultimo, in un sistema che non ammette incidente di nullità, costituisce la unica via di tutela contro le decisioni definitive che avessero leso diritti fondamentali²⁷³.

Consapevole, però, delle inevitabili disfunzioni conseguenti all'eccessivo uso dell'*amparo* costituzionale, soprattutto per denunciare errori materiali o incongruenze ascrivibili alle decisioni giudiziarie definitive, il Tribunale Costituzionale ha, in più occasioni, invitato gli organi giudiziari ad un'interpretazione ampia e flessibile dei requisiti di accesso di taluni strumenti processuali come, ad esempio, la *audiencia al rebelde*²⁷⁴, il ricorso di revisione o la dichiarazione di errore giudiziale²⁷⁵, affinché potessero servire, in determinate circostanze, a riparare violazioni di diritti fondamentali per le quali non sia possibile alcun tipo di ricorso. Nella stessa direzione, la STC 110/1998 precisò che la mancata previsione, a norma dell'art. 240 LOPJ, di una via giurisdizionale per impugnare la "*sentencia definitiva*" doveva considerarsi riferita alle sole sentenze già esecutive.

Tutto ciò, generò una pratica giudiziaria disordinata ed incerta in cui le parti e gli stessi organi giudiziari cercavano di supplire alla mancata previsione di uno specifico strumento processuale per ottenere la nullità delle decisioni definitive incorse in autonome violazioni dei diritti fondamentali mediante un forzato utilizzo di altri mezzi di tutela e, in ultima istanza, del ricorso di *amparo*

sus consecuencias, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n. 1.647/1992, 4984 ss., i quali difendono la posizione secondo cui la Costituzione impone il carattere sussidiario del ricorso di *amparo* in ogni caso.

²⁷³ In questi termini, BELADIEZ ROJO M., *La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ*, cit. 443.

²⁷⁴ SSTC 8/1993, 310/1993, 134/1995, 15/1996, 35/1998.

²⁷⁵ SSTC 185/1990, 97/1992, 82/1995, 184/1995, 5/1997.

costituzionale. Questa situazione di grave incertezza finiva spesso per compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale, specie in sede di *amparo*, per le evidenti difficoltà di rispettare i termini per la presentazione della domanda a causa dell'inappropriato utilizzo di altri mezzi processuali.

In un tale contesto, risultava assolutamente necessario introdurre uno strumento processuale che permettesse agli stessi organi giudiziari di riparare talune violazioni dei diritti fondamentali che, diversamente, avrebbe potuto conoscere il solo Tribunale Costituzionale in sede di *amparo*. Si trattava di stabilire un filtro che avrebbe permesso di limitare il numero sempre crescente delle domande di *amparo*, in particolare di quelle dirette a riparare difetti formali o processuali imputabili direttamente alle decisioni definitive.

Con la Legge Organica 5/1997 il legislatore intervenne sull'originario art. 240 LOPJ, introducendo la possibilità di promuovere in via eccezionale l'incidente di nullità degli atti processuali. La nuova disciplina permetteva di richiedere la nullità delle sole decisioni definitive che, incorrendo in difetti di forma o incongruenza, avessero pregiudicato il diritto di difesa delle parti. La modifica legislativa era chiaramente orientata a dotare lo stesso organo che ha emesso la decisione definitiva di uno strumento processuale semplice e rapido per la riparazione di quelle violazioni dei diritti fondamentali ad essi direttamente imputabili.

Si pensi, nel primo caso, a errori nelle notificazioni o più in generale a errori formali che l'organo giudiziario potrebbe correggere senza entrare nuovamente nel merito della decisione impugnata. Quanto al secondo caso, quello della incongruenza della decisione (*extra-petita*, *supra-petita* o omissiva), si trattò di una scelta legislativa ampiamente criticata in dottrina, non solo perché legittima l'organo giudiziale a entrare nuovamente nel merito di una questione già

conclusa, ma anche perché questa revisione dell'argomentazione giuridica viene affidata allo stesso organo che aveva emesso la decisione impugnata²⁷⁶.

La disciplina dell'incidente di nullità è stata, poi, modificata più volte prima della riforma del 2007 che ne ha ridefinito l'ambito applicativo. Fino ad allora, il legislatore ha realizzato solo interventi puntuali volti a migliorarne la regolamentazione²⁷⁷. In questo contesto, l'incidente di nullità opera come strumento processuale sussidiario, a carattere eccezionale e a cognizione limitata (difetti formali e incongruenza). Solo quando una decisione giudiziaria sia incorsa in difetti di forma o incongruenza, e non sia suscettibile di alcun ricorso ordinario né straordinario, sarà possibile sollecitarne la nullità dinanzi allo stesso organo giudiziale che ha emesso la decisione impugnata.

Con la LO 6/2007 l'incidente di nullità passa ad essere uno strumento di tutela a carattere generale idoneo a sollecitare la nullità delle decisioni giudiziali di unica o ultima istanza, quando queste abbiano violato uno qualunque dei diritti fondamentali richiamati nell'art. 53.2 CE e suscettibili di *amparo* costituzionale. A norma dell'art. 241.1 LOPJ:

“No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

²⁷⁶ CARRASCO DURÁN M., *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 71; DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ I., *La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras*, in *Tribunales de Justicia*, n. 2/1998, 129 ss.; MEDINA FERNÁNDEZ, F., *Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, in *Revista General de Derecho*, n. 643/1998, 3565 ss.

²⁷⁷ Sulla disciplina dell'incidente di nullità sono intervenute anche la Legge Organica 13/1999 e la Legge Organica 19/2003 a seguito della quale l'incidente passa ad essere regolato nell'articolo 241 LOPJ.

La nuova disciplina dell'incidente di nullità è chiaramente legata alla riforma del ricorso di *amparo*. È evidente, infatti, che la scelta di estendere l'ambito applicativo dell'incidente di nullità, facendolo coincidere con quello del ricorso di *amparo*, mira a compensare la diversa scelta di restringere, in tema di diritti fondamentali, l'accesso alla giustizia costituzionale ai soli casi di *especial transcendencia constitucional*. La riforma dell'incidente di nullità vuole, pertanto, assegnare ai Tribunali ordinari un più ampio margine di azione nella tutela dei diritti fondamentali²⁷⁸. Al tempo stesso, la nuova disciplina configura l'incidente di nullità come ulteriore filtro all'accesso al ricorso di *amparo*.

A tal riguardo, occorre rilevare che inizialmente il Tribunale Costituzionale adottò una posizione particolarmente rigorosa. A partire, infatti, dalla STC 105/2001, FJ 4, il Giudice costituzionale considerò l'incidente di nullità degli atti processuali un requisito indispensabile per considerare conclusa la via giudiziale previa. Di conseguenza, ritenne che la mancata interposizione dell'incidente di nullità avrebbe comportato l'inammissibilità dell'eventuale domanda di *amparo* presentata.

Tale orientamento giurisprudenziale si è mantenuto costante nel corso degli anni e anche dopo la riforma del 2007 il *Tribunal Constitucional* ha ribadito la sua posizione in merito alla necessaria interposizione dell'incidente di nullità prima di accudire alla sede costituzionale di *amparo*. In tale prospettiva, particolare menzione merita l'Auto 200/2010 in cui il Tribunale Costituzionale afferma apertamente che “*es necesario para un correcto agotamiento de la vía judicial previa la interposición del incidente de nulidad para denunciar cualquier derecho fundamental que se considere vulnerado siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea*

²⁷⁸ Nell'esposizione dei motivi della LO 6/2007 risulta che la riforma dell'incidente di nullità è finalizzata a “*otorgar a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales*”.

*susceptible de recurso, ello es así tanto si se trata de derechos fundamentales sustantivos como procesales*²⁷⁹. Così interpretato, l'incidente di nullità passa a funzionare come filtro all'accesso e deterrente al ricorso in sede costituzionale. E' evidente, infatti, che l'allargamento delle vie di impugnazione è finalizzato a limitare l'elevato numero di domande di *amparo*.

L'iniziale orientamento costituzionale è stato, poi, rivisto a partire dalla significativa STC 216/2013. Questo cambio giurisprudenziale trova fondamento nell'argomentazione secondo cui l'Auto 200/2010 risolve un caso particolare, quello in cui la violazione del diritto fondamentale, che si chiede di riparare in *amparo*, origina dalla decisione che pone fine al processo e contro la quale non è ammesso ricorso né ordinario né straordinario. In tali casi, l'interposizione dell'incidente di nullità risulta necessaria prima di accedere in *amparo*. Addirittura, l'incidente di nullità potrebbe rappresentare la unica via di tutela se l'*amparo* non fosse ammissibile per carenza della *especial trascendencia constitucional*.

Nella Sentenza 216/2013, il Tribunale Costituzionale precisa che “*el presupuesto procesal del agotamiento no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fuesen imaginables, incluso aquellos de dudosa viabilidad. El agotamiento queda cumplido con la utilización de aquellos que razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos*”. Non si tratta, spiega il Giudice Costituzionale, “*de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición*”²⁸⁰.

Pertanto, si conclude che “*cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento [...] no requiere la necesaria interposición del incidente*

²⁷⁹ V. anche SSTC 41/2010, 44/2011.

²⁸⁰ STC 216/2013, FJ 2. V. anche STC 11/2011; 182/2011.

de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial”,²⁸¹. È evidente il cambio di criterio rispetto alla precedente giurisprudenza che imponeva, in ogni caso, l’interposizione dell’incidente di nullità per considerare conclusa la via giudiziale previa al ricorso di *amparo*. A partire dalla STC 216/2013 il Tribunale Costituzionale mostra una maggiore flessibilità: l’incidente di nullità sarà necessario per concludere la via giudiziale previa al ricorso di *amparo* solo quando è presumibile la sua viabilità e idoneità per la riparazione della violazione denunciata. Ciò, ovviamente, dipenderà dal caso concreto, ma in generale l’incidente di nullità procede per riparare quelle violazioni di un diritto fondamentale che, per essersi prodotte nell’ultima fase del processo, non abbiano già costituito oggetto di dibattito e decisione e per la riparazione delle quali non sia possibile ricorrere ad altro rimedio processuale né ordinario o né straordinario. Qualora, invece, nel corso del processo giudiziale la lesione di un diritto fondamentale è stata denunciata e su di essa l’organo giudiziale ha avuto occasione di pronunciarsi, l’incidente di nullità è manifestamente inammissibile e la parte potrà richiedere tutela dei propri diritti direttamente in *amparo*. L’interposizione di un incidente di nullità manifestamente inammissibile, non avendo l’effetto di interrompere il termine per la proposizione dell’*amparo*, potrebbe addirittura pregiudicare l’accesso in sede costituzionale²⁸².

Va a tal fine precisato che, secondo la giurisprudenza costituzionale, il fatto che l’organo giudiziale dichiari ammissibile un incidente di nullità,

²⁸¹ STC 216/2013, FJ 2.

²⁸² Si veda sul punto, GÓRRIZ GÓMEZ B., *Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)*, in *La Ley*, n. 8275/2014; CARRASCO DURÁN M., *El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007*, cit.; VALDÉS DAL-RÉ F., *El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007*, cit., 163 ss.

nonostante la sua dubbia viabilità, interrompe il termine per la presentazione del ricorso di *amparo*²⁸³. Tale termine inizierà a decorrere dal giorno successivo alla notificazione dell'ordinanza che risolve l'incidente di nullità, indipendentemente dal fatto che questo possa essere rigettato²⁸⁴.

Il Tribunale Costituzionale ha, poi, escluso la necessaria interposizione dell'incidente di nullità nell'ambito del contenzioso elettorale dove evidenti ragioni di celerità del processo e la peculiarità delle situazioni soggettive implicate permettono di ricorrere direttamente in *amparo* senza alcun filtro aggiuntivo al contenzioso amministrativo²⁸⁵.

Diversamente, la giurisprudenza costituzionale esige l'interposizione dell'incidente di nullità prima di accedere in *amparo* in quei casi in cui si volessero accumulare violazioni di diritti fondamentali “risolte” nel processo giudiziale con altre violazioni di diritti fondamentali “prodottesi nell'ultima fase di questo processo”. In tali casi si accumulano pretese che permetterebbero l'accesso diretto al ricorso di *amparo* con altre che, invece, esigono di essere risolte mediante incidente di nullità degli atti processuali. Secondo il Tribunale Costituzionale la parte che vanta pretese di diversa natura deve comunque presentare con anteriorità l'incidente di nullità e solo una volta che questo sia stato risolto potrà presentare un ricorso di *amparo* in cui sarà possibile denunciare tutte le violazioni di diritti che supponga abbia subito nel corso del processo; ovvero, tanto quelle che sono state oggetto dell'incidente di nullità, come quelle che non lo sono state. Nel caso, invece, di contestuale interposizione dell'incidente di nullità e del ricorso di *amparo*,

²⁸³ ARAGÓN REYES M., *El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011, 376.

²⁸⁴ SSTC 148/2003; 76/2009; ATC 35/2011.

²⁸⁵ SSTC 155/2003, FJ 5; 96/2007, FJ 3; ATC 13/2000, FJ 3.

la giurisprudenza costituzionale considera inammissibile il ricorso di *amparo* per mancata conclusione della via giudiziale previa²⁸⁶.

Va comunque rilevato che, nonostante, i tentativi del Tribunale Costituzionale di chiarire in quali casi l'incidente di nullità è necessario per concludere la via giudiziale previa al ricorso di *amparo* e in quali, invece, è possibile ricorrere direttamente alla sede costituzionale, l'istituto continua ad essere particolarmente problematico. L'incertezza giuridica che caratterizza la sua applicazione è, addirittura, aumentata a seguito dell'ultima riforma che ne ha esteso l'ambito applicativo a tutti i diritti fondamentali menzionati nell'art. 53.2 CE. È evidente, infatti, che se l'incidente di nullità costituisce lo strumento processuale finalizzato a riparare quelle violazioni di diritti fondamentali prodottesi nel processo e imputabili direttamente agli organi giudiziali è difficile immaginare che possa essere utilizzato per la tutela di situazioni soggettive diverse da quelle processuali. L'unica ipotesi di lesione di un diritto fondamentale sostanziale che potrebbe aprire le porte ad un incidente di nullità della decisione che pone fine al processo sarebbe quella relativa al principio di uguaglianza nell'applicazione della legge²⁸⁷.

A ciò si aggiungano i dubbi sul carattere non devolutivo dell'incidente di nullità la cui risoluzione spetta allo stesso organo che ha emesso la decisione impugnata. La pratica giurisprudenziale dimostra che difficilmente l'organo giudiziale riconoscerà che è incorso in una violazione di diritti fondamentali e procederà ad annullare la sua decisione. La prova di tale circostanza è data dall'elevata percentuale di casi in cui l'incidente di nullità è dichiarato inammissibile²⁸⁸.

²⁸⁶ SSTC 15/2003; 72/2004; 84/2004; 97/2004; 13/2005; 85/2006; 128/2006; 332/2006; 337/2006; 350/2006; 73/2008; 32/2010; 105/2011; 199/2012; 110/2013.

²⁸⁷ CARRASCO DURÁN M., *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 75 ss.; RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La nulidad de actuaciones (ni «incidente» ni «excepcional»)*, in *La Ley*, n. 8766/2013, 3 ss.

²⁸⁸ Al fine di garantire l'efficacia di un rimedio orizzontale come l'incidente di nullità, ARAGÓN REYES M., *El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al*

Le considerazioni che precedono avvalorano i dubbi prospettati in dottrina sulla reale efficacia del nuovo incidente di nullità quale ulteriore strumento di tutela dei diritti fondamentali esperibile dinanzi ai Tribunali ordinari. L'estensione del suo ambito applicativo più che dotare i Tribunali ordinari di un maggior protagonismo nella tutela dei diritti fondamentali risponde, piuttosto, all'obiettivo di prevedere un ulteriore ostacolo, in aggiunta al requisito della *especial trascendencia constitucional*, all'accesso in *amparo*. La riforma ha, infatti, generato una gran confusione nel sistema di protezione dei diritti fondamentali che si traduce, non tanto nella riduzione delle domande di *amparo*, ma piuttosto in un aumento delle decisioni di inammissibilità per estemporaneità – nei casi in cui fosse presentato un incidente di nullità che non andava proposto - e per mancata conclusione della via giudiziale previa – nei casi in cui non fosse stato presentato incidentedi nullità o questo fosse ancora pendente di risoluzione²⁸⁹.

L'incidente di nullità continua, invece, a rappresentare un efficace strumento di protezione dei diritti fondamentali se utilizzato per la riparazione di violazioni di diritti processuali, ovvero di quelli costitutivi dell'originario ambito applicativo dell'incidente di nullità. Diversamente, questo potrebbe convertirsi in uno strumento inefficace che rischia addirittura di pregiudicare la tutela dei diritti fondamentali.

L'amparo indirecto frente a ley: la nueva cuestión interna de inconstitucionalidad

Tra le novità introdotte dalla LO 6/2007 particolare rilevanza riveste anche la modifica dell'art. 55.2 della LOTC in relazione alla cosiddetta auto-questione o

recurso de amparo, cit., 377, propone di introdurre l'intervento necessario del *Ministerio Fiscal*. Si veda anche RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La nulidad de actuaciones (ni «incidente» ni «excepcional»)*, cit.; CARRASCO DÚRAN M., *El incidente de nulidad de actuaciones, tras la Ley Orgánica 6/2007*, cit., 4 ss.

²⁸⁹ CARRASCO DÚRAN M., *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, cit., 84 ss.

questione interna di incostituzionalità²⁹⁰. La norma disciplina un'ulteriore via di accesso al controllo di costituzionalità della legge in aggiunta ai tradizionali meccanismi di controllo quali sono il ricorso di incostituzionalità [artt. 161.1 a) CE; 2.1 a) e 31 a 34 LOTC] e la questione incidentale [artt. 163 CE; 2.1 a) e 35 a 37 LOTC]. Nella questione interna, infatti, il sindacato di costituzionalità si attiva nel corso di un procedimento di *amparo* quando lo stesso Tribunale Costituzionale, ovvero uno dei suoi organi interni, sospetti che la violazione dei diritti fondamentali denunciata in *amparo* possa discendere dall'interpretazione data alle norme di legge applicate nell'atto che motiva l'istanza individuale di tutela.

Tale figura processuale rappresenta una peculiarità nel quadro europeo dei sistemi di giustizia costituzionale e nello stesso modello spagnolo, dal momento che, se da un lato si esclude la possibilità di istanze individuali dirette contro la legge (cd. *amparo directo frente a leyes*), dall'altro si ammette la possibilità di controllare la costituzionalità della legge in via di *amparo*, ovvero nel corso di un processo attivato da particolari, pur se su iniziativa dello stesso Tribunale Costituzionale. La peculiare configurazione di questa ulteriore via di accesso al Giudice costituzionale non ha mancato, però, di sollevare dubbi tanto sotto il

²⁹⁰ L'espressione auto-questione di incostituzionalità è stata impiegata per la prima volta da GARCÍA de ENTERRIA E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, Madrid 1981, 55. Successivamente è stata acquisita in dottrina. Sul procedimento di controllo della costituzionalità della legge attraverso l'*amparo*, si veda CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, in *Rivista di Diritto politico*, n. 17/1983, 22; URÍAS MARTÍNEZ J.P., *La cuestión interna de incostitucionalidad*, Madrid 1996, 147; BORRAJO INIESTA I., *Amparo frente a leyes (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)*, in *RAP*, n. 98/1982, 174; FIGUERUELO BURRIEZA A., *Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21/1987, 229 ss.; ARAGÓN REYES M., *El sistema español de justicia constitucional*, in ALZAGA O. (a cura di), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid 1988, 194.

profilo del suo inquadramento costituzionale come quello della disciplina processuale²⁹¹.

La questione interna di incostituzionalità costituisce, innanzitutto, una competenza non prevista direttamente nella Costituzione, ma assegnata al Tribunale Costituzionale dalla Legge Organica che ne disciplina il funzionamento. A tal fine, è stato rilevato in dottrina che, pur potendosi comunque ricondurre tale competenza al mandato contenuto nell'art. 161.1 d) CE che permette attribuire al Tribunale Costituzionale “*las demás materias*” che la Costituzione o il legislatore organico decidano, la possibilità che questo attivi dinanzi a se stesso un giudizio di costituzionalità della legge nel corso di un processo sulla tutela dei diritti fondamentali risulta alquanto discutibile, almeno nel contesto della tradizione giuridica continentale, perché attribuisce all'organo di giustizia costituzionale il potere di controllare d'ufficio la legge, senza che ciò sia previsto espressamente nella Costituzione²⁹².

La possibilità che il Tribunale Costituzionale avvii un giudizio di costituzionalità della legge nel corso di un giudizio sulla tutela dei diritti fondamentali è stata messa in discussione anche da quanti sostengono la tesi dell'esclusiva specializzazione funzionale dei processi costituzionali, ma ha suscitato dubbi anche tra quanti, all'opposto, ammettono una circolazione delle tre funzioni della giurisdizione costituzionale (controllo di costituzionalità, tutela dei diritti, risoluzione dei conflitti) nei diversi processi²⁹³.

²⁹¹ HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley? Una revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a leyes*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87/2009, 364 ss.; ARAGÓN REYES M., *Problemas del recurso de amparo*, cit. 141 ss.

²⁹² HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?*, cit. 364.

²⁹³ Si veda sul punto BORRAJO INIESTA I., *Amparo frente a ley*, cit., 168; GARCÍA ROCA J., *La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España*, in PÉREZ TREMPES P. (a cura di), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia 2008, 28 ss.; FIGUERUELO BURRIEZA A., *Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad*, cit., 246 ss.

Va in ultimo rilevata la diversa portata degli effetti, *inter partes* ed *erga omnes* rispettivamente delle sentenze di *amparo* e di quelle di incostituzionalità, che potrebbe risultare rilevante in caso di una eventuale discordanza tra le due decisioni originate da una medesima vicenda contenziosa²⁹⁴.

Quanto alla disciplina processuale, l'originaria formulazione dell'art. 55.2 LOTC stabiliva:

«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»

Come è evidente, la norma disciplinava il meccanismo di controllo della costituzionalità della legge in via di *amparo* separando i due procedimenti. Qualora, infatti, la *Sala*²⁹⁵ fosse giunta alla conclusione che la violazione del diritto fondamentale denunciata in *amparo* non era direttamente imputabile al potere pubblico che aveva emanato l'atto impugnato, ma discendeva dall'interpretazione data alle norme di legge applicate al caso, avrebbe potuto elevare una questione di incostituzionalità al *Pleno* una volta concluso il procedimento di *amparo* ed emessa la relativa sentenza. Il controllo di costituzionalità della legge era, dunque, successivo alla decisione sulla violazione dei diritti fondamentali.

Tale soluzione che, come è evidente, dà precedenza al momento soggettivo della riparazione del diritto rivendicato nel caso concreto, trovava fondamento nell'esigenza di dare una risposta immediata alla domanda di

²⁹⁴ HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?*, cit. 365.

²⁹⁵ Non è escluso che sia il Pleno ad elevare dinanzi a sé stesso la questione di incostituzionalità della legge in applicazione della quale furono emessi gli atti impugnati in *amparo*; circostanza che può verificarsi qualora questo decida di avocare a sé la decisione di *amparo*.

protezione dei diritti fondamentali, ed era chiaramente finalizzata ad assicurare l'effettività delle garanzie giurisdizionali. L'aspetto oggettivo della eventuale espulsione dall'ordinamento di una norma incostituzionale veniva, invece, rinviato ad un momento successivo ed indipendente dal processo di *amparo*, e dalla relativa decisione.

Questo schema ha costituito il principale argomento di critica della questione interna di incostituzionalità²⁹⁶.

La dottrina ha rilevato, in primo luogo, che la previsione di due distinti procedimenti in sequenza successiva, *amparo*-giudizio di costituzionalità, avrebbe potuto portare alla paradossale situazione che, concesso l'*amparo* sulla base della incostituzionalità della legge, il *Pleno* non formalizzasse posteriormente l'incostituzionalità sospettata dalla *Sala*.

In tale prospettiva, va rilevato che nei pochi casi in cui si è fatto uso della questione interna, in conformità all'originaria disciplina, la sentenza di *amparo* ha quasi sempre esercitato una forte influenza sul *Pleno*, condizionando la sua posteriore decisione sulla costituzionalità della legge. Si pensi, ad esempio, alle SSTC 45/1989 (sull'uguaglianza tributaria dei coniugi) e 200/2001 (Uguaglianza dei figli adottivi) in cui il *Pleno* si è limitato a formalizzare l'incostituzionalità già rilevata nella sentenza di *amparo*.

Tuttavia, non sono mancati casi di evidente discrepanza tra le due sentenze. Due sono i casi paradigmatici: la STC 185/1990 che ha risolto diverse questioni interne di incostituzionalità relative alla disciplina dell'incidente di nullità degli atti processuali vigente prima della riforma del 2007; e la STC 48/1995 che ha deciso sulla costituzionalità del sistema di notificazione

²⁹⁶ ARAGÓN REYES, *Problemas del recurso de amparo*, cit. 142 ss.; DÍEZ PICAZO L.M., *Sistemas de derechos fundamentales*, cit., 91; ALMAGRO NOSETTE J., *Justicia constitucional*, Valencia 1989, 385; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, cit. 375. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO F., *El recurso de amparo en España*, cit., 829 ss.

previsto nel processo del lavoro (art. 45 della *Ley de Procedimiento Laboral*).

La prima di esse esaminò la costituzionalità della norma che, nel sistema anteriore alla riforma del 2007, proibiva con carattere generale la possibilità di interporre un incidente di nullità delle decisioni giudiziali di unica o ultima istanza che fossero incorse in autonome violazioni dei diritti fondamentali. La questione interna venne sollevata a seguito di diverse sentenze costituzionali (SSTC 211, 212 e 213/1989) che concedevano *amparo* per violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva considerando lesivo il rigetto dell'incidente di nullità proposto dai ricorrenti nel processo *a quo*. Nello specifico, però, la *Sala Segunda* precisò che tale lesione non era imputabile direttamente all'attività dell'organo giudiziale, ma andava ascritta alla norma di legge che impediva di sollecitare e dichiarare la nullità di decisioni definitive lesive di diritti fondamentali. Per questo, concesso l'*amparo*, la Sala sollevava al *Pleno* questione di incostituzionalità della norma che impediva di dichiarare, in ogni caso, la nullità delle decisioni giudiziali definitive. Dal proprio canto, il *Pleno* rigettò i dubbi di costituzionalità sollevati rispetto alla norma censurata perché considerò che fosse possibile un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione. Secondo l'argomentazione del *Pleno* le norme processuali non vanno interpretate in base ad un criterio testuale, ma ammettono un'interpretazione flessibile e più favorevole alla tutela dei diritti fondamentali. Pertanto, la STC 185/1990 concluse che la norma oggetto di esame non era incostituzionale se interpretata nel senso di consentire l'annullamento di quelle decisioni definitive lesive dei diritti fondamentali.

Anche nel secondo dei casi menzionati (STC 48/1995) il *Pleno* non accolse la questione di incostituzionalità ancora una volta perché considerò che la norma impugnata poteva essere interpretata in conformità alla Costituzione. La questione nasceva da un ricorso di *amparo* per violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva, invocato in relazione al diritto di accesso alla

giurisdizione del lavoro. La domanda denunciava il pregiudizio sofferto dal ricorrente in un processo del lavoro a causa dell'obbligo a questo imposto dalla relativa disciplina processuale (art. 45 LPL) di provvedere alle notificazioni degli atti presentati. La STC 125/1994 concesse *amparo* considerando l'onere del ricorrente di provvedere alle notificazioni degli atti presentati nel processo una misura sproporzionata. Anche in questo caso si riconobbe che la lesione non era imputabile direttamente all'organo giudiziale, ma andava ascritta alla previsione normativa. Di conseguenza, la *Sala* impugnava la sua interpretazione dinanzi al *Pleno*. Il controllo di costituzionalità venne condotto dal *Pleno* su un piano argomentativo distinto da quello della proporzionalità degli oneri gravanti sul ricorrente nel processo del lavoro e culminò con una decisione di carattere interpretativo, in contraddizione con il dispositivo della sentenza di *amparo*. La STC 48/1995, infatti, partendo dal presupposto che il legislatore gode di un'ampia discrezionalità nel definire le esigenze processuali, considerò che non corrisponde al Tribunale Costituzionale sindacare l'adeguatezza e l'opportunità degli strumenti di ordine processuale prescelti, in quanto questa valutazione spetta esclusivamente al legislatore.

I casi esaminati, pur costituendo un'eccezione, rivelano le problematiche dell'originario meccanismo della questione interna di incostituzionalità. In particolare, la possibilità che una legge venga disapplicata nel caso concreto a seguito di una sentenza di *amparo* che collega alla sua incostituzionalità la violazione di un diritto fondamentale, ma rimanga poi pienamente efficace *erga omnes* a seguito della sentenza di *Pleno* che rigetta l'incostituzionalità prospettata in *amparo*. Tale circostanza è difficilmente compatibile con un sistema di giustizia costituzionale di tipo concentrato in cui non si ammette la disapplicazione della legge nel caso concreto da parte dei giudici comuni,

ma si assegna il monopolio di dichiarare, con effetti erga omnes, la incostituzionalità della legge ad un Tribunale costituzionale²⁹⁷.

Questo stato di cose ha spinto la dottrina a sollecitare una riforma della questione interna di incostituzionalità che permettesse un più adeguato inquadramento dell'istituto nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo. Le soluzioni prospettate andavano sostanzialmente in due direzioni. Da un lato, si proponeva una riforma dell'art. 55.2 LOTC che trasformasse l'auto-questione in un vero e proprio procedimento incidentale con effetti sospensivi sul processo di *amparo*²⁹⁸. Dall'altro, si proponeva una modificazione del meccanismo processuale dell'art. 55.2 LOTC che permettesse di elevare al *Pleno* sia la decisione sull'*amparo* che la questione di incostituzionalità, eliminando in tal modo i rischi connessi alla doppia sentenza²⁹⁹.

La Legge Organica 6/2007, di riforma del sistema di giustizia costituzionale, ha trasformato la questione interna di incostituzionalità in una vera e propria questione incidentale dentro del procedimento di *amparo*. Il nuovo articolo 55.2 LOTC, infatti, stabilisce:

«En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con

²⁹⁷ ARAGÓN REYES M., *Problemas del recurso de amparo*, cit. 142; HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?*, cit., 386; URIAS MARTINEZ J. P., *La cuestión interna de incostitucionalidad*, cit., 124 ss.

²⁹⁸ ARAGÓN REYES M., *Problemas del recurso de amparo*, cit., 142; ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional*, cit. 385; OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, cit., 375; DÍEZ PICAZO L.M., *Sistemas de derechos fundamentales*, cit., 91.

²⁹⁹ MIERES MIERES L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Madrid 1998, 114 ss.; ÁLVAREZ CONDE E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid 2005, 417; CRUZ VILLALÓN P., *Acotaciones al proyecto de reforma de justicia constitucional*, in AAVV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006, 75.

suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

Questa soluzione, oltre ad essere stata rivendicata già da tempo in dottrina, costituisce una scelta coerente con le modifiche realizzate nella disciplina del ricorso di *amparo*. Modificata, infatti, la configurazione funzionale del ricorso di *amparo* e privilegiata la sua funzione oggettiva di difesa della Costituzione, non desta particolari problemi il fatto che la domanda di tutela soggettiva possa non ricevere, come in passato, una risposta immediata nel caso in cui si dovesse attendere la definizione di un incidente di costituzionalità.

Secondo la nuova formulazione dell'art. 55.2 LOTC, il dubbio che la violazione di un diritto fondamentale sia imputabile direttamente alla legge, e non ai suoi atti di applicazione, impone alla *Sala*, o eventualmente alla Sezione, di sospendere il processo di *amparo* e di attendere che il *Pleno* si pronunci sulla costituzionalità della legge impugnata. Pertanto, nel nuovo contesto normativo, la funzione di tutela soggettiva non risulta più prevalente rispetto a quella oggettiva di depurazione dell'ordinamento da norme incostituzionali. Solo una volta concluso il controllo di costituzionalità della legge, infatti, il processo di *amparo* potrà continuare.

Per salvare, però, la dimensione soggettiva propria dell'*amparo* ed evitare di compromettere la tutela domandata dalla parte sarebbe auspicabile che l'intervallo di sospensione del termine per emettere la relativa sentenza non sia irragionevole³⁰⁰. In tale prospettiva, una parte della dottrina insiste nell'opportunità che le violazioni di diritti fondamentali imputabili all'incostituzionalità della legge applicata nel caso concreto siano trattate dal Tribunale riunito in *Pleno* e che questo, avvocato a sé il caso, decida, eventualmente in un'unica sentenza tanto sull'incostituzionalità della legge

³⁰⁰ Una simile avvertenza è espressa da CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit., 127 che condiziona alla sospensione del termine per emettere la sentenza di *amparo* la effettività della tutela dispensata in tale sede.

che sull'*amparo*³⁰¹. Ciò, tuttavia, non si è verificato in nessuno dei quattro casi in cui, successivamente alla riforma del 2007, il Tribunale Costituzionale si è trovato a pronunciarsi su una questione interna di incostituzionalità (SSTC 73/2010, 120/2010, 177/2011, 58/2016)³⁰². Anzi, in uno di essi (STC 73/2010), elevata dalla *Sala* questione interna di incostituzionalità, il *Pleno* decise di deferire a quest'ultima anche la decisione sulla costituzionalità della norma impugnata. Tale decisione, pur se conforme alla nuova disciplina sul riparto di funzioni all'interno del Tribunale prevista all'articolo 10 LOTC, non smette di essere alquanto discutibile.

Diversi, invece, sono quei casi in cui il *Pleno*, avvocato a sé il ricorso di *amparo*, sospetti che la violazione dei diritti fondamentali in esso denunciata sia imputabile all'incostituzionalità della legge e, pertanto, sollevi dinanzi a sé stesso la relativa questione interna. Ipotesi di tal genere si sono verificate solo sotto la vigenza dell'originaria formulazione dell'articolo 55.2 LOTC, in cui il processo sulla costituzionalità della legge era successivo a quello sulla lesione dei diritti fondamentali (SSTC 160/1986; 31/2000; 179/2004)³⁰³.

Ad ogni modo, e nonostante la sua espressa previsione normativa, la questione interna di incostituzionalità rappresenta un meccanismo di

³⁰¹ CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional*, cit. 126 ss.; ARAGÓN REYES M., *La reforma de la Ley Orgánica del tribunal Constitucional*, cit., 22. La possibilità di un'unica sentenza ha destato molti dubbi nel mondo scientifico per la differenza di oggetto tra i due procedimenti che, nel caso del controllo di costituzionalità, è rappresentato dalla legge, mentre in quello di *amparo* è rappresentato dall'atto di applicazione della legge.

³⁰² STC 73/2010 sulle sanzioni privative di libertà imposte dall'Amministrazione civile dello Stato; STC 120/2010 sull'esclusione del personale non funzionariale del Corpo di Polizia nazionale dal processo di selezione del Consiglio Nazionale di Polizia; STC 177/2011 sul controllo giurisdizionale delle sanzioni militari disciplinari per contravvenzioni lievi; STC 58/2016 sul sistema di impugnazione delle decisioni dei Cancellieri giudiziari.

³⁰³ STC 160/1986 sulla libertà personale; STC 31/2000 sull'accesso alla giustizia; STC 179/2004 sul divieto di azione particolare e azione civile dei militari contro un superiore gerarchico.

controllo della costituzionalità della legge poco utilizzato nella pratica del Tribunale Costituzionale, sia prima che dopo la riforma del 2007. In trentasei anni di attività, infatti, il Tribunale Costituzionale ha fatto ricorso a tale meccanismo di controllo della costituzionalità della legge in solo quindici occasioni³⁰⁴.

Lo scarso utilizzo da parte del Tribunale Costituzionale dello strumento legale che gli consente di effettuare un controllo formale di costituzionalità della legge “*attraverso*” il ricorso di *amparo* è dovuto in buona parte alla consolidata pratica di eseguire il controllo sulla legge mediante una sua interpretazione “*nella*” sentenza di *amparo*. Si tratta di un controllo di costituzionalità “*atipico*”, in quanto non espressamente disciplinato, e che presuppone, evidentemente, la disapplicazione dell’art. 55.2 LOTC³⁰⁵.

³⁰⁴STC 34/1981, proveniente dalla STC 10/1981 che risolve sul regime di pensione dei funzionari; STC 160/1986, proveniente dalla STC 140/1986 che decide su un caso di protezione della libertà personale; STC 45/1989, proveniente dalla STC 209/1988 che tratta dell’uguaglianza tributaria dei coniugi; STC 9/1990, proveniente dalla STC 243/1988 che risolve un caso di tutela effettiva contro gli atti parlamentari; STC 185/1990, proveniente dalle SSTC 211, 212 y 213/1989 che affrontano il tema della tutela giudiziale effettiva in un contesto di proibizione assoluta dell’incidente di nullità delle decisioni definitive; STC 48/1995, proveniente dalla STC 125/1994 che decide sul sistema di notificazioni processuali nel processo del lavoro; STC 31/2000, proveniente dalla STC 18/1994 che risolve una questione di accesso alla giustizia nel contenzioso militare; STC 149/2000, proveniente dalla STC 103/1996 che decide un caso di tutela giudiziale effettiva rispetto al contenzioso elettorale; STC 200/2001, proveniente dalla STC 46/1999 che decide sull’uguaglianza dei figli adottivi; STC 81/2003, proveniente dalla STC 110/1996 che risolve un problema di uguaglianza nell’amministrazione pubblica valenziana; STC 179/2004, proveniente dalla STC 115/2001 che risolve un caso di infrazioni disciplinari nell’ordine. La STC 179/2004 condusse alla perdita sopravvenuta di oggetto di altre due questioni interne promosse a seguito delle SSTC 157/2001 e 10/2004 e che sollevavano identiche questioni. Successivamente alla riforma del 2007 sono state decise, poi, altre quattro questioni interne: STC 73/2010 sulle sanzioni privative di libertà imposte dall’Amministrazione civile dello Stato; STC 120/2010 sull’esclusione del personale non funzionariale del Corpo di Polizia nazionale dal processo di selezione del Consiglio Nazionale di Polizia; STC 177/2011 sul controllo giurisdizionale delle sanzioni militari disciplinari per contravvenzioni lievi; STC 58/2016 sul sistema di impugnazione delle decisioni dei Cancellieri giudiziari.

³⁰⁵ Si veda sul punto HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley?*, cit., 381 ss.

I casi di controllo *atípico* di costituzionalità della legge sono abbastanza frequenti, anche perché permettono al Tribunale una maggiore flessibilità nel decidere in base alle particolari circostanze del caso concreto³⁰⁶. Ad ogni modo, le sentenze di *amparo* in cui è contenuto anche un giudizio sulla legge sono in generale sentenze interpretative in cui si precisa quale interpretazione delle norme giuridiche applicate al caso il Tribunale consideri rispettoso dei diritti fondamentali e, dunque, della Costituzione. In tali casi, dunque, il controllo di costituzionalità della legge che si considerasse lesiva di diritti fondamentali si risolve nella sua interpretazione effettuata in sede di *amparo*³⁰⁷.

L'interpretazione della legge nella sentenza di *amparo* permette al Tribunale di evitare una dichiarazione formale di incostituzionalità delle norme legislative prospettata in un giudizio avviato su domanda individuale. Si evita in tal modo una dichiarazione che, peraltro, avrà effetti *erga omnes*, diversamente dal giudizio di *amparo* in cui la questione sorge. L'interpretazione conforme contenuta nella sentenza di *amparo* avrà, infatti, effetti limitati al caso concreto, analogamente al giudizio sulla violazione dei diritti fondamentali. Il controllo di costituzionalità eseguito mediante l'interpretazione della legge nella sentenza di *amparo* costituisce una tecnica abbastanza consolidata nella pratica del Tribunale Costituzionale, ma non smette di essere una disapplicazione dell'art. 55.2 LOTC. Ciononostante,

³⁰⁶ *Ibidem*, 386 ss. L'autore cita la STC 111/1993 che risolve un *amparo* per violazione del principio di legalità penale considerando lesiva del principio costituzionale l'interpretazione particolarmente estensiva data dagli organi giudiziari al delitto di intrusismo professionale; e la STC 67/1999 che risolve un *amparo* per violazione del diritto alla tutela giudiziale effettiva considerando lesiva del diritto costituzionale l'interpretazione data dagli organi giudiziari alla disciplina della comparizione in giudizio (art. 3 LEC).

³⁰⁷ *Ibidem*, 391. Per un'analisi esaustiva di tale controllo atipico di incostituzionalità si veda BRAGE CAMAZANO J., *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas")*, in FERRER MacGREGOR E. (a cura di), *Interpretación constitucional*, Città del Messico 2005.

questa giurisprudenza risulta particolarmente utile per conoscere come ha funzionato l'*amparo indirecto frente a ley*.

Osservazioni conclusive

Il ricorso di *amparo* ha rappresentato senza dubbio il principale strumento attraverso cui il Tribunale costituzionale spagnolo ha compiuto la sua opera di costituzionalizzazione dell'ordinamento dopo il lungo periodo del franchismo. Il fatto che l'organo di giustizia costituzionale potesse controllare e tutelare direttamente il rispetto di determinati diritti fondamentali da parte dei poteri pubblici ha permesso l'affermazione di una nuova e più profonda cultura giuridica e giurisdizionale sui diritti fondamentali. Dunque, sebbene l'*amparo* non costituisca una funzione tipica ed essenziale degli organi di giustizia costituzionale, è innegabile che in Spagna, come in altri Paesi europei in cui è previsto un ricorso individuale diretto, questo ha finito per rappresentare il processo costituzionale di maggiore importanza. L'*amparo* costituisce ormai un elemento essenziale ed imprescindibile del sistema di giustizia costituzionale spagnolo che non sarebbe ipotizzabile come tale senza la fondamentale competenza che il Tribunale esercita in materia di diritti fondamentali. L'*amparo* ha rappresentato innanzitutto un fondamentale strumento di tutela soggettiva, in aggiunta alla protezione giurisdizionale che i diritti ricevono in sede ordinaria.

Attraverso l'*amparo* il Tribunale ha anche definito il contenuto delle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti fondamentali, e di quelle ad essi connesse, ma ha anche elaborato l'interpretazione giurisprudenziale di queste, in tal modo adeguando el testo costituzionale alle concrete esigenze della realtà sociale, economica e politica.

Se da un lato, però, l'*amparo* è stato, e continua ad essere, uno strumento processuale di fondamentale importanza per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia dei diritti fondamentali, e più in generale della stessa

Costituzione, dall'altro non può tacersi che esso rappresenta anche il processo costituzionale che ha suscitato maggiori problemi nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo.

Questa problematicità dell'*amparo* è dovuta sostanzialmente al suo sistema di accesso particolarmente ampio che consente a chiunque sia titolare di un interesse giuridicamente rilevante di agire per la tutela giurisdizionale di determinati diritti che potessero risultare lesi dagli atti o dall'attività di qualunque potere pubblico, compreso gli organi appartenenti al Potere giudiziario. L'unica esclusione rilevante dall'oggetto del ricorso di *amparo* è rappresentata dagli atti legislativi, sottratti all'impugnazione particolare diretta analogamente a quanto accade negli ordinari meccanismi di controllo della costituzionalità. Il controllo della legge in sede di *amparo* sarà, dunque, possibile solo in via indiretta mediante l'impugnazione dei suoi atti di applicazione ed eventualmente mediante la proposizione di una questione interna di incostituzionalità. L'esclusione dell'impugnazione particolare diretta contro gli atti legislativi assume una certa importanza rispetto alle cd. leggi provvedimento e leggi auto-applicative, ovvero quelle disposizioni normative indirizzate a determinati soggetti e che non hanno bisogno di atti esecutivi o applicativi per essere efficaci. In tali casi, infatti, i destinatari delle norme che ritenessero lesi per effetto di queste uno o più diritti fondamentali non solo non potranno attivare un giudizio di costituzionalità, essendo riservata la relativa legittimazione a determinati soggetti istituzionali, ma non potranno impugnare le norme nemmeno in *amparo*, non essendoci atti esecutivi o applicativi da poter sottoporre a controllo. Di conseguenza, la scelta di escludere in ogni caso gli atti legislativi dall'oggetto del ricorso di *amparo* è stata criticata in dottrina perché tale restrizione all'accesso rischia di lasciare talune situazioni giuridiche prive di tutela giurisdizionale.

In generale, però, il ricorso di *amparo* è retto da un sistema di accesso particolarmente ampio alla cui configurazione ha contribuito negli anni lo stesso Tribunale Costituzionale. Tale circostanza se da un lato ha permesso al

Tribunale Costituzionale di pronunciarsi sui diversi aspetti dei diritti fondamentali favorendo in tal modo l'affermazione di una nuova cultura giuridica dei diritti costituzionali, dall'altro ha provocato effetti fortemente disfunzionali sul complessivo sistema di giustizia costituzionale. L'*amparo* è stato, infatti, utilizzato nella pratica come una sorta di cassazione universale, piuttosto che come strumento straordinario di tutela delle situazioni soggettive. La crescita esponenziale delle domande di *amparo* ha determinato un enorme sovraccarico di lavoro che ha finito per pregiudicare la complessiva attività del Tribunale Costituzionale. Gli accumuli e i ritardi nei tempi della giustizia costituzionale sono diventati nel corso degli anni di una tale portata da pregiudicare non solo l'effettività della tutela domandata, ma lo stesso ruolo istituzionale del Tribunale Costituzionale. Dunque, l'eccessiva facilità di accedere in *amparo* ha rappresentato allo stesso tempo la ragione del successo di questo istituto processuale e quella della sua profonda crisi funzionale.

In un tale contesto, il legislatore organico ha cercato di porre rimedio alla grave crisi della giustizia costituzionale intervenendo proprio sul sistema di accesso al ricorso di *amparo*, e più in particolare sul suo giudizio di ammissibilità. Gli interventi legislativi che si sono succeduti nel corso degli anni mostrano la tendenza a restringere l'accesso in *amparo* mediante un aggravamento dei requisiti richiesti per la sua proposizione e maggiori filtri nella selezione delle domande degne di una decisione nel merito. Ciò con l'obiettivo di ridurre il numero delle domande di *amparo* e, dunque, di riequilibrare il carico di lavoro all'interno del Tribunale Costituzionale.

L'esempio più evidente della tendenza legislativa a restringere l'accesso in *amparo* è rappresentato dall'introduzione della *especial trascendencia constitucional* tra i requisiti di ammissibilità della domanda.

Nell'attuale contesto normativo, dunque, saranno ammissibili le sole domande di *amparo* che, oltre a soddisfare le condizioni formali e processuali, presentino anche una certa importanza per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione (art. 50 LOTC). Una serie di questi casi sono stati

individuati dal proprio Tribunale Costituzionale nella fondamentale STC 155/2009 che costituisce un'integrazione giurisprudenziale al dato legislativo, dal momento che concorre a specificare il contenuto di un concetto giuridico così generico come è quello di *especial trascendencia constitucional*.

Il nuovo requisito cambia radicalmente la concezione funzionale del ricorso di *amparo* tradizionalmente concepito come uno dei mezzi di tutela soggettiva previsti dal sistema costituzionale di protezione giurisdizionale dei diritti. Nel nuovo *amparo* la dimensione soggettiva della tutela dei diritti risulta decisamente ridimensionata rispetto a quella di difesa oggettiva della Costituzione. Infatti, pur se l'oggetto e la finalità dell'*amparo* continua ad essere la riparazione di una lesione soggettiva, il giudizio di ammissibilità della domanda risulta ora retto da criteri esclusivamente oggettivi.

L'oggettivizzazione del giudizio di ammissibilità non ha mancato di suscitare dubbi sulla sua funzionalità di filtro all'accesso ad una sede di tutela soggettiva, sia pure costituzionale. La scelta del legislatore appare, infatti, eccessivamente rigorosa e rischia di compromettere la tutela giurisdizionale in quei casi in cui l'*amparo* rappresenta la unica via di protezione dei diritti fondamentali. Si pensi, ad esempio, alle violazioni di diritti ascrivibili ad atti parlamentari non legislativi (art. 42 LOTC) e a quelle imputabili a decisioni giudiziali di unica istanza. Nel primo caso, costituendo l'*amparo* la unica via giurisdizionale di tutela dei diritti, il Tribunale Costituzionale ha favorito l'accesso in sede di *amparo* mediante un'interpretazione elastica dei nuovi requisiti di ammissibilità della domanda. Nel secondo caso, l'accesso in *amparo* non è reso più difficile dalla sola *especial trascendencia constitucional*, ma anche dall'incerto ambito applicativo dell'incidente di nullità degli atti processuali.

Va, inoltre, rilevato che l'oggettivizzazione del giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo* realizzata dal legislatore spagnolo è assoluta, dal momento che non consente in nessun caso di valutare la dimensione soggettiva della lesione denunciata ai fini della decisione. Tale circostanza è stata oggetto di critica da parte della dottrina maggioritaria la quale ha sottolineato come la

oggettivizzazione assoluta del tramite di ammissibilità dell'*amparo* potrebbe pregiudicare la tutela giurisdizionale in quei casi in cui l'aspetto importante della questione proposta sia proprio la gravità della lesione e non la sua rilevanza per l'interpretazione, applicazione e generale efficacia della Costituzione.

Considerazioni del genere hanno, ad esempio, indotto il legislatore tedesco a prevedere un criterio di giudizio residuale che tiene conto dell'eventuale lesione soggettiva conseguente ad una decisione di inammissibilità della domanda.

Il legislatore spagnolo ha, invece, escluso la possibilità che la dimensione soggettiva possa essere determinante al momento di decidere l'ammissibilità di una domanda di *amparo*, fermo restando la sua essenzialità al momento della decisione di merito. Tale soluzione punta a recuperare la natura straordinaria del ricorso di *amparo* costituzionale, e dunque a disincentivare la sua proposizione in quei casi che non abbiano un'importanza oggettiva, pur presentando profili soggettivi di rilievo. La questione è stata affrontata dallo stesso Tribunale Costituzionale al momento di definire il contenuto della *especial transcendencia constitucional*. Al riguardo, l'organo di giustizia costituzionale ha escluso apertamente che si possa valutare l'ammissibilità di una domanda di *amparo* tenendo conto dei suoi profili soggettivi. La *especial transcendencia constitucional* è intesa, infatti, come qualcosa di diverso dalla lesione denunciata, che il Tribunale ha provveduto a definire attraverso l'individuazione di un catalogo non esaustivo di casi rilevanti.

È evidente allora che l'interpretazione del nuovo requisito di ammissibilità fornita dal Tribunale Costituzionale è di fondamentale importanza e di estrema delicatezza perché da essa dipende il concreto livello di tutela garantito ai diritti fondamentali in sede costituzionale.

A tal fine, va rilevato che la riforma del giudizio di ammissibilità del ricorso di *amparo*, e in particolare l'introduzione della *especial transcendencia constitucional*, ha permesso di ridurre significativamente i tempi di attesa delle decisioni sull'ammissibilità delle domande di *amparo*. A tale semplificazione

del giudizio di ammissibilità non si è accompagnata anche una significativa riduzione del numero delle domande in entrata. L'*amparo* continua, infatti, ad essere uno strumento processuale largamente utilizzato, nonostante i maggiori requisiti e filtri all'accesso. Pertanto, l'eccessivo uso dell'*amparo*, continua ad essere un fenomeno caratterizzante della giustizia costituzionale spagnola così come continua ad esserlo l'elevata percentuale di domande dichiarate inammissibili. La riforma del 2007, dunque, pur avendo permesso un certo riequilibrio di funzioni all'interno del Tribunale Costituzionale, non ha prodotto l'effetto dissuasorio sperato sul ricorso di *amparo*. Al contrario, l'oggettivizzazione del giudizio di ammissibilità rischia di compromettere il livello di tutela giurisdizionale garantito dalla Costituzione. In definitiva, il sistema di giustizia costituzionale spagnolo ha segnato un passo in avanti, ma l'*amparo* rimane uno strumento processuale estremamente problematico.

Capítulo III

El control de constitucionalidad de leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley

Introducción

El presente Capítulo trata de examinar las problemáticas de acceso a la justicia constitucional en lo relativo a los procedimientos de control de la constitucionalidad de leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El control de la actividad del legislador, en lo relativo a su conformidad al texto constitucional, representa sin duda la competencia más importante ejercida por el Tribunal Constitucional. Se trata de la competencia típica y esencial que prácticamente justifica la existencia misma de todo sistema de justicia constitucional, junto con la de resolución de los conflictos constitucionales. Por el contrario, tal y como se ha visto en el precedente Capítulo, la función de tutela de los derechos constitucional, si bien haya adquirido una posición central en aquellos ordenamientos que la han prevista, no constituye una función imprescindible de los Tribunales constitucionales. En tal sentido, cabe subrayar que, si bien la tutela de los derechos fundamental permite sindicar incluso las decisiones judiciales, solo en los procesos de declaración de inconstitucionalidad el objeto propio del control son las normas legislativas. El mayor calado de los procesos de declaración de inconstitucionalidad reside entonces en permitir a un órgano constitucional, autónomo e independiente, y no representativo, de fiscalizar, y eventualmente anular, el producto de la potestad legislativa, cuando aprecie que esto sea contrario a las normas constitucionales y, por tanto, menoscabe su primacía en el sistema de las fuentes normativas. Es decir, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la

Constitución como norma jurídica fundamental y, al mismo tiempo, define su posición institucional frente al legislador³⁰⁸.

El artículo 29 LOTC enumera dos tipos básicos de procedimientos para promover una declaración de inconstitucionalidad de las normas legislativas: el recurso de inconstitucionalidad, contemplado en el art. 161.1 a) CE y desarrollado en los arts. 31 a 34 LOTC, y la cuestión de inconstitucionalidad, prevista en el art. 163 CE y desarrollada en los arts. 35 a 37 LOTC. El recurso representa la forma de acceso más próxima al modelo originario de jurisdicción constitucional elaborado por Kelsen, pues se trata de una acción constitucional directa que permite a determinados sujetos institucionales impugnar ante el Tribunal Constitucional, y dentro de un plazo, normas legislativas vigentes que consideren contrarias a la Constitución. Diversamente, la cuestión de inconstitucionalidad representa un mecanismo indirecto de control que permite a los jueces y Tribunales, en ocasión de la aplicación de las normas legislativas al caso concreto que han de resolver, solicitar al Tribunal Constitucional su declaración de inconstitucionalidad.

Como es evidente, los dos tipos básicos de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad se distinguen por la diferente manera de instauración del control, directa en el primer caso, e indirecta en el segundo. Además, se suele distinguir el carácter abstracto del recurso - finalizado exclusivamente a la depuración del ordenamiento - y el carácter concreto de la cuestión - funcional también a la resolución del caso en que las dudas de inconstitucionalidad surgieron³⁰⁹.

Sin embargo, dichas circunstancias no deben llevar a pensar que la actividad ejercida por el Tribunal Constitucional tenga un diferente alcance según el tipo de proceso activado, pues el recurso y la cuestión comparten una misma finalidad, la de “*asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de*

³⁰⁸ FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles, Que sais-je?*, Paris 1986, 24.

³⁰⁹ Se vea CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*, cit., 43.

los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites”, de manera que “el objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada” (STC 17/1981, FJ 1).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“aunque la cuestión de inconstitucionalidad deba plantearse ineludiblemente con ocasión de la aplicación de un precepto legal concreto a un caso determinado, el objeto de control es el precepto constitucional en abstracto” (STC 161/1997, FJ 2) y, por tanto, “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 aquella deriva” (STC 238/1992, FJ 1). De tales premisas consigue entonces que “ese carácter concreto de la cuestión al que con frecuencia se ha referido el Tribunal en comparación con el recurso hace referencia tan solo al momento y procedimiento de selección de la disposición formalmente sometida a control de constitucionalidad (el juicio de relevancia del juez del caso a quo), pero no al tipo de control de constitucionalidad que se efectúa de manera abstracta sobre la norma enjuiciada” (STC 161/1997, FJ 2), porque en la misma también subyace “un interés objetivo, por decirlo gráficamente, a la depuración del ordenamiento legal de acuerdo con el parámetro que representa la Constitución como norma fundamental, un interés, además, que trasciende incluso del propio órgano judicial en plantear o no la cuestión ante este Tribunal Constitucional” (ATC 17/1983, FJ 2)..*

Las mismas consideraciones merece también el recurso previo de inconstitucionalidad (art. 79 LOTC) que se diferencia de los dos tipos básicos por el carácter preventivo del control solicitado. En definitiva todos los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, con independencia del

momento y de la forma de activación del control, persiguen la misma finalidad, esto es, *“la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del Ordenamiento a las disconformes con la Constitución”* (STC 14/1981, FJ 4).

Esto implica que el Tribunal Constitucional ejerce un control jurídico sobre normas, y no un control técnico ni de oportunidad. El Tribunal solo juzga la contradicción de las normas legislativas con la Constitución, y en ningún caso la técnica legislativa y la oportunidad política de las normas cuestionadas³¹⁰.

Estas pautas guían la actividad del Tribunal Constitucional en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes y normas equiparadas y, al mismo tiempo, permiten al órgano de justicia constitucional de definir su posición institucional frente al legislador. En tal sentido, si, por un lado, se ha visto que el Tribunal Constitucional no puede sindicar la técnica legislativa ni la oportunidad política de las normas enjuiciadas³¹¹, por el otro, cabe mencionar que se excluye que el legislador pueda dictar normas meramente interpretativas de la Constitución, *“pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos”* (STC 76/1983, FJ 4).

La funcionalidad que el control de constitucionalidad tiene para la garantía del orden constitucional y los equilibrios institucionales permite entender la

³¹⁰ ESPIN TEMPLADO E., *Art. 29*, in REPEJO PAGÉS J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 428 ss.

³¹¹ Ya en la STC 5/1981, FJ 6, se afirmaba que «el Tribunal Constitucional es interprete supremo de la Constitución, no legislador, y solo cabe solicitar de él pronunciamientos sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución»; y en la STC 86/1982, FJ 1, se confirmaba que el juicio del Tribunal Constitucional «se ha de circunscribir a determinar la conformidad con la Constitución de la Ley impugnada. No es, por tanto un juicio de valora acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque este es el campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas, dentro del marco de la Constitución, como corresponde al pluralismo político».

importancia que asume la regulación del acceso ante el Tribunal Constitucional. Al respecto, la determinación de los sujetos legitimados para iniciar uno de los procedimientos de control de la constitucionalidad de las normas legislativas, la selección de los actos susceptibles de fiscalización y la regulación de los requisitos de admisibilidad tiene una importancia primordial, ya que de la solución que se adopte dependerá el concreto funcionamiento del Tribunal Constitucional en cuanto garante de la Constitución. Al respecto, a pesar de la identidad de fines que persiguen el recurso y la cuestión, existen significativas diferencias en lo relativo al modo de iniciación, a los órganos legitimados, a los requisitos requeridos.

En tal sentido, la cuestión de quien puede poner en marcha los procedimientos de control de la constitucionalidad de las normas legislativas es sin duda una de las más relevantes cuando se trata de instituir y desarrollar un sistema de justicia constitucional, pues se trata de elegir los sujetos que pueden cuestionar, ante la más alta instancia jurisdiccional en materia de garantías constitucionales, la adecuación a la Constitución de normas con rango de ley, es decir, producto de la sacrosanta potestad legislativa mediante la que se expresan los representantes del pueblo soberano³¹².

Está claro entonces que quien puede cuestionar la constitucionalidad de las normas de rango legislativo ante el Tribunal Constitucional dispone de un importantísimo poder jurídico y, al mismo tiempo, político, que lo convierte en uno de los más importantes actores del sistema constitucional.

Estas reflexiones permiten entender porque la legitimación para instar un control de constitucionalidad de las normas legislativas está substraída a los particulares y corresponde solamente a sujetos político-institucionales. Esto tanto en recurso de inconstitucionalidad, cuya legitimación se ha reservado solamente a determinadas instituciones, órganos y fracciones de órganos del Estado-aparato, como en la cuestión de inconstitucional, cuyo planteamiento

³¹² Así se expresa TORRES MUÑOZ I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid 2007, 28.

corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales. Al respecto, se ha precisado que, si bien el art. 35.1 LOTC reconoce a las partes del juicio *a quo* un poder de incitación para que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad, esto “*no obliga al órgano jurisdiccional correspondiente a plantear la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por las partes, por lo que si el órgano jurisdiccional no tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, no habrá de plantear la cuestión de inconstitucionalidad*” (ATC 878/1987, FJ único). En el mismo sentido se ha afirmado que “*la cuestión de inconstitucionalidad corresponde en su planteamiento a los órganos judiciales, únicos legitimados para ello, y la decisión de estos, respecto al planteamiento de la cuestión, no afecta al derecho de las partes*”, pues “*en la cuestión de inconstitucionalidad, el interés jurídico protegido es independiente del interés de las partes, al ser un interés objetivo a la depuración del ordenamiento legal*” (STC 67/1988, FJ 7)³¹³.

En lo relativo al objeto del control de constitucionalidad el art. 27 LOTC enumera en detalle las leyes, disposiciones y actos con rango de leyes enjuiciables mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, sin distinguir entre el recurso y la cuestión. Sin embargo, en la práctica el objeto de la cuestión está destinado a ser más restringido, debido al condicionamiento de su planteamiento y admisibilidad a la aplicabilidad de la norma sospechada de ser inconstitucional al caso tratado en el proceso judicial. Dicha circunstancia, por ejemplo, excluye la posibilidad de

³¹³ Asimismo en la STC 228/1998, FJ 2, el Tribunal Constitucional afirmaba que «las partes en el proceso carecen de un derecho al planteamiento de estas cuestiones por tratarse de una facultad atribuida a los órganos jurisdiccionales cuando tengan dudas sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso y, por tanto, cualquiera que sea la razón para no ejercitar dicha facultad, esta negativa no constituye, por sí misma, lesión alguna de la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE (SSTC 159/1997 y 137/1998, AATC 10/1983, 878/1987 y 110/1995)».

poder impugnar mediante una cuestión de inconstitucionalidad normas con eficacia *ad intra*, como es el caso de los Reglamentos parlamentarios³¹⁴.

Por último, cabe destacar que, a pesar de la identidad de fines de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, su disciplina procesal se diferencia tanto en lo relativo a los plazos como a los requisitos de admisibilidad.

De hecho, mientras que el recurso de inconstitucionalidad se ha de formular en principio el plazo de caducidad de tres meses a partir de la publicación oficial de la norma legislativa sospechada de inconstitucionalidad (art. 33 LOTC), el planteamiento de una cuestión no está condicionado a ningún termino, y permite resolver las dudas de inconstitucionalidad que surgiesen en ocasión de la aplicación de las normas al caso concreto examinado en el proceso judicial. Esta conexión con el caso concreto tiene relevancia también en el juicio de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad, ya que su viabilidad resulta condicionada a que la norma cuestionada sea aplicable al caso y que la decisión constitucional sea relevante para la resolución del proceso judicial. Por el contrario, y por su carácter directo, en el recurso de inconstitucionalidad no está previsto un trámite de admisibilidad.

En conclusión, el presente Capítulo desarrolla un estudio sobre las principales cuestiones del acceso al control de constitucionalidad e intenta examinar el concreto funcionamiento del sistema de justicia constitucional a la luz de las concretadas soluciones adoptadas.

314 El diferente modo de iniciación y los diferentes requisitos de admisibilidad entre recurso y cuestión tienen influencia también en aspectos concretos del control de constitucionalidad ejercido como, por ejemplo, la pervivencia del objeto del procedimiento. Se vea al respecto, PARDO FALCÓN J., *Art. 27*, in REQUEJO PAGÉS J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 375 ss.

Sección Primera

El recurso de inconstitucionalidad

La legitimación

El primer tema a examinar en relación con el recurso de inconstitucionalidad es el de la legitimación, es decir, el problema de quien puede poner en marcha un control directo y abstracto de constitucionalidad de las normas legislativas. Se trata de la cuestión más relevante a la hora de estudiar un sistema de justicia constitucional, pues la atribución de la facultad de activar el Tribunal Constitucional a unos u otros sujetos condiciona el funcionamiento y la manera de concebir la jurisdicción constitucional³¹⁵. Es evidente que quien puede interponer un recurso de inconstitucionalidad tiene encomendado un importantísimo poder jurídico y político que lo convierte en uno de los más importantes actores del sistema constitucional, más allá de la relevancia que ya tiene en el sistema institucional³¹⁶.

Según lo establecido en el artículo 162.1 a) CE y 32 LOTC están legitimados para promover un recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas.

De la regulación mencionada se deriva en primer lugar que la legitimación para poner en marcha un control de constitucionalidad de las normas legislativas está encomendada solamente a instituciones, órganos y fracciones de órganos de naturaleza político-institucional, y no a los particulares, a quien no se le

³¹⁵ KELSEN H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*» en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 45/1928, 197 ss.; BABEL G., *Probleme der abstrakten Normenkontrolle*, Berlín 1965, 13.

³¹⁶ Así se expresa TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 29.

reconoce la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes tanto para la defensa de un interés propio como para la defensa de interés general.

Que no hay acción popular directa frente a las leyes lo ha puesto de manifiesto el mismo Tribunal Constitucional, quien muy tempranamente ha afirmado la imposibilidad de que puedan interponer el recurso de inconstitucionalidad sujetos distintos de los mencionados por la Constitución y la LOTC. Así en el ATC 6/1981, FJ 2, se declaraba que *“el art. 162.1 de la Constitución y su derivado al art. 32 LOTC han precisado la concesión de la legitimatio ad causam de manera expresa y concreta [...] adoptándose, por tanto, un sistema de numerus clausus, taxativo y riguroso, que elimina la acción popular directa, y que deja sin derecho de accionar la inconstitucionalidad directamente a los ciudadanos y particulares a título individual y a las agrupaciones y organizaciones de cualquier condición que no sean las antes enumeradas, seguramente en atención a razones de prudencia política y de seguridad y normalidad política”*.

Lo de la acción popular en contra de la ley es una cuestión que viene debatiéndose desde la Constitución del 1931, cuyo art. 123 reconocía legitimación para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales a *“toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada”*. Aunque la norma fue aprobada con el intento de permitir una demanda de inconstitucionalidad de las leyes por parte de particulares, la normativa de desarrollo de este precepto desactivó la posibilidad de introducir un sistema de acción popular en el control de constitucionalidad³¹⁷.

La posibilidad de acción popular en el control de constitucionalidad de las normas legislativas está excluida también en el sistema constitucional vigente, ya que – como ha explicado también el Tribunal Constitucional - este prevé un sistema cerrado y taxativo de legitimación al recurso de inconstitucionalidad.

³¹⁷ TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 30 ss.

Los particulares tampoco pueden cuestionar una norma legislativa mediante un recurso de amparo. Así, como afirma el propio Tribunal Constitucional “*el recurso de amparo constitucional protege los ciudadanos frente a las violaciones originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los Poderes Públicos*” y, aunque la Ley es “*una disposición emanada del Poder Legislativo, la legitimación para impugnarla se reserva a quienes enumera el art. 162.1 a) CE desarrollado por el art. 32 LOTC, quedando sustraída, por tanto, al ataque directo de los ciudadanos, los cuales, sin embargo, cuando invoquen un derecho o un interés legítimo, podrían reaccionar contra los actos de aplicación de la Ley e indirectamente poner así en cuestión la validez de esta, que incluso podrá ser declarada a través del procedimiento previsto en el art. 55.2 LOTC*” (ATC 46/1993, FJ 2).

La exclusión de toda posibilidad de impugnación directa de las leyes por parte de los particulares adquiere relevancia sobre todo en relación con las leyes auto-aplicativas, o sea, aquellas leyes que afecten directamente a determinados destinatarios sin necesidad de actos de aplicación. Frente a dichas leyes los sujetos afectados no gozan de alguna forma de tutela, ordinaria y constitucional, pues no les está permitido ni activar un control de constitucionalidad ni acceder en amparo, con consiguiente grave perjuicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva³¹⁸.

El carácter cerrado y taxativo del catálogo de los sujetos legitimados para iniciar un recurso de inconstitucionalidad, previsto en la Constitución y reproducido igualmente en la LOTC, es demostrado también por el hecho de que, cuando el legislador ha querido reconocer acceso directo al Tribunal Constitucional a otros sujetos, no lo ha hecho extendiendo la legitimación del recurso de inconstitucionalidad, sino introduciendo un nuevo procedimiento de

³¹⁸ Dicha circunstancia ha llevado la doctrina a considerar oportuna una reforma del sistema de amparo que, con exclusiva referencia a las leyes auto-aplicativas, permitiese la impugnación directa de los particulares. Se vea en particular, ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, cit., 1825 ss.

control de las leyes. Esto es el caso, por ejemplo, de las corporaciones locales, cuyo acceso en sede constitucional no se garantiza por medio del recurso de inconstitucionalidad, sino mediante el conflicto en defensa de la autonomía local, que el legislador ha introducido en actuación del mandato que le encomienda el art. 161.1 d) CE.

Entonces la legitimación para iniciar en vía directa un control de constitucionalidad corresponde solamente a los sujetos expresamente mencionados en la Constitución y Ley Orgánica – esto es, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos ejecutivos colegiados y las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas - y no parece admisible que el legislador al amparo de la cláusula contenida en el art. 161.1 d) CE pueda ampliar el ámbito objetivo y subjetivo del recurso de inconstitucionalidad o del recurso de amparo.

Esta solución de atribuir la legitimación solamente a determinados actores políticos de especial relevancia en el ordenamiento constitucional es prueba de la máxima importancia que el recurso de inconstitucional tiene en un sistema que goza de garantías constitucionales y, asimismo, de su naturaleza de remedio extraordinario. Esto justifica una legitimación taxativa y cerrada, y que según parte de la doctrina podría ser incluso más restrictiva, al considerar – como se verá más adelante – la facultad reconocida al Defensor del Pueblo totalmente inadecuada. Al respecto, la doctrina se ha interrogado también sobre la exclusión entre los sujetos legitimados para promover un recurso de inconstitucionalidad del Ministerio Fiscal, que por el contrario sí está habilitado para interponer un recurso de amparo. Esta exclusión encuentra justificación en la posición de subordinación institucional del Ministerio Fiscal al Gobierno, por lo que el reconocimiento del poder de acción al Presidente del Gobierno hace

venir menos la necesidad de la atribución también en favor del Ministerio Fiscal³¹⁹.

Aun así la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad es bastante amplia frente a las soluciones adoptadas en otros sistemas europeos de justicia constitucional³²⁰.

Por último, cabe mencionar que la legitimación se conecta con el estatus constitucional de los sujetos citados y no con sus pretensiones ni intereses propios. Tanto ha afirmado el Tribunal Constitucional en su STC 42/1985, FJ 2, en la que, reiterando la doctrina sentada en la STC 5/1981, FJ 3, se reconocía que *“la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta cualificación política que resulta de su cometido constitucional. No se defiende mediante este recurso ningún interés o derecho propio, sino el interés general y la supremacía de la Constitución, de manera que el ius agendi en que tal facultad consiste, sin conexión alguna con los derechos de que es titular la persona que los ejerce, forma parte de las competencias que corresponden al órgano que se ocupa, o del haz de facultades propias de la representación política que se ostenta. No es la persona física concreta la que, por sí sola o en unión con otras, puede impugnar la constitucionalidad de las leyes, sino el órgano de que la misma es titular o la condición de representante del pueblo de que está investida”*. Es decir, los sujetos que ponen en marcha un recurso de inconstitucionalidad un interés público objetivo, el de la defensa de la Constitución y del orden constitucional (STC 86/1982); y, por lo tanto, lo único que hay que comprobar

³¹⁹ TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit. 33. Cfr. MONTORO PUERTO, *El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional*, en VV.AA. (coord.), *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, 1917 ss.

³²⁰ PÉREZ ROYO J., *La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad*, en VV.AA. (coord.), *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, 2194 habla de una legitimación «configurada en una manera excesivamente amplia».

al momento de la interposición de un recurso es que exista la voluntad efectiva de ejercer esa facultad, y no si subyacen intereses personales o propio.

Hechas estas premisas es oportuno ahora pasar a examinar los distintos supuestos de legitimación regulados en el art. 162.1 a) CE y 32 LOTC. Al respecto, cabe decir que el art. 32 LOTC desarrolla la previsión constitucional en dos apartados, según las restricciones al acceso. En tal sentido, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo y las minorías parlamentarias tienen atribuida la acción de inconstitucionalidad para recurrir cualquier norma legislativa sin alguna restricción, mientras que los legitimados autonómicos previstos al segundo apartado podrían recurrir solamente dentro de las limitaciones impuestas.

La acción de inconstitucionalidad del Presidente del Gobierno

El primer sujeto mencionado en la Constitución y en la LOTC entre los legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad es el Presidente del Gobierno. La atribución al vértice del ejecutivo del poder de recurrir ante el Tribunal Constitucional normas legislativas que considere contrarias a la Constitución ha sido objeto de debate por ser una solución singular frente a otros sistemas de justicia constitucional europeos implantados en regímenes constitucionales similares³²¹. De hecho, ningún sistema parlamentario habilita el solo jefe del ejecutivo para impugnar las normas legislativas, sino que todos reconocen el poder de interponer un recurso de inconstitucionalidad al órgano

³²¹ En sentido crítico se vean DELGADO RAMOS D., *La legitimación del Presidente del Gobierno en la interposición del recurso de inconstitucionalidad*, en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 24/2011, 288 ss.; TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 35 ss. Cfr. En apoyo a la solución examinada ESPIN TEMPLADO E., *Art. 32*, in REQUEJO PAGÉS J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 472 ss.

ejecutivo en su complejo. Por el contrario, prevén una legitimación presidencial los sistemas semi-presidenciales como Francia y Portugal³²².

El reconocimiento al Presidente del Gobierno del poder de impugnar las normas legislativas le confiere un enorme poder jurídico y político que lo convierte en la institución más importante del sistema jurídico constitucional español³²³. Aún más si se considera que el Presidente del Gobierno puede decidir en solitario si impugnar o no una norma legislativa, pues ni la Constitución ni la LOTC exigen que él plantee previamente la cuestión al Consejo de Ministros como, por ejemplo, se requiere en los casos de la disolución de las Cámaras y planteamiento de la cuestión de confianza en los que, a pesar de que las facultades se le atribuyen al Jefe del ejecutivo *nominatim*, la voluntad institucional se considera formada solo si recurre previamente al órgano colegiado.

Al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional es bastante clara en el sentido de que *“cuando los legitimados son órganos monocráticos o unipersonales [el Presidente del Gobierno o el Defensor del Pueblo, art. 32.1 a) y b) LOTC] es evidente que... la simple manifestación de esa voluntad hecha ante nosotros, directamente o a través de representante, basta para entender que la acción de inconstitucionalidad ejercida no adolece de defecto alguno de legitimación”* (STC 42/1985, FJ 2).

La legitimación del Presidente del Gobierno adquiere particular relevancia también porque se trata de una legitimación sin restricciones, igual a lo que ocurre por el Defensor del Pueblo y las minorías parlamentarias, todos mencionados en el primer apartado del art. 32 LOTC. Es decir, en principio estos sujetos pueden recurrir cualquier norma o acto legislativo, tanto del

³²² Por un análisis de derecho comparado se vea DELGADO RAMOS D., *La legitimación del Presidente del Gobierno en la interposición del recurso de inconstitucionalidad*, cit., 294 ss.; TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 36 ss.

³²³ RUBIO LLORENTE F., *Los poderes del Estado*, en RUBIO LLORENTE F. (coord.), *La forma del poder*, Madrid 1997, 176, considera que la concepción que inspira la configuración constitucional del Gobierno es una concepción “cancilleresca”.

Estado como de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, aunque no puede descartarse que el Presidente del Gobierno considere oportuno impugnar normas legislativas estatales, la práctica demuestra que las impugnaciones presidenciales son exclusivamente dirigidas en contra de las leyes autonómicas. Dicha circunstancia encuentra justificación en las dinámicas del sistema político-institucional vigente, pues en un sistema parlamentario, en el que el Jefe del ejecutivo goza de la mayoría en Parlamento, es difícil pensar que este impugne leyes dictadas por la misma mayoría que apoya su gobierno.

Un caso de impugnación presidencial de leyes estatales podría darse en hipótesis de Gobiernos de coalición o minoritarios, pero el supuesto no dejaría de ser excepcional. Asimismo, constituye un verdadero caso de escuela el supuesto en que un Presidente del Gobierno recién investido impugne leyes aprobadas en la legislatura anterior, que fuera dominada por un partido de diferente orientación política a la del nuevo ejecutivo. Al respecto, el corto plazo de tres meses para poder interponer un recurso de inconstitucionalidad hace que el supuesto sea de muy difícil actuación en la realidad.

Por todo lo anterior, se entiende porque la legitimación presidencial ha sido utilizada casi exclusivamente para impugnar las normativas autonómicas. Aún así, la legitimación presidencial no deja de ser bastante controvertida por el elevado riesgo de politización del control de constitucional que conlleva. Es evidente el enorme poder que el Presidente del Gobierno tiene frente a las Comunidades Autónomas, ya que podría utilizar el mecanismo del recurso de inconstitucionalidad para paralizar la actividad normativa en aquellas Comunidades Autónomas de diferente orientación política. Dicho poder del Presidente, como se analizará más adelante, se ve incluso reforzado en virtud del art. 30 LOTC que le permite invocar la suspensión automática del acto impugnado también en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, no solo respecto de actos sin fuerza de leyes de las Comunidades Autónomas (art. 161.2 CE), sino incluso de sus normas legislativas.

La acción de inconstitucionalidad de los órganos ejecutivos colegiados y Asambleas de las Comunidades Autónomas

La legitimación autonómica para interponer un recurso de inconstitucionalidad se encuentra desarrollada en el segundo apartado del art. 32 LOTC al tener una regulación diferente de la de los legitimados estatales.

El legislador orgánico atribuye dicha legitimación en igual medida a los órganos ejecutivos colegiados y Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas, desarrollando en sentido extensivo la regulación constitucional del art. 162.1 a) CE que reconoce solamente “*en su caso*” a los órganos representativos autonómicos el poder de recurrir ante el Tribunal Constitucional.

El reconocimiento a las Asambleas parlamentarias autonómicas de la facultad de interponer un recurso de inconstitucionalidad constituye sin duda una peculiaridad en el panorama de derecho comparado, en el que dicha facultad suele ser atribuida únicamente a los órganos ejecutivos. Solo en Alemania en el 1994 se introdujo un particular procedimiento que permite a las Asambleas representativas de los *Landes* impugnar una ley federal cuando consideren que no se adecua a los requisitos formales y materiales establecidos en la Ley fundamental (art. 93, 2a GG).

No obstante su peculiaridad, la legitimación reconocida a las Asambleas parlamentarias autonómicas para recurrir ante el Tribunal Constitucional ha sido acogida con mucho favor en el mundo jurídico, ya que garantiza a quienes son minorías a nivel nacional, pero mayoría en una determinada Comunidad Autónoma, de tener igualmente acceso directo a la justicia constitucional.

En lo relativo a la legitimación de los órganos ejecutivos cabe subrayar que, contrariamente a lo que ocurre a nivel nacional donde la acción de inconstitucionalidad se pone en manos del solo Presidente, a nivel territorial esta compete al órgano colegiado, conforme a la tendencia europea en la materia.

Cabe también decir que los órganos ejecutivos o representativos de nivel territorial que están legitimados para interponer un recurso de inconstitucionalidad son los de las Comunidades Autónomas. Esta circunstancia ha llevado el Tribunal Constitucional y el mismo legislador orgánico a enfrentarse con una serie de cuestiones relativas al reconocimiento de la legitimación a órganos de realidad jurídicas que no pueden considerarse Comunidades Autónomas o que sea solo asimilables a estas. La primera de ellas se refiere a los territorios forales que tienen reconocidos derechos históricos³²⁴. El Tribunal Constitucional afirmó muy tempranamente que el reconocimiento de los derechos históricos a los territorios forales no conlleva que estos hayan de ostentar la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad o conflicto de competencia (AATC 1021/1987, 1142/1987). Esta situación no ha cambiado mucho tampoco después de la reforma de la LOTC del 2010 que ha atribuido al Tribunal Constitucional la competencia a conocer de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad planteados en contra de las normas forales fiscales. Solo en lo relativo a los conflictos de competencia, la Ley Orgánica 1/2010 reconoce a los territorios forales la legitimación para defender su autonomía frente a normas estatales con rango de ley.

Además de los territorios forales, el Tribunal Constitucional ha rechazado que tuviesen legitimación para interponer un recurso de inconstitucional las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, pues, aunque su norma institucional básica tiene el *nomen iuris* de un Estatuto de Autonomía, el que le confiere un régimen de autonomía singular, estos entes no dejan de ser corporaciones locales, cuyo acceso a la justicia constitucional está garantizado por medio del conflicto en defensa de la autonomía local y no mediante el recurso de inconstitucionalidad (AATC 320/1995, 201 y 202/2000, STC 240/2006)³²⁵.

³²⁴ Se hace referencia a los territorios históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa. Por su parte, el territorio foral de Navarra se ha constituido en Comunidad foral separada, por lo que sus órganos de autogobierno son propios de una Comunidad Autónoma

³²⁵ Cfr. el Voto particular discrepante expresado a margen de la STC 240/2006.

Desde una perspectiva diferente cabe subrayar también que los legitimados autonómicos son exclusivamente órganos de las Comunidades Autónomas, ya que, contrariamente a lo que ocurre a nivel nacional, no se reconoce legitimación al recurso a las minorías parlamentarias, es decir, a una fracción del órgano representativo. Solo los órganos ejecutivos colegiados y Asambleas representativas de las Comunidades Autónomas pueden entonces acceder al recurso de inconstitucionalidad.

Para poder ejercer la acción de inconstitucionalidad el art. 32.2 LOTC requiere expresamente que el recurrente adopte un previo acuerdo al efecto. Se trata de un requisito que ha de ser acreditado ante el Tribunal Constitucional para que este pueda valorar la efectiva voluntad impugnatoria del órgano y proceder a examinar en el fondo la cuestión planteada. A pesar de la expresa previsión contenida en el art. 32.2 LOTC, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar que cuando la acción de inconstitucionalidad es ejercida por uno de los órganos autonómicos es necesaria *“la previa formación de la voluntad impugnatoria de acuerdo con las reglas de procedimiento interno propias del órgano en cuestión, y el recurso no es admisible cuando no se acredita la preexistencia de tal voluntad”* (STC 42/1985, FJ 2). Por ello, la falta de acreditación de la voluntad impugnatoria, *“incluso por quien ostente en términos irreprochables su representación procesal, no puede conducir a un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión cuando, de oficio o a instancia de parte, se advierte su defecto”* (STC 42/1985, FJ 2).

Además del previo acuerdo para la manifestación expresa de la voluntad impugnatoria, el acceso al recurso de inconstitucional de los órganos autonómicos supone también dos limitaciones, pues según lo establecido en el art. 32.2 LOTC estos pueden impugnar leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley solo cuando proceden *del Estado* y *puedan afectar a su propio ámbito de autonomía*.

La restricción al acceso que hace la mencionada regulación ha sido objeto de un importante debate en doctrina y ha constituido también uno de los temas que

mayor interés en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuya interpretación, por tanto, resulta fundamental para entender las concretas posibilidades de acceso a la justicia constitucional permitidas a las Comunidades Autónomas. La cuestión es de particular relevancia si se considera que el art. 162.1 a) CE que regula las bases de la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad no establece ninguna restricción para el acceso a la justicia constitucional de los órganos autonómicos. Esta circunstancia ha llevado a dudar incluso de la constitucionalidad del art. 32.2 LOTC, por no tener ninguna justificación su alcance restrictivo y ser acaso abusivo³²⁶.

En relación con el posible objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los órganos autonómicos el art. 32.2 LOTC limita la facultad de impugnación a las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley *del Estado*. Dicha limitación conlleva dos lagunas en el control de constitucionalidad, pues a los órganos autonómicos se le impide impugnar tanto las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley de otras Comunidades Autónomas como las de la misma Comunidad a la que pertenecen³²⁷. De lo anterior, se entiende que el control de constitucionalidad de la legislación autonómica es puesto en manos exclusivamente de órganos estatales³²⁸. Esta interpretación ha de considerarse taxativa, conforme también a la jurisprudencia constitucional.

³²⁶ Se vea al respecto BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid 2001, 82; GARCÍA MARTÍNEZ M.A., *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid 1992, 157.

³²⁷ PÉREZ TREMPES P., *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad Autónoma: crónica de un precepto perdido*, en *Revista Aranzaldi*, n. 305/1997, 1 ss., examina la exclusión del texto de la LOTC de un tercer apartado del art. 32 en el que se establecía que «los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas están legitimados, en todo caso, para impugnar las leyes, actos y disposiciones con fuerza de ley emanados de las respectivas Asambleas».

³²⁸ Según GARCÍA MARTÍNEZ M.A., *El recurso de inconstitucionalidad*, cit., 162 esta circunstancia podría ser muy disfuncional si difundiese la práctica de interponer recursos de inconstitucionalidad solo en contra de normas dictadas por Comunidades Autónomas de orientación política diferente de la estatal. Por el contrario, RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, en PREDIERI A., GARCÍA de ENTERRIA E. (coord.), *La Constitución española del 1978*, Madrid 1981, 867, apuntan que la exclusión de la posibilidad de impugnar normas de otras

En relación con la regla de la imposibilidad de que los órganos autonómicos impugnen las normas legislativas de la propia Comunidad el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse en la STC 17/1990, FJ 1 de la que resulta que no es posible que “*entre los legitimados para ejercer [el recurso de inconstitucionalidad] frente a las leyes de las Comunidades Autónomas se incluya a los órganos ejecutivos o fracciones de los órganos parlamentarios de las respectivas Comunidades Autónomas*”. Esto a pesar del perjuicio que pudiera derivar tanto a los Gobiernos como a las minorías parlamentarias autonómicos que se encuentren frente a una ley de la propia Asamblea que consideren inconstitucional³²⁹.

En lo relativo a la exclusión de la posibilidad de impugnar la legislación de otras Comunidades autónomas, el Tribunal Constitucional ha asumido una posición más flexible, pues ha rechazado que dicha exclusión pudiera ser aplicada a los Estatutos de Autonomía. En tal sentido ha afirmado que “*la aprobación de los Estatutos de Autonomía por Ley Orgánica no constituye un simple revestimiento formal de una norma propiamente autonómica, sino la incorporación, definitiva y decisiva, de la voluntad del legislador estatal a la configuración de lo que, por su contenido, constituye la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma*” y, por tanto, “*no puede entenderse que el art. 32 de la LOTC haya pretendido excluir este tipo de Leyes de las que pueden ser objeto de recurso por parte de los órganos autonómicos legitimados*” (STC 99/1986, FJ 1).

Salvo este supuesto el único recurso que permite a una Comunidad Autónoma de cuestionar ante el Tribunal Constitucional la actividad normativa de otra Comunidad es el conflicto de competencia. Sin embargo, mediante el conflicto de competencia no se permite cuestionar normas de rango legislativo, pues la única vía para impugnar directamente tanto por razones sustanciales como por

nacionalidades y regiones quiere evita que el Tribunal Constitucional se convierta en el escenario de una guerra de taifas entre Comunidades.

³²⁹ ESPIN TEMPLADO E., *Art. 32*, cit., 484.

razones competenciales las normas legislativas es el recurso de inconstitucionalidad. Por ello, no hay manera para que una Comunidad Autónoma pueda enjuiciar *en vía directa* normas legislativas de otras Comunidades. La fiscalización de dichas normas podrá promoverse solo de forma indirecta, impugnando por la vía del conflicto de competencia los actos de aplicación de la ley para, en su caso, solicitar la transformación procesal del conflicto en recurso prevista en el art. 67 LOTC.

El art. 32.2 LOTC no solo limita la legitimación de los órganos autonómicos a la impugnación de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley *del Estado*, sino que exige que los legitimados autonómicos hayan también un interés específico a la impugnación, debido a que las leyes sospechadas de inconstitucionalidad puedan afectar a su propio ámbito de autonomía. El problema que ha puesto esta previsión legal ha sido principalmente el de definir cuál es el ámbito de autonomía que las Comunidades Autónomas pueden proteger mediante el recurso de inconstitucionalidad. La jurisprudencia constitucional ha concretizado dicho concepto jurídico de manera variable, entendiéndolo primero en un sentido estrictamente competencial y luego de una manera mucho más abierta, de modo que se ha llegado a desactivar totalmente el efecto limitador de la previsión legal.

Al respecto, ha de mencionarse en primer lugar la STC 25/1981, FFJJ 3 e 4, en la que el Tribunal Constitucional afirmaba que *“sin dejar, como es obvio, de participar en la vida general del Estado... las Comunidades Autónomas, como corporaciones públicas de base territorial y de naturaleza política, tienen como esfera y límite de su actividad, en cuanto tales, los intereses que les son propios, mientras que la tutela de los intereses públicos generales compete por definición a los órganos estatales”* y, por tanto *“es coherente que la legitimación para la interposición del recurso de inconstitucionalidad frente a cualquier clase de leyes o disposiciones con valor de ley corresponda solo a aquellos órganos o fracciones de órganos que por su naturaleza tienen encomendada la tutela de los intereses públicos generales (art. 32.1) y que la*

legitimación conferida a los órganos de las Comunidades Autónomas, de acción objetivamente ceñida al ámbito derivado de las facultades correspondientes a sus intereses peculiares, esté reservada a las normas que las afecten (art. 32.2)”.

En esta primera decisión el Tribunal Constitucional interpretaba el ámbito de autonomía como ámbito competencial. Sin embargo, a esta decisión se acompañaba un voto particular discrepante en el que se ponía de manifiesto que el ámbito de autonomía para cuya defensa una Comunidad Autónoma está legitimada a impugnar normas estatales es una expresión “*más amplia que la suma o serie de competencias asignadas en el correspondiente Estatuto y en la Constitución a la Comunidad, pues abarca también la defensa de sus intereses políticos específicos*” (STC 25/1981, VP).

Acogiendo la interpretación expresada en dicho Voto particular, el Tribunal Constitucional procedía a rectificar su inicial posición afirmando que “*la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias si esta expresión se entiende en su sentido habitual, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro. Se extiende objetivamente al ámbito de sus propios intereses peculiares que, evidentemente, se ven afectados por la regulación estatal de una materia acerca de la cual también la Comunidad Autónoma en cuestión dispone de competencias propias, aunque distintas de las del Estado. El haz de competencias de la Comunidad Autónoma, plasmación positiva de su ámbito propio de autonomía, es, simplemente el lugar en donde ha de situarse el punto de conexión entre el interés de la Comunidad y la acción que intenta, pero el objetivo que esta persigue, la pretensión a la que da lugar, no es la preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la*

depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional” (STC 84/1982, FJ 1)³³⁰.

Desde este momento el Tribunal Constitucional abandona el criterio de la conexión *competencial* para adoptar un criterio de conexión *material* que implica una interpretación extensiva del alcance de la legitimación autonómica en el recurso de inconstitucionalidad³³¹. Dicha rectificación se hace aún más evidente en la STC 199/1987, FJ 1, en la que se afirma que “*la legitimación de las Comunidades Autónomas para interponer el recurso de inconstitucionalidad no está al servicio de la reivindicación de una competencia violada sino de la depuración del ordenamiento jurídico, y en este sentido, dicha legitimación se extiende a todos aquellos supuestos en que exista un punto de conexión material entre la Ley estatal y el ámbito competencial autonómico, lo cual, a su vez, no puede ser interpretado restrictivamente...por ello, la exigencia específica de posible afectación a su propio ámbito de autonomía no puede ser interpretada de forma restrictiva, sino a favor del reconocimiento de la legitimación. En definitiva, la Comunidad Autónoma que recurre contra una Ley del Estado está legitimada para actuar no solo en defensa de su propia competencia en la materia, sino también para la depuración objetiva de ese orden jurídico que regula*”³³².

La mencionada flexibilización de la interpretación constitucional sobre el límite del ámbito propio de autonomía ha evolucionado “*hasta el extremo de que, al día de hoy, puede afirmarse que los condicionamientos materiales a la legitimación de las Comunidades Autónomas para impugnar leyes del Estado constituyen una verdadera excepción*” (STC 48/2003, FJ 1)³³³.

³³⁰ Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTC 63/1986, 99/1986, 26/1987.

³³¹ CANOSA USERA R., *Legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Madrid 1992, 69 ss.

³³² Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTC 56/1990, 62/1990 y 28/1991.

³³³ Cabe hacer referencia también a la STC 194/2004 en la que, si bien por un lado se reitera la consolidada tendencia de admitir la legitimación de las Comunidades Autónomas, por el otro parece hacerse la salvedad de que una Comunidad Autónoma

En definitiva, el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de un papel activo en la depuración del ordenamiento jurídico en todos los ámbitos en los que exista una conexión con sus actividades, ha permitido al Tribunal Constitucional desactivar progresivamente la limitación impuesta por el art. 32.2 LOTC y llegar hasta el punto de que hoy resultaría muy difícil negar la legitimación autonómica respecto de cualquier ley estatal.

Asimismo, reconocido que las Comunidades Autónomas persiguen con el recurso de inconstitucionalidad - igualmente a los legitimados estatales – un interés público objetivo, y no un interés propio, sería aconsejable una evolución también de la jurisprudencia constitucional relativa al objeto de la impugnación autonómica.

En conclusión, cabe decir que, a pesar de las limitaciones legales impuestas, la legitimación autonómica resulta utilizada con frecuencia, en particular por aquellas minorías a nivel nacional que, no llegando a cumplir los requisitos requeridos para la interposición del recurso, y siendo mayoría en una determinada Comunidad Autónoma, utilizan dicho mecanismo a través de los órganos autonómicos.

La suspensión de los preceptos impugnados y la controvertida asimetría entre Estado y Comunidades Autónomas

Una vez examinada la legitimación del Presidente del Gobierno y la de los órganos autonómicos, y antes de pasar a tratar de los demás sujetos legitimados, es oportuno ahora abordar también otro tema de especial relevancia como es el de la suspensión de la eficacia de ley por su impugnación ante el Tribunal Constitucional. Se trata de un tema particularmente controvertido tanto en doctrina como en jurisprudencia, ya que la suspensión cautelar contrastaría con la presunción de constitucionalidad de las leyes que se deriva del principio

no podría impugnar una ley del Estado si esta afecta exclusivamente a otra Comunidad Autónoma [FJ 2 b)].

democrático. El mismo Tribunal Constitucional afirmaba que “*toda suspensión de la eficacia de la ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional*” (STC 66/1985, FJ 3)³³⁴. Por ello, las facultades de suspensión son estrictamente tasadas, pudiendo el Tribunal Constitucional actuar únicamente dentro de los límites fijados por su Ley Orgánica³³⁵.

Al respecto, el art. 30 LOTC excluye como regla general que la admisión a trámite de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad pueda conllevar la suspensión de la vigencia o de la eficacia de la ley, disposición o acto con fuerza de ley.

Sin embargo, el mismo art. 30 LOTC prevé una salvedad en favor del Gobierno Nacional, a quien se le reconoce, por medio de su Presidente, la posibilidad de solicitar la suspensión de la ley impugnada, amparándose en lo dispuesto por el art. 161.2 CE. La invocación expresa en la demanda del art. 161.2 CE produce la suspensión automática de la ley impugnada, sin que sea necesario una argumentación de parte ni una valoración del Tribunal Constitucional³³⁶

Como se verá más en detalle en el próximo Capítulo, el art. 161.2 CE habilita el Gobierno Nacional para impugnar disposiciones y resoluciones *sin fuerza de ley* adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. Se trata de una autónoma vía de impugnación, de una técnica residual y de cierre, que permite al Estado controlar la actividad normativa de las Comunidades Autónomas en aquellos supuestos en los que los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad hayan perdido su funcionalidad³³⁷.

³³⁴ Se vea también los más recientes AATC 229/2014, FJ 2; y 267/2014, FJ único.

³³⁵ Se vean AATC 462/1985, FJ único; 141/1989, FJ 2; 39/2002, FJ 4; y 58/2006, FJ 4; 90/2010, FJ 2; y 132/2011, FJ 2).

³³⁶ ATC 132/2011, FJ 2.

³³⁷ Esta es la posición expresada por MUÑOZ MACHADO S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1984, II, 304. Se vean también VECINA CIFUENTES J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993, 124 ss.; NAVARRO MUNUERA A. E., *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el art. 161.2 de la Constitución*, en *Revista de Administración pública*, n. 114/1987, 201 ss.

La impugnación ex art. 161.2 CE produce la suspensión automática de la disposición o resolución recurrida, aunque por un plazo de cinco meses, término dentro del cual el Tribunal deberá decidir si ratificar o levantar la suspensión invocada. A su vez, la LOTC permite al Gobierno invocar el art. 161.2 CE, es decir, la suspensión automática también de las disposiciones, resoluciones o actos que fueran objeto de recurso y cuestión de inconstitucionalidad (art. 30) o conflicto de competencia (64).

La suspensión es una facultad discrecional del Gobierno y se produce con la sola invocación del art. 161.2 CE en la demanda, sin que sea necesario alegar ninguna motivación o justificación al respecto.

Lo que hace, entonces, el art. 30 LOTC es extender a los casos de impugnación presidencial de las leyes la posibilidad de que se invoque, con efecto automático, la suspensión de la eficacia de los preceptos impugnados. Si al respecto se considera, como ya se ha visto precedentemente, que en consecuencia de las dinámicas del sistema parlamentario el Presidente del Gobierno impugna solo leyes autonómicas, se puede concluir que lo que hace el art. 30 es poner en manos del Gobierno también la suspensión de las leyes autonómicas, más allá de aquella de otros productos de la actividad normativas de las Comunidades Autónomas.

En definitiva, conforme a lo establecido en la LOTC (art. 30, 62, 64, 65, 76 y 77), la impugnación suspensiva del artículo 161.2 CE puede utilizarse como autónomo mecanismo procesal en relación con disposiciones y resoluciones sin fuerza de ley; en vía de excepción en relación con disposiciones normativas con fuerza de ley impugnados en recursos o cuestiones de inconstitucionalidad y, por último, en relación con las disposiciones, resoluciones y actos objeto de conflictos positivo de competencia instados a instancia del Estado.

Por el contrario, no hay manera de que los órganos autonómicos, a quien corresponde la impugnación exclusivamente de leyes estatales, puedan solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados (AATC 141/1989,

128/1996, 266/2000 y 58/2006)³³⁸. El Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal; y esto tanto si la suspensión se refiere a la ley en su conjunto como a los preceptos que la integran (ATC 90/2010, FJ 3). A su vez, la suspensión de disposiciones estatales no legislativas, aunque posible, nunca es automática, sino que resulta condicionada a la alegación de *perjuicios de imposible o difícil reparación*, y estos han de ser apreciados *libremente* por el Tribunal Constitucional (art. 64.3 LOTC).

Sin embargo, lo que aquí interesa tratando del control de constitucionalidad de las leyes es la suspensión de estos productos normativos, por lo que se procederá a examinar solo esta posibilidad, sin entrar en el fondo de la cuestión de la suspensión cautelar en los procesos ante el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, se considere en primer lugar que la lectura extensiva de las facultades de suspensión que el art. 161.2 CE reconoce al Gobierno Nacional, que incluya también la legislación autonómica, ha sido posible en virtud de la indeterminación del tenor literal de la previsión constitucional, la que no especifica la naturaleza de las disposiciones y resoluciones susceptible de suspensión automática. Esta indeterminación, además de generar dudas sobre la configuración del mecanismo de impugnación previsto en el art. 161.2 CE, dejaba a la interpretación del legislador orgánico la determinación del efectivo alcance del poder estatal de bloquear, por medio de la suspensión, la actividad normativa de las Comunidades Autónomas³³⁹.

Sin embargo, la lectura extensiva del art. 161.2 CE realizada por el legislador orgánico, ha sido objeto de muchas críticas hasta el punto de que una parte de la

³³⁸ Igualmente no podrán solicitar la suspensión de las leyes estatales tampoco los demás legitimados, es decir, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados y 50 Senadores.

³³⁹ No ha de sorprender entonces que también las primeras interpretaciones doctrinales del art. 161.2 CE fuesen discordantes. Se vean RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, en *Revista de Estudios políticos*, n. 7/1979, 165 ss.; FERNÁNDEZ T.R., *Reflexiones en torno al art. 161.2 de la Constitución*, en *Boletín del Departamento de Derecho político UNED*, n. 3/1979, 8 ss.

doctrina ha llegado a dudar de la misma constitucionalidad del art. 30 LOTC³⁴⁰, pues introduce una evidente asimetría entre Estado y Comunidades Autónomas en el control de constitucionalidad de las leyes.

La inclusión de las leyes entre las disposiciones normativas susceptibles de suspensión automática no era la única solución interpretativa ni la más conforme al texto constitucional, si se considera que, por ejemplo, cuando el constituyente ha querido referirse a disposiciones de rango legislativo lo ha hecho expresamente. En consecuencia, frente a las dudas que plantea el art. 161.2 CE hubiera sido más apropiado no concretizar su alcance en un sentido que incluye también las leyes, toda vez que esta interpretación extensiva conlleva una situación de supremacía de la ley estatal – nunca susceptible de suspensión – frente a la ley autonómica – susceptible de suspensión a discrecionalidad del Gobierno³⁴¹.

La suspensión de las leyes autonómicas es sin duda un mecanismo de control político, produciéndose en vía automática con la sola invocación del art. 161.2 CE. Sin embargo, esta no deja de ser también una verdadera medida cautelar, pues en el plazo de cinco meses el Tribunal Constitucional ha de acordar el mantenimiento o levantamiento de la misma, y esta decisión ha de adoptarse conforme a los criterios utilizados en los casos de suspensión no automática, esto es, analizando *los perjuicios de imposible o difícil reparación* que pudieran resultar del mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la ley objeto del recurso o cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, aunque el Gobierno tiene

³⁴⁰ Se vean VECINA CIFUENTES J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit. 130 ss.; RODRÍGUEZ ALANA J.F., *La suspensión de leyes autonómicas por la vía del artículo 161.2 de la Constitución*, en *La Ley*, n. 1/1989, 954 ss.; VV.AA., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1985, 477; MUÑOS MACHADO S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, cit., 374; MUNUERA A.E., *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el art. 161.2 de la Constitución*, cit. 201; RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, cit. 866.

³⁴¹ MEDINA GUERRERO M., *Art. 30*, in REQUEJO PAGÉS J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 447.

la posibilidad de bloquear toda actividad normativa de las Comunidades Autónomas, esta supremacía estatal se redimensiona frente a la intervención del Tribunal Constitucional cuyas decisiones responden a criterios jurídicos y no políticos. Aun así, no hay duda de que el Gobierno tiene un monopolio de la suspensión automática³⁴². Esta circunstancia podría ser muy disfuncional, pues puede conducir a que se suspenda la aplicabilidad de una ley autonómica plenamente constitucional, mientras que no se permite suspender una ley estatal, aunque existan dudas razonables de su inconstitucionalidad.

En esta perspectiva, tocará al Tribunal Constitucional evitar dicha disfuncionalidad, pues a este corresponde decidir sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión, y esta decisión ha de ser adoptada en el plazo máximo de cinco meses. Así, por ejemplo, en el ATC 460/84 se afirmaba que *“la persistencia de la suspensión, que impide el normal despliegue de la eficacia de las leyes y demás disposiciones, ha de aplicarse cautelarmente, porque no puede ser equivalente a un bloqueo de las potestades de las Comunidades Autónomas”*. La previsión de un plazo máximo para decidir sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión reduce los posibles efectos disfuncionales que los tiempos de la justicia constitucional puedan tener sobre la aplicabilidad de las leyes objeto de control de constitucionalidad.

La legitimación del Defensor del Pueblo

Volviendo al primer apartado del art. 32 LOTC lo que llama mucho la atención es el hecho de que el segundo sujeto legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad, después del Presidente del Gobierno, es el Defensor del Pueblo, o sea el alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales (art. 54 CE). Esta legitimación para iniciar un recurso

³⁴² En estas palabras se expresa TOLIVAR ALAS L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981, 171.

de inconstitucionalidad se añade a aquella que la misma Constitución reconoce al Defensor del Pueblo en materia de amparo [art. 162.1 b) CE].

Se trata de un supuesto de legitimación sin duda peculiar e inusual en el panorama de derecho comparado, donde no se conocen muchos casos en los que el órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales adquiere también una función de defensa de la Constitución en su totalidad³⁴³.

Asimismo, se trata del supuesto de legitimación más criticado, pues reconoce a un órgano auxiliar de las Cortes Generales la posibilidad de impugnar sus propias normas legislativas. Esta circunstancia conlleva el evidente riesgo de que el órgano se transforme en un órgano político incontrolable, sobre todo en consecuencia de un uso inadecuado de las facultades reconocidas³⁴⁴.

Tampoco se puede compartir la argumentación de quien considera que la legitimación del Defensor del Pueblo permitiría a los ciudadanos, por medio de una queja, solicitar, aunque solo de manera indirecta, a la iniciación de un recurso de inconstitucionalidad³⁴⁵. Por un lado, porque como hemos visto en principio la regulación del recurso de inconstitucional excluye radicalmente toda posibilidad de acción popular; y, por otro, porque el Defensor del Pueblo puede activar un proceso constitucional con base en una decisión personal del titular del órgano, sin mediación de petición alguna. Además, tratándose de un

³⁴³ Los únicos casos similares en Europa son el del Proveedor de Justicia portugués y de la Fiscalía del Pueblo austriaca. Otros ejemplos de *Ombudman* legitimados a instar un control de constitucionalidad se encuentran en latino-América. Se vean CARBALLO ARMAS P., *Constitución y derechos de los extranjeros. La posición del Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad*, en MIRAUT MARTÍN L. (coord.), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid 2004, 210; ROVIRA VIÑAS A., *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Navarra 2002, 749 ss.

³⁴⁴ TORRE MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 42, define la legitimación del Defensor del Pueblo como chocante y claramente inadecuada. Se vea en los mismos términos GARCÍA CARRERO J., en VV.AA., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid 1992, 190; RUIZ-GIMÉNEZ J., *Defensor del Pueblo. Recursos ante el Tribunal Constitucional. 1983-1987*. Madrid 1987, 6 ss.; GIL ROBLES A., *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Madrid 1981, 314.

³⁴⁵ PÉREZ-UGENA M., *El Defensor del Pueblo en los procesos de tutela constitucional*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 84/1995, 349.

órgano unipersonal no se impone ningún proceso de formación de la voluntad impugnatoria y, si bien existe un procedimiento formal e informal dentro del órgano, basta con su actuación ante el Tribunal Constitucional para que sus facultades se consideren ejercidas correctamente.

A pesar de las críticas a esta legitimación, por el evidente riesgo de politización de la institución y del mismo control de constitucionalidad, cabe señalar que los titulares del órgano han venido utilizando sus facultades con mucha cautela. De hecho, han sido muy pocas las veces en que el recurso de inconstitucionalidad se ha activado a instancia del Defensor del Pueblo. Además, las sentencias recaídas en recursos de inconstitucionalidad interpuestos a instancia del Defensor del Pueblo son en su mayoría estimatorias. Esto prueba un uso correcto de la legitimación de la que se trata, que ha permitido mantener inalterados los delicados equilibrios institucionales que entran en juego cuando se inicia un recurso de inconstitucionalidad.

A pesar del uso limitado que los titulares del órgano han hecho de la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha tenido igual la oportunidad de pronunciarse sobre una cuestión de particular relevancia, la de los márgenes de esa legitimación. La cuestión que se planteó en doctrina es si la legitimación que ostenta el Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad deba entenderse limitada al sector material de los de los derechos fundamentales de los que es garante (Título I de la Constitución) o puede retenerse ilimitada como la de los demás sujetos mencionados en el primer apartado del art. 32 LOTC. En el primer caso el Defensor del Pueblo podría interponer un recurso de inconstitucionalidad exclusivamente en contra de aquellas normas legislativas que considere lesivas de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución. En el segundo caso, le sería reconocida la posibilidad de impugnar toda norma legislativa. Esta orientación se fundamenta en una interpretación literal de los preceptos constitucionales y legislativos, los cuales regulan la legitimación del Defensor

del Pueblo sin prever limitación alguna, y en particular sin condicionarla a su haz de competencias³⁴⁶.

Esta última orientación es la que ha acogido también el Tribunal Constitucional al afirmar que “*los arts. 162.1 a) de la Constitución y 32.1 de la LOTC reconocen la legitimación del Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad sin sujetarla a límites o condiciones objetivas de ningún tipo*” (STC 150/1990, FJ 1). Esta interpretación ha sido ratificada en la posterior STC 274/200, FJ 2 en la que el Tribunal concluía que “*con independencia de la cualidad del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I, su legitimación al respecto ha de entenderse en los mismos términos y con la misma amplitud que la del resto de los sujetos contemplados conjuntamente en los arts. 162.1 a) CE y 32.1 LOTC*”.

La acción de inconstitucionalidad de las minorías parlamentarias

Los arts. 162.1 a) CE y 32.1 LOTC atribuyen la legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad también a cincuenta Diputados y cincuenta Senadores. En tal caso, la acción de inconstitucionalidad se reconoce a una determinada fracción del Congreso y del Senado. Esta fracción no

³⁴⁶ Según ARAGÓN REYES M., *Comentario al art. 162. Legitimación en los procesos constitucionales*, en ALZAGA O. (coord.), *Comentarios a la Constitución española del 1978*, Madrid 1999, 260, la limitación de las facultades de impugnación del Defensor del Pueblo a su haz de competencias es implícita a la normativa correspondiente. Cfr. FERNÁNDEZ-VALMAYOR C., en VV.AA., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, cit., 210 para quien «el carácter objetivo de la posición del defensor del Pueblo se manifiesta muy claramente en su legitimación en el recurso de inconstitucionalidad. Porque si no fuese un “Defensor de la Constitución”, además que “del Pueblo”, el ámbito de su legitimación para interponer el recurso de inconstitucionalidad debería consecuentemente limitarse a un determinado ámbito. Pero tal legitimación no tiene en la Constitución, como sabemos límite alguno. Es este hecho precisamente el que posibilita jurídicamente el que el Defensor del Pueblo aparezca como Defensor de toda la Constitución».

necesariamente coincide con los grupos parlamentarios constituidos, pues ha de tratarse de una agrupación ocasional de parlamentarios, eventualmente de diferente orientación, que, en número no inferior a cincuenta, se unen para llevar adelante la impugnación de determinadas normas legislativas. Sin embargo, la práctica demuestra que este mecanismo constituye una útil herramienta en manos del principal partido o partidos de oposición. No tratándose pero ni de grupos parlamentarios ni de partidos políticos, sino que de un nuevo sujeto jurídico surgido en seno al órgano colegiado con el específico fin de iniciar un recurso de inconstitucionalidad, habrán de respectarse unas precisas condiciones de formación y acreditación de la voluntad impugnatoria para que la acción de inconstitucionalidad ejercida no sufra de defecto alguno de legitimación.

En esta perspectiva, la legitimación de las minorías parlamentarias ha planteado cuestiones teóricas de gran relevancia que han llevado el Tribunal Constitucional a dictar una amplia jurisprudencia, de particular interés propio por su incidencia sobre el acceso a la justicia constitucional.

Aunque se trate de un supuesto de legitimación que ha dado origen a una amplia jurisprudencia, relativa sobre todo a la formación de la voluntad impugnatoria y a la representación procesal para actuar ante el Tribunal, no hay duda de que la elección del constituyente de permitir a las minorías parlamentarias de iniciar un proceso constitucional sobre normas legislativas es adecuada y seguramente benéfica para el sistema en su conjunto³⁴⁷.

Lo prueba también el hecho de que, diversamente de la legitimación presidencial y de la del Defensor del Pueblo que constituyen supuestos

³⁴⁷Se vean MONTILLA MARCOS J.A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid 2002, 86 ss.; REQUEJO PAGÉS J.L., *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Barcelona 2000, 148 ss.; SÁNCHEZ NAVARRO A., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid 1995, 45 ss.; LÓPEZ AGUILAR J.F., *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid 1991, 223 ss.; JIMÉNEZ CAMPO J., *El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, en JIMÉNEZ CAMPO J., RUBIO LLORENTE F. (coord.), *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998, 71 ss.

peculiares del sistema español, la atribución a las minorías parlamentarias del poder de solicitar un control de constitucionalidad de las normas legislativas constituye un rasgo típico en los sistemas europeos de justicia constitucional, con la sola excepción de Italia, cuya situación ha recibido muchas críticas en doctrina³⁴⁸.

La legitimación de las minorías parlamentarias se vincula directamente a la democracia pluralista, pues permite prolongar, siempre que se le dote de contenido jurídico-constitucional, el debate político que se produce en las Cámaras ante la suprema instancia jurisdiccional en materia de garantías constitucionales. Por ello, la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad representa el más importante mecanismo de integración de los grupos políticos minoritarios.

Sin embargo, esta interpretación de la legitimación de las minorías parlamentarias no es unánime, y se acompaña a unas voces críticas que apuntan el riesgo de politización de la jurisdicción constitucional, el peligro de que el Tribunal Constitucional se convierta en un colegislador y el hecho de este mecanismo constituya una forma más de obstruccionismo³⁴⁹.

En relación con lo anterior, cabe subrayar, en primer lugar, que no todas las agrupaciones parlamentarias están habilitadas al recurso de inconstitucionalidad, pues la relativa acción compete solo a una fracción cualificada del órgano colegiado que ha de componerse de un número mínimo de cincuenta diputados o senadores. Este límite garantiza el acceso a la justicia constitucional a las solas agrupaciones que tengan una representación bastante relevante, mientras que quedan excluidos los grupos muy minoritarios. Estos podrán llegar igualmente al Tribunal Constitucional, pero no de manera directa,

³⁴⁸ TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 49 ss. Con referencia al caso italiano se vean D'ORAZIO G., *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*, Milán 1996; BIENTINESI F., *Il ricorso delle minoranze parlamentari alle Corti costituzionali*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 2727 ss.

³⁴⁹ BIENTINESI F., *Il ricorso delle minoranze parlamentari alle Corti costituzionali*, cit., 2730 ss.

sino de forma indirecta a través de los órganos autonómicos en los que tengan la mayoría para poder actuar en la sede constitucional. El límite cuantitativo es garantía suficiente también del interés objetivo a resolver la cuestión planteada mediante el recurso de inconstitucionalidad.

En lo relativo al riesgo de politización de la jurisdicción constitucional puede señalarse que los criterios de actuación del Tribunal Constitucional son completamente diferentes de los practicados en las Asambleas políticas. Por lo tanto, aunque el tema planteado es claramente político y conflictivo, el debate ante el Tribunal Constitucional nunca es meramente político, sino que siempre ha de tener un contenido jurídico-constitucional³⁵⁰.

Además en todos los procesos constitucionales hay una inevitable dimensión política que se mezcla en manera indefinida con la jurídica y cuya adecuada separación depende de la actuación del solo Tribunal Constitucional. La misma naturaleza política de los órganos legitimados para el recurso y su abstracción dotan este cauce procesal de una fuerte carga política³⁵¹.

Estas observaciones han llevado la mayoría de la doctrina a considerar la legitimación de las minorías parlamentarias un rasgo adecuado del modelo de justicia constitucional español, y la prolongación del debate político que ella conlleva un factor no patológico del sistema sino el efecto inexcusable de la utilización de un cauce abierto para canalizar en beneficio precisamente de la ley los reproches de inconstitucionalidad que frente a ella se hayan dirigido por los sujetos políticos durante su procedimiento de elaboración y con ocasión de

³⁵⁰ Como apunta MONTILLA MARCOS J.A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, cit., 127 el recurso de inconstitucionalidad a instancia de las minorías parlamentarias no es una mera continuación del control político interno y, aunque se trata de un cauce procesal que conlleva inevitablemente la judicialización de la política, no ha provocado en la práctica también la politización de la jurisdicción.

³⁵¹ Así se expresa RUBIO LLORENTE F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, en VV.AA. (coord.), *La forma del poder*, Madrid 1997, 551 ss.

su entrada en vigor³⁵². Los efectos benéficos de este cauce procesal dependerán a su vez de la actuación del Tribunal Constitucional el cual está llamado a poner en los justos términos jurídicos el conflicto político que ante él se plantea.

El Tribunal Constitucional ha venido también definiendo los rasgos constitutivos de la legitimación de las minorías parlamentarias, de los que dependen las concretas posibilidades de acceso a la justicia constitucional. El punto de partida de su jurisprudencia se encuentra en la STC 42/1985, cuyo Fundamentos Jurídico 2 puntualizaba el carácter ocasional de la agrupación de parlamentarios que puede iniciar un recurso de inconstitucionalidad. Se trata, entonces, de una agrupación ad hoc que *“surge solo de la concurrencia de voluntades en la decisión impugnatoria y solo tiene existencia jurídica como parte en el proceso que con esa impugnación se inicia, en el cual los Diputados o Senadores no actúan en rigor como litis consortes, sino como integrantes de una parte única que, por imperio de la Ley, ha de ser siempre plural”*.

En relación con lo anterior el ATC 874/1985, FJ 1 precisaba que *“la legitimación conferida a 50 o más diputados para interponer, por medio de un Comisionado suyo previamente apoderado ad hoc, un recurso de inconstitucionalidad...no significa una legitimación a cada uno de ellos uti singuli de la que podría derivar, entre otras consecuencias, una pluralidad de partes actoras que ejercieran sus acciones por medio de una demanda única ...En consecuencia cada Diputado [o Senador] no es titular ni dueño de una acción de la que pudiera disponer a lo largo del proceso de inconstitucionalidad individualmente”*.

A partir de estas primeras declaraciones, el Tribunal Constitucional ha desarrollado su interpretación sobre la legitimación de las minorías parlamentarias examinando por un lado las condiciones para la formación y acreditación de la voluntad impugnatoria y, por otro, los efectos de las circunstancias posteriores a la interposición del recurso.

³⁵² En estos términos se expresa JIMÉNEZ CAMPO J., *El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, cit. 71.

Por ejemplo, dado el carácter ocasional de la agrupación de parlamentarios que pueden iniciar un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo la concurrencia de expresas manifestaciones de la voluntad impugnatoria para que se considere constituido el sujeto habilitado a acceder a la sede constitucional. Al respecto, si en un primer momento el Tribunal Constitucional exigía una declaración específica de cada parlamentar interesado a la impugnación (STC 42/1985, FJ 2), finalmente este ha flexibilizado su posición considerando suficiente para la correcta formación de la voluntad impugnatoria el otorgamiento a un comisionado de un poder general para pleitos, siempre que esto se cumpla en el plazo de tres meses para la interposición del recurso (SSTC 150/1990, FJ 1; 47/2005, FJ 3; ATC 459/2004).

Considerada la naturaleza compuesta de las agrupaciones parlamentarias legitimadas al recurso, el Tribunal Constitucional ha considerado también la influencia que determinadas circunstancias puedan tener sobre el proceso constitucional ya iniciado. Así, por ejemplo, se ha afirmado muy temprano que *“los cambios de voluntad operados en la de uno o varios de los Diputados en orden al recurso después de haber sido este interpuesto, son irrelevantes para el proceso de constitucionalidad ya iniciado”* (ATC 874/1985, FJ 1). Asimismo, es irrelevante el hecho de que los participantes a la agrupación recurrente apoyan el Gobierno o hayan votado a favor de la ley impugnada. De hecho, *“ni la Constitución, ni la Ley Orgánica de este Tribunal exigen como condición de legitimación... el voto contrario, o al menos la abstención”* (STC 27/1981, FJ 9)³⁵³. El Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación *pro-actione* también en supuestos de pérdida del cargo de parlamentar por expiración natural del mandato o disolución anticipada de las Cámaras, considerando que *“no puede mantenerse la conexión necesaria entre la función representativa y la legitimación para el recurso de inconstitucionalidad sino es*

³⁵³ Se vea también STC 180/2000.

a costa de hacer inimpugnables en esta vía las leyes promulgadas durante o inmediatamente antes el interregno”, lo que supondría una quiebra al desenvolvimiento normal de la función de control de la constitucionalidad de las leyes (ATC 547/1989, FJ 3).

Esta interpretación *pro-actione* encuentra justificación en hecho de que “*cuando cincuenta Senadores [o Diputados] o más deciden formular un recurso de inconstitucionalidad están poniendo de manifiesto la existencia de un interés público objetivo en que el Tribunal Constitucional desarrolle su función de garantizar la supremacía de la Constitución mediante el enjuiciamiento de la Ley impugnada*” (STC 86/1982, FJ 2). En consecuencia, según el Tribunal Constitucional es “*la finalidad de preservar el interés general que concurre en la defensa de la Constitución y de sus contenidos, poniendo en marcha los mecanismos que depuran el ordenamiento jurídico de leyes inconstitucionales*” que “*ha de llevar a interpretar la legitimación prevista en el art. 32.1 LOTC en el sentido más favorable a la función de garantía que supone*” (ATC 547/1989, FJ 3).

El objeto del recurso de inconstitucionalidad

Según lo establecido en el art. 161.1 a) CE en el recurso de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional juzga *leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley* para, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de aquellas *norma(s) jurídica(s) con rango de ley* que considere contrarias a la Carta fundamental. Esta genérica previsión constitucional ha sido desarrollada con mayor detalle en la LOTC, cuyo art. 27 define el objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad enumerando todo tipo de leyes, disposiciones y actos susceptibles de impugnación. La mencionada disposición se refiere tanto al recurso como a la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que puede afirmarse que su objeto coincide por lo menos en abstracto. Sin embargo, cabe señalar que, en la medida en que la admisibilidad de una cuestión de

inconstitucionalidad está condicionada a la aplicabilidad de la norma legislativa sospechada de inconstitucionalidad en el proceso judicial en el que las dudas surgieron, el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad está destinado a ser más limitado de lo del recurso. Esto se desprende claramente de la regulación específica de cada proceso de inconstitucionalidad, pues mientras que la de la cuestión define el objeto con referencia a la norma *con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo* (arts. 163 CE, 35 LOTC), la del recurso de inconstitucionalidad hace genérica mención a la impugnación de *leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley* [arts. 161.1 a) CE; 28-33 LOTC].

Según lo establecido en el art. 27 LOTC son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad: a) los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes Orgánicas; b) las demás leyes, disposiciones normativas, y actos del Estado con fuerza de ley; c) los tratados internacionales; d) los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas; f) los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Aunque la enumeración sea bastante detallada, igual no ayuda a disolver todas las dudas que se plantean sobre el objeto del recurso de inconstitucionalidad. Por el contrario, las expresiones utilizadas por el legislador orgánico ponen otras cuestiones teóricas que parece oportuno afrontar al momento de definir el posible objeto del recurso de inconstitucionalidad. En particular, habrá de definirse cuales son las disposiciones normativas equiparables a las leyes en sentido propio, así como el que se ha de entender por actos del Estado y Comunidades Autónomas con fuerza de ley, la cual categoría jurídica no resulta mencionada en la Constitución. Además, habrá de precisarse la genérica referencia que la LOTC hace a los tratados internacionales, más que a las leyes de autorización a la firma o ratifica de los mismos. Por último, en lo relativo a los Reglamentos parlamentarios habrá de concretizarse el régimen de control

constitucional de las resoluciones intraparlamentarias de desarrollo e interpretación de los Reglamentos.

Por todo lo anterior, será oportuno proceder a examinar las distintas cuestiones relacionadas con el objeto del recurso de inconstitucionalidad, así como definido en el art. 27 LOTC. Sin embargo, antes de pasar a tratar de los actos susceptibles de impugnación directa, no resultaría inútil hacer unas puntualizaciones de orden general.

En primer lugar, cabe subrayar que el posible objeto de impugnación es – como resulta evidente de la enumeración contenida en el art. 27 LOTC – todo acto con forma de ley o rango o valor de ley, es decir, todo acto que tenga una vinculación inmediata y directa con la Constitución o los Estatutos de Autonomía. En relación con estos actos, compete al Tribunal Constitucional enjuiciar los preceptos jurídicos contenidos en los mismos. Quedan entonces excluidos del control de constitucionalidad los preámbulos o exposiciones de motivos, por carecer de valor normativo.

Esta configuración del objeto del recurso de inconstitucionalidad ha de llevar a excluir toda posibilidad de control de constitucionalidad por omisión del legislador, conforme también a lo que ocurre en el derecho comparado, donde el solo Portugal admite expresamente que el Tribunal Constitucional examine y compruebe el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales (art. 283 Constitución).

La cuestión se planteó a margen de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que este parecía admitir la posibilidad de controlar la omisión legislativa. Por ejemplo, en la STC 24/1982, FJ 2, si bien el Tribunal Constitucional reconocía que *“no resulta fácil admitir la figura de la inconstitucionalidad por omisión”*, admitía que esta figura *“solo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y este no lo hace”*. Esto ocurriría, por ejemplo,

respecto de la Ley Electoral, por la cual la Constitución ha previsto un contenido mínimo y necesario que el legislador no puede no completar.

Con posterioridad a esta decisión el Tribunal Constitucional ha utilizado la expresión de inconstitucionalidad por omisión solamente en aquellos supuestos en los que la eventual inconstitucionalidad del precepto impugnado radicaba no en el tenor del texto, sino en el mandato normativo contenido en él³⁵⁴.

Esta rectificación de la doctrina constitucional, comprueba el difícil encaje de la inconstitucionalidad por omisión en el actual sistema de justicia constitucional español, pues la Constitución del 1978, como casi todas, no impone ningún límite temporal al legislador para que concrete el mandato del constituyente, dejando a su libertad – y no claramente a su discrecionalidad- más absoluta la adopción de las decisiones de tipo legislativo que estime oportunas³⁵⁵.

Ello no significa que el Tribunal Constitucional no pueda soslayar la inactividad del legislador, sin claramente llegar hasta el punto de condicionar su actividad o incluso sustituirse a este, convirtiéndose en un colegislador.

Desde otra perspectiva, no es inútil apuntar que el rango o valor legislativo de los actos susceptibles de impugnación delimita el objeto del recurso de inconstitucionalidad y conlleva entonces la exclusión del mismo de las disposiciones de rango reglamentario procedentes de los órganos del poder

³⁵⁴ SSTC 74/1987, FJ 4; 17/1990, FJ 13; 135/1992, FJ 4. Se trata de lo que MENÉNDEZ VILLAVÉRDE I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid 1997, 49 ss. califica como omisiones inconstitucionales relativas, causadas por el silencio de la ley debido al intento incompleto o defectuoso del legislador de hacer efectivo el permiso o mandato constitucional.

³⁵⁵ Se vea al respecto PÉREZ ROYO J., *Inconstitucionalidad por omisión*, en *Enciclopedia jurídica básica*, 1995, 3501 quien afirmó que «nada hay en la CE que autorice a hablar de inconstitucionalidad por omisión. Es verdad que la CE contiene una enorme cantidad de mandatos al legislador y que hacer real y efectiva la voluntad del constituyente tanto en lo que a la ordenación de la vida social y en sus relaciones con el Estado se refiere como en lo que afecta a la propia reorganización de los poderes del Estado, exige una colaboración constante del legislador...pero no lo es menos que la CE, como casi todas, no impone ningún límite temporal al legislador para que concrete el mandato del constituyente, dejando no a su discrecionalidad sino a su libertad más absoluta la adopción de las decisiones de tipo legislativo que estime oportunas».

ejecutivo del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuyo control de legalidad corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁵⁶.

En la misma perspectiva, el Tribunal Constitucional ha excluido del objeto del recurso de inconstitucionalidad también los convenios colectivos, por no constituir norma con rango de ley (ATC 313/1991).

Asimismo, han de excluirse del control de constitucionalidad en vía directa los reglamentos de los órganos constitucionales como, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial y el propio Tribunal Constitucional. A esta conclusión la doctrina llega sobre la base de que estos actos no están vinculados directamente a la Constitución, sino a las leyes orgánicas de los mencionados órganos; y esto, aunque el Tribunal Constitucional no haya todavía tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre el punto.

Hecha una sumaria delimitación del objeto del recurso de inconstitucionalidad se pasará ahora a examinar en detalle las categorías de actos susceptibles de impugnación, considerando por un lado los actos externos, o sea las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley y, por el otro, los actos internos a las Cámaras legislativas, es decir, los Reglamentos parlamentarios y resoluciones que los desarrollan. Una mención aparte merece, por último, la declaración de inconstitucionalidad de los tratados internacionales.

Leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley

En relación con los actos externos, el art. 27 LOTC, en sus letras a), b) y e), hace mención de cuatro diferentes tipos de categorías jurídicas que pueden ser objeto de control a través de los procedimientos de declaración de

³⁵⁶ Al respecto, cabe destacar que algunos autores han sostenido que ni siquiera la declaración de inconstitucionalidad de la ley afecta a los reglamentos de directo desarrollo, siendo en tal caso necesario la posterior declaración de nulidad del reglamento en sede contencioso-administrativa. Se vea CAAMAÑO DOMINGUEZ F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid 1994, 149 ss.

inconstitucionalidad: los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las disposiciones normativas y los actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, se citan los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas, que quedan así destacadas de las leyes ordinarias, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y Comunidades Autónomas.

En lo relativo a los Estatutos de Autonomía cabe señalar que los de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla poseen la misma naturaleza de los Estatutos de las demás entidades autónomas a los efectos de su impugnación a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. La puntualización no es irrelevante si se considera que el Tribunal Constitucional ha expresamente excluido que las dos Ciudades pudiesen calificarse como Comunidad Autónoma a los efectos de su legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad (AATC 201 y 202/2000).

Por lo demás nunca se han planteado problemas sobre el control de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía, y eso tampoco en ocasión de una de las controversias constitucionales más importante de la historia de la justicia constitucional en España, esto es, el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 31/2010)³⁵⁷.

La única cuestión que puede citarse al respecto se refiere a la posibilidad de un control preventivo sobre los Proyectos y Propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía. Hasta el 1985, y en particular hasta la Ley Orgánica 4/1985, el control a posteriori de los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas hubo de convivir con el denominado recurso previo de inconstitucionalidad.

³⁵⁷ La única cuestión que se planteó en ocasión del recurso de inconstitucionalidad de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña era sobre el supuesto carácter preventivo del recurso. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó la alegación formulada por la Comunidad Autónoma y desestimó su excepción de inadmisión del recurso. STC 31/2010, FJ 2.

Esta herramienta fue pensada propio por los Estatutos de Autonomía, y en particular por aquellos que, por su procedimiento de elaboración, debían ser sometidos al referéndum ciudadano. La lógica del control preventivo era claramente la de evitar la incómoda situación de un recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones de un Estatuto ratificado ya por la voluntad popular. Sin embargo, la extensión del control preventivo a toda ley orgánica, y la configuración de la legitimación en los mismos términos del control a posteriori, llevó a un uso impropio de este mecanismo, utilizado sistemáticamente por la oposición parlamentaria para impugnar los proyectos de leyes orgánicas. El efecto de distorsión sobre el sistema parlamentario y sobre el de justicia constitucional que produjo el recurso preventivo llevó a su derogación. Sin embargo, dado que el recurso previo no carecía de una cierta lógica respecto de los Estatutos de Autonomía, el legislador orgánico ha llevado a cabo su reintroducción por medio de la Ley 12/2015, limitando el control a los Proyectos y Propuestas de reforma de aquellos.

Por su parte, las leyes orgánicas solo podrán ser objeto de un control sucesivo, tal y como ocurre por las leyes ordinarias. Entonces, aunque se trate de dos diferentes tipos de leyes, su control de constitucionalidad en nada defiere. De hecho, nada de relevante se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual se ha enfrentado solo con cuestiones atinentes a la posición de las leyes orgánicas en el sistema de fuentes normativas³⁵⁸.

³⁵⁸ Por ejemplo, en la STC 5/1981, FJ 20, el Tribunal Constitucional afirmaba que «Los posibles conflictos entre Ley orgánica y Ley ordinaria han de resolverse distinguiendo, en primer término, si la Ley ordinaria procede -como la orgánica- de las Cortes Generales o si, por el contrario, emana del órgano legislativo de una Comunidad Autónoma. En el primer caso, dada la existencia de ámbitos reservados a cada tipo de Ley, sólo se planteará el conflicto si ambas leyes inciden sobre una misma materia, en cuya hipótesis la Ley orgánica habrá de prevalecer sobre la ordinaria, ya que no puede ser modificada por ésta (art. 81.2 de la C.E.). En el segundo supuesto, el conflicto habrá de resolverse en virtud del principio de competencia para determinar qué materias han quedado constitucional y estatutariamente conferidas a los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y cuáles corresponden a las Cortes Generales del Estado».

En lo relativo a las leyes ordinarias la principal cuestión que se ha planteado es si en la genérica referencia a las leyes como posible objeto del control de constitucionalidad se pueden incluir todas las normas que se identifican formalmente como ley o solo aquellas que tienen también naturaleza propia de ley. La cuestión se ponía en particular respecto de las Leyes de Presupuestos, ya que – como ha reconocido también el Tribunal Constitucional – estas presentan desde el punto de vista material una serie de especificidades que las diferencian de las leyes ordinarias [STC 76/1992, FJ 4 a)]. Sin embargo, el mismo Tribunal Constitucional ha declarado que, si bien las Leyes de Presupuestos poseen una diferente naturaleza frente a las demás leyes, no hay diferencia alguna en orden a su idoneidad como objeto del control de constitucionalidad, excepto en la carga de argumentar la pretensión de inconstitucionalidad que se plantea respecto de ellas, pues su tecnicidad impone una mayor detalle en las alegaciones (STC 13/1992, FJ 11).

El problema de interpretar las genéricas expresiones utilizadas por la LOTC se ha planteado también en relación con la tercera de las categorías jurídicas mencionadas, la de disposiciones normativas con fuerza de ley. Esta expresión se refiere por lo menos a dos tipos de actos normativos: los decretos legislativos (arts. 82 a 85 CE) y los decretos-leyes (art. 86 CE) tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, ya que muchos Estatutos de Autonomía los han incluido al sistema de fuente autonómico. En lo relativo al control de los decretos legislativos el principal problema al que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional ha sido el de concretar sus propias potestades sobre los mismos, ya que – como resulta de la remisión expresa que el art. 27 LOTC hace al art. 82.6 CE – este ha de que relacionarse con la competencia que eventualmente corresponda a otros Tribunales y a las adicionales formas de control que eventualmente estableciesen las leyes de delegación.

El carácter compartido de la competencia para enjuiciar los decretos legislativos y la posibilidad de diferentes formas de control fue reconocido por el Tribunal ya en la STC 51/1982, FJ 1. Sin embargo, será en la STC 47/1984, FJ 3 en la

que este afirmará claramente que “*el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria*”; y, si bien estas afirmaciones han sido objeto de dura críticas en la doctrina³⁵⁹, no puede no mencionarse que el art. 1, primer apartado, de la Ley de enjuiciamiento contencioso-administrativo del 1998 atribuye a los Juzgados y Tribunales del relativo orden, entre otras cosas, el conocimiento “*de las pretensiones que se deduzcan en relación con...los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”.

Está claro entonces que en el control de constitucionalidad de los decretos legislativos el Tribunal Constitucional ha tenido que precisar el contenido y alcance de su competencia frente a los demás órganos judiciales. Por el contrario, en el control de constitucionalidad de los decretos-leyes esta delimitación se ha hecho frente al Gobierno.

Al respecto, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha rechazado que la apreciación de la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad sea una potestad discrecional del Gobierno, y ha, por tanto, afirmado su competencia para examinar la adecuación y conexión de sentido entre la situación planteada y la finalidad de la norma introducida³⁶⁰.

De las categorías mencionadas la de los actos con fuerza de ley del Estado y Comunidades Autónomas es sin duda la que más llama la atención y la que más dudas interpretativas ha planteado en la doctrina. Según la orientación mayoritaria la categoría de los actos con fuerza de ley se diferencia de la de las disposiciones normativas con fuerza de ley, y eso no solo por tener un contenido no estrictamente normativo, sino además por su diferente procedimiento de aprobación que incluye la intervención parlamentaria, y en concreto de una de las Cámaras³⁶¹. Sobre la base de estos requisitos, cabría

³⁵⁹ Se vea en particular DE OTTO I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1987, 189 ss.

³⁶⁰ PARDO FALCON J., *Art. 27*, cit., 385 ss.

³⁶¹ Se vea al respecto ARAGÓN REYES M., *Acto con fuerza de ley*, en *Enciclopedia Jurídica básica*, 181 ss.

incluir entre los actos con fuerza de ley del Estado, por ejemplo, el de convalidación o derogación de los decretos-leyes (art. 86.2 CE), el decreto de convocatoria de referéndum (art. 92.2 CE) que ha de ser previamente aprobado por el Congreso y, por las mismas razones, las declaraciones gubernativas del estado de alarma, excepción o sitio (art. 116 CE), que han de ser autorizadas por el Congreso y tiene efecto suspensivo de las leyes³⁶².

Aunque la doctrina haya hecho un esfuerzo para concretizar cual son los actos con fuerza de ley, el único caso en el que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de reconocer al objeto del control la naturaleza de acto con fuerza de ley susceptible de declaración de inconstitucionalidad ha sido respecto del Estatuto del Personal de las Cortes Generales (art. 72.1 CE). En la STC 139/1988, FJ 2 se afirma que el mencionado Estatuto puede subsumirse en la categoría de los actos con fuerza de ley “*sin dificultad alguna*” y, entonces, se rechaza aquella interpretación que quería justificar su inclusión entre los actos susceptibles de control de constitucionalidad con su equiparación a los Reglamentos parlamentarios.

Los Reglamentos parlamentarios

Las letras d) y f) del art. 27 LOTC mencionan entre los actos susceptibles de control a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad los Reglamentos parlamentarios de las Cámaras, de las Cortes Generales y de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

La previsión del control de constitucionalidad de los Reglamentos parlamentarios es uno de los rasgos del régimen de control jurisdiccional de la actividad del poder legislativo, el cual se completa con el control de constitucionalidad de las leyes y la tutela de amparo frente a los actos

³⁶² Los actos con fuerza de ley pueden ser también actos procedentes de las Comunidades Autónomas.

parlamentarios no legislativos que resulten lesivos de los derechos fundamentales (art. 42 LOTC).

La expresa inclusión de las normas que regulan la organización y el funcionamiento de las Cámaras legislativas entre aquellas que pueden ser objeto de control de constitucionalidad llama mucho la atención, si se considera que hay países como, por ejemplo, Italia en los que los Reglamentos parlamentarios no solo no pueden ser objeto de impugnación directa, sino que tampoco se admite su control indirecto por medio del conflicto entre órganos del Estado, siendo su control reservado a la jurisdicción doméstica del Parlamento³⁶³.

Por el contrario, España admite expresamente el control de constitucionalidad de los Reglamentos parlamentarios, y eso tanto por vía del recurso directo como por vía de la cuestión de inconstitucionalidad, pues las normas enumeradas por el art. 27 LOTC son comunes a los dos tipos de procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, cabe señalar que, si bien el art. 27 LOTC no establece distinción alguna entre el objeto del recurso y aquel de la cuestión, en la práctica las normas susceptibles de impugnación incidental están destinadas a ser menos de aquellas enjuiciables por medio del recurso de inconstitucionalidad, ya que una de las condiciones de admisibilidad de la cuestión es la aplicabilidad de la norma sobre la que recaen las dudas de inconstitucionalidad al caso tratado en el proceso judicial *a quo*. Dicha circunstancia lleva a excluir toda posibilidad de impugnación incidental de las normas legislativas con eficacia *ad intra*, como es el caso de los Reglamentos parlamentarios.

En consecuencia, el principal canal de impugnación de los Reglamentos parlamentarios es constituido por el recurso de inconstitucionalidad.

Esta previsión no ha creado muchos problemas interpretativos, ya que es opinión generalizada y aceptada expresamente por el mismo Tribunal

³⁶³ SORRENTINO A.C., *La "giurisdizione domestica" delle Camere del Parlamento alla prova del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Osservatorio Costituzionale*, luglio 2015, 1 ss.

Constitucional que los Reglamentos parlamentarios gozan de rango legislativo, dada su vinculación directa con la Constitución ³⁶⁴. Según el Tribunal Constitucional es la reserva que el constituyente ha establecido en favor de los Reglamentos parlamentarios, para que regulen la organización y funcionamiento de los órganos parlamentarios, la que le atribuye la cualidad de ser norma jurídica con valor de ley, aunque desprovista de la fuerza propia de la ley, siendo los Reglamentos parlamentarios normas cuyo carácter imperativo está limitado a los miembros de las Cámaras (SSTC 101/1983, FJ 3; STC 119/1990, FJ 2).

Es entonces este valor de ley, derivado de su directa e inmediata vinculación con la Constitución, lo que justifica la inclusión de los Reglamentos parlamentarios en el posible objeto del recurso de inconstitucionalidad.

En consecuencia, desde el punto de vista formal, no se han planteado particulares problemas acerca de la posible impugnación de los Reglamentos parlamentarios en vía de recurso de inconstitucionalidad.

Por el contrario, un interesante debate ha surgido respecto de aquellas resoluciones dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras para desarrollar, interpretar o integrar las previsiones de los Reglamentos parlamentarios ³⁶⁵. La cuestión que se planteaba era la de su cualificación jurídica. Se trata de una cuestión de gran calado, si se considera que de la naturaleza que se le reconoce a dichas resoluciones depende el régimen de su impugnación en sede constitucional. De hecho, la equiparación de las

³⁶⁴ Se vean en doctrina RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ J., *Los Reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes del Derecho español*, Madrid 1985, 183 ss.; PÉREZ SERRANO G., *Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario*, en *Revista de Estudios políticos*, n. 105/1959, 103; FERNÁNDEZ CARNICERO C.J., *Los Reglamentos parlamentarios y el ordenamiento jurídico*, en *Revista de Derecho público*, n. 9/1981, 164 ss.; MORTATI C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padua 1969, 493.

³⁶⁵ Los Reglamentos del Congreso y del Senado han habilitado expresamente los Presidentes de las relativas Cámaras parlamentarias para dictar normas interpretativas y supletorias de aquellos. Se vean al respecto los arts. 32.2 y 37.7 del Reglamento del Congreso y 8 y 44 del Reglamento del Senado.

resoluciones de las Presidencias de las Cámaras a los Reglamentos parlamentarios y el consiguiente reconocimiento de su valor legislativo permitiría su impugnación por medio del recurso de inconstitucionalidad, aunque bajo un régimen de legitimación más restringido. Por el contrario, la no asimilación a los Reglamentos parlamentarios, y la consiguiente exclusión del valor legislativo de dichas resoluciones, llevaría a concluir que las mismas sería impugnables en sede constitucional solo por medio del recurso de amparo, es decir, solo en cuanto se consideren lesivas de los derechos fundamentales mencionados en el art. 53.2 CE.

La cuestión de la naturaleza jurídica de las resoluciones de las Presidencias de las Cámaras, interpretativas o supletorias de las disposiciones de los Reglamentos parlamentarios, ha sido afrontada por el Tribunal Constitucional en una serie de decisiones que definen también su posición frente las posibles vías de impugnación de aquellas resoluciones. La jurisprudencia constitucional en la materia señala una importante evolución, pues si en principio el Tribunal asimilaba estas resoluciones a los Reglamentos parlamentarios y admitía su impugnación mediante el recurso de inconstitucionalidad, en la actualidad las resoluciones infra-parlamentarias de desarrollo de los Reglamentos han quedado excluidas por completo de la acción directa de inconstitucionalidad.

El punto de partida es representado por el ATC 183/1984 que, inadmitiendo un recurso de amparo promovido en contra de una norma interpretativa de la Presidencia, reconoce que *“lo que se ataca es, pues, una norma general que con ocasión de un caso concreto se incorpora al Reglamento de la Cámara”*. Según el Tribunal Constitucional esta incorporación al Reglamento hace que la norma participe del mismo rango legal que se le atribuye a aquel y, en consecuencia, no puede ser objeto de impugnación a través del recurso de amparo previsto en el art. 42 LOTC, que solo permite recurrir actos parlamentarios no legislativos, pues los que tienen esta naturaleza han de ser enjuiciado a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Esta doctrina será confirmada en la STC 118/1988, FJ 3, aunque con algunos matices que tienen

en cuenta el contenido de la resolución infra-parlamentaria recurrida. En tal sentido, según la jurisprudencia constitucional han de entenderse incorporadas a los Reglamentos parlamentarios las solas disposiciones supletorias e interpretativas, mientras que las disposiciones de la Presidencia de la Cámara de desarrollo del Reglamento han de considerarse decisiones de un órgano de la Cámara sin valor de ley, pues las primeras se integran de modo permanente en el ordenamiento parlamentario produciendo materialmente los mismos efectos que los preceptos del propio Reglamento, mientras que las segundas carecen de la vocación de permanencia y alcance general que tienen las primeras³⁶⁶.

En consecuencia, las disposiciones de las Presidencias de las Cámaras interpretativas y supletorias de los preceptos de los Reglamentos hubieran podido constituir objeto de control mediante recurso de inconstitucionalidad, mientras que las disposiciones de desarrollo hubieran podido ser impugnadas en vía de amparo solo en cuanto lesivas de derechos fundamentales.

Sin embargo, esta jurisprudencia que extendía el ámbito material de los Reglamentos parlamentarios ha ido evolucionando en sentido siempre más restrictivo, hasta llegar a rechazar por completo la impugnabilidad de las resoluciones infra-parlamentarias en vía de recurso de inconstitucionalidad.

Ya en la STC 119/1990, FJ 5, el Tribunal Constitucional puntualizaba que la *“equiparación entre normas reglamentarias y resoluciones presidenciales desde el punto de vista de su impugnabilidad...no equivale a una equiparación de unas y otras desde todos los puntos de vista y a todos los efectos”*, dado su distinto origen y forma de aprobación, y siendo la facultad presidencial *“admisibile (y, en consecuencia, las normas que de ella resultan solo son constitucionalmente válidas) cuando se utilice para suplir omisiones del reglamento o para interpretarlo, no para desarrollarlo o especificar sus prescripciones”*. En estas consideraciones parte de la doctrina lee una nueva interpretación por parte del Tribunal Constitucional, que excluiría del recurso

³⁶⁶ Se vea también STC 181/1989.

de inconstitucionalidad aquellas resoluciones infra-parlamentarias que exceden los Reglamentos y quedan entonces degradadas a la condición de decisión o acto sin valor de ley, recurribles solo en amparo y siempre que vulneren derechos fundamentales³⁶⁷.

El definitivo y expreso cambio de doctrina se realizará en ocasión de la STC 44/1995, cuyo Fundamento Jurídico 2, concluye que “*las resoluciones intra-parlamentarias de desarrollo reglamentario son susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo constitucional, por lo que cabe añadir que el recurso de inconstitucionalidad queda reservado únicamente para el eventual control de constitucionalidad de los Reglamentos de las Asambleas*”. Esta decisión pone fin a una controvertida doctrina afirmada en un ámbito, como aquel parlamentar, tan delicado por los equilibrios institucionales.

Los tratados internacionales

Las estipulaciones de un tratado internacional al que España participa pueden ser objeto de control ante el Tribunal Constitucional. Esto se desprende no solo del art. 27 LOTC, que incluye los tratados internacionales entre los actos impugnables a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, sino también de los arts. 95 CE y 78 LOTC que regulan un mecanismo específico de control para valorar “*la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado*”.

Existen, entonces, en el actual sistema de justicia constitucional español dos diferentes formas de control de los tratados internacionales: un control *a posteriori*, una vez que los tratados sean ratificados por España, que se ejerce

³⁶⁷ Esta es la interpretación que ofrece PARDO FALCÓN J., *Art. 27*, cit., 396. Se vea también MORALES ARROYO J.M., *Un avance en la jurisprudencia constitucional sobre el control de las resoluciones parlamentarias*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46/1996, 257 ss.

mediante los dos típicos mecanismos de control de la constitucionalidad - recurso y cuestión; y, un control previo, cuando el Estado aún no ha dado su consentimiento, que se ejerce mediante un procedimiento específico en el que el Gobierno o ambas Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional una declaración sobre la existencia o no de una contradicción con la Constitución de las estipulaciones internacionales.

El control *a posteriori* de los tratados internacionales se encuentra todavía inédito. En consecuencia, el Tribunal Constitucional aún no ha tenido la oportunidad de resolver algunas cuestiones que se han planteado en doctrina³⁶⁸. Entre ellas, en primer lugar, la del acto concreto que ha de ser formalmente impugnado ante el Tribunal Constitucional, pues, aunque el art. 27 LOTC cite expresamente los tratados internacionales, ha de retenerse que el objeto del control no sean estos en sí mismos, sino el acto de autorización o ratifica del tratado. En relación con lo anterior, la doctrina reflexiona también sobre el alcance del control constitucional de los tratados internacionales, pues si se admite que el objeto de enjuiciamiento no son los tratados en sí mismos, sino los relativos actos de incorporación, el control del Tribunal Constitucional habrá de limitarse a la regularidad del procedimiento seguido. Por último, se debate sobre los efectos de una declaración de inconstitucionalidad de los actos de incorporación de un tratado internacional, pues no es cierto que esta conlleve la inmediata desvinculación del Estado de las obligaciones internacionales contraídas en ocasión del tratado³⁶⁹.

³⁶⁸ Se vea REQUEJO PAGÉS J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid 1995, 29 ss.

³⁶⁹ *Ibidem*, 31. Según el autor la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional «solo puede producir la nulidad (art. 39 LOTC) de los actos de incorporación, así como, necesariamente, la obligación para los órganos competentes (Gobierno y Cortes Generales) de proceder, con arreglo al art. 96.2 de la Constitución, a la denuncia del tratado objeto de controversia, con el fin de que, en aplicación del art. 46 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, se proceda en la forma en que dispone el Ordenamiento internacional cuando se pretende que un tratado deje de ser aplicable en un Estado que ya se ha comprometido internacionalmente a observarlo».

A la luz de las cuestiones planteadas, es muy probable que el control *a posteriori* de los tratados internacionales siga inédito.

Por el contrario, el control previo ha representado la vía preferencial de control, puesto que permite compaginar el fin de defensa de la supremacía de la Constitución con el de garantía de la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales que España pueda contraer (DTC 1/1992, FJ 1; 1/2004, FJ 1)³⁷⁰.

De hecho, “*aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.), es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: el riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar*” (DTC 1/1992, FJ 1).

El mecanismo de control previsto en el art. 95 CE, y desarrollado en el art. 78 LOTC, habilita a determinados sujetos políticos (Gobierno y ambas Cámaras), que tengan dudas sobre la constitucionalidad de los compromisos internacionales que España quiere contraer, para requerir al Tribunal Constitucional una declaración sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones del tratado internacional cuestionado. No se trata, entonces, de valorar la validez de normas, sino de aclarar, con efecto vinculante de cosa juzgada, las dudas de constitucionalidad planteadas frente a un tratado que aún no ha recibido el consentimiento del Estado. En definitiva, el procedimiento de control previo “*hace posible que las dudas de constitucionalidad que pueda suscitar un tratado se resuelvan con carácter previo a su ratificación, de manera que, de confirmarse aquéllas, ésta queda impedida en tanto no se revise el texto constitucional o se renegocie el*

³⁷⁰ Se vea en doctrina AGUIAR de LUQUE L., *Control previo de tratados internacionales*, en *Enciclopedia Jurídica básica*, Madrid 1995, 1679 ss.

tratado en términos que lo hagan compatible con la Constitución. Se pretende evitar, en suma, que la contradicción advertida entre la Norma suprema, de un lado, y una norma todavía no integrada en el sistema regido por aquélla, de otro, llegue a sustanciarse en una contradicción entre la Constitución y una norma internacional incorporada a nuestro Ordenamiento” (DTC 1/2004, FJ 1).

Hasta ahora, el procedimiento de control previo previsto en los arts. 95 CE y 78 LOTC ha sido utilizado dos veces. La primera de ellas en relación con el Tratado de la Unión Europea, que llevó a la modificación del art. 13.2 de la Constitución (DTC 1/1992); y la segunda en relación con el Tratado que establece una Constitución para Europa (DTC 1/2004). Una de las razones de la escasa utilización del control previo sobre los tratados internacionales es sin duda la muy restrictiva configuración de este mecanismo de control, en particular por lo que se refiere a la legitimación, reconocida solo al Gobierno y ambas Cámaras. Esta solución ha sido criticada en doctrina, en la que se solicita una regulación más permisiva, dada la importancia del control previo en un proceso normativo de carácter internacional.

El recurso previo de inconstitucionalidad

El recurso previo de inconstitucionalidad es sin duda una de las instituciones jurídicas más controvertidas de las reguladas en la LOTC del 1979, tanto que fue derogado en el 1985, por la LO 4/1985, y reintroducido con matices solo en el 2015, por la LO 12/2015. Su previsión en la LOTC 1979 fue duramente criticada por la doctrina, pues modificaba la naturaleza del sistema de justicia constitucional español, que dejaba de ser articulado sobre un modelo de control exclusivamente represivo para ser también preventivo.

El control previo de constitucionalidad de las leyes no ha encontrado mucho favor tampoco en los demás sistemas europeos de justicia constitucional, si se considera que con la excepción de Francia ningún otro modelo prevé la

posibilidad de enjuiciar proyectos de leyes que aún no han entrado a formar parte del mundo del derecho. En esa perspectiva cabe señalar que en Italia el mecanismo de control previo de las leyes regionales previsto en la originaria formulación del art. 127 Const. ha sido eliminado y sustituido con el control *a posteriori* que pasa de ser la forma exclusiva de control de constitucionalidad de las leyes.

En España, la primera regulación del recurso previo fue prevista por el art. 79 LOTC del 1979, el cual habilitaba los mismos sujetos legitimados para el recurso de inconstitucionalidad para recurrir en vía preventiva los Estatutos de Autonomía y las demás leyes orgánicas.

La introducción del recurso previo de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía y Ley Orgánicas fue uno de los temas más polémicos del proyecto de LOTC y obtuvo duras críticas también en doctrina³⁷¹.

El mundo jurídico señalaba, en primer lugar, su difícil encaje constitucional, desde el momento en que el constituyente del 1978 ha articulado el sistema de justicia constitucional según un modelo de control exclusivamente sucesivo, regulando por eso solo dos tipos básicos de procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes: el recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1 a) CE] y la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales (art. 163 CE). La única excepción al control de constitucionalidad *a posteriori* es la establecida en el art. 95 CE en relación a los tratados internacionales, los que pueden ser objeto de control también antes que el Estado preste su consentimiento. Así configurado el sistema, la introducción de nuevas formas

³⁷¹ Se vean en doctrina PÉREZ ROYO J., *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 6/1986, 137 ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ F., *Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho político*, n. 18/1983, 179 ss.; GOMEZ MONTORO A.J., *El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes Orgánicas*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22/1988, 121 ss.; ALMAGRO NOSETTE J., *Justicia constitucional*, Madrid 1980, 351 ss.; VILLAVERDE MENÉNDEZ I., *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*, en *Revista catalana de dret públic*, n. 49/2014, 20 ss.

de control previo exigiría una reforma del texto constitucional, pues, en la medida en que esta introducción modifique el diseño básico del modelo de justicia constitucional, dichas formas de control han de ser previstas expresamente en la Constitución.

Por esa razón, cuando el legislador orgánico introdujo el recurso previo de inconstitucionalidad no faltaron voces sobre la posible inconstitucionalidad del art. 79 LOTC, por carecer este precepto de todo fundamento³⁷². En tal sentido, se ha incluso dudado que la introducción del mecanismo de control previo de la constitucionalidad de las leyes pudiese encontrar su fundamento en el art. 161.1 d) CE que permite extender el conocimiento del Tribunal Constitucional a *las demás materias que le atribuyan la Constitución y las Leyes Orgánicas*. La cuestión fue planteada a la luz del tenor literal de esta cláusula constitucional, la cual permitiría atribuir al órgano de justicia constitucional facultades distintas de las expresamente previstas, pero no competencias que suponen modificar el diseño básico del sistema de justicia constitucional³⁷³.

A pesar de estas cuestiones interpretativas, ha de retenerse que la vía abierta por el art. 161.1 d) CE parece ser la única idónea a justificar la decisión del legislador orgánico del 1979, y del 2015, de introducir una forma de control de

³⁷² GOMEZ MONTORO A.J., *El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes Orgánicas*, cit. 139 ss.

³⁷³ Se piense, por ejemplo, a conocimiento de la constitucionalidad de los partidos políticos o a las competencias en materia electoral. Al respecto se vea, PECES BARBA G., *El Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980, 224, subrayaba que «esta materia que aquí se pretende introducir no es distinta, sino que es una forma diferente, una técnica diferente para establecer el control de constitucionalidad». A su vez, SANTAOLALLA LÓPEZ F., *Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad*, cit. 179, consideraba evidente que «este ensanchamiento de competencias no resulta admisible cuando el mismo se hace en contradicción con otros preceptos constitucionales. La ampliación de materias nuevas solo debe ser posible en cuanto no se oponga a los límites constitucionales...pues un extremo tan importante como el recurso previo debería estar reconocido en la propia Constitución, o cuando menos resultar armonizable con sus disposiciones». En la misma línea, CRUZ VILLALÓN P., *El control previo, a los veinte años de su supresión*, en *Fundamentos*, n. 4/2006, 279 señalaba que «se sostenía con razón que lo que la Constitución permitía era el sometimiento de otras materias a la jurisdicción del Tribunal pero no la transformación de la opción básica por el control sucesivo».

constitucionalidad que el constituyente no quiso regular expresamente. Esta es la posición asumida también por el Tribunal Constitucional en la STC 66/1985, que parte propio de la legitimidad del establecimiento del recurso previo por vía de Ley Orgánica, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 161.1 d) CE, para llegar a afirmar su disponibilidad por parte del legislador, quien podrá introducir cambios o modificaciones que estime oportunos.

Desde otra perspectiva, el recurso previo de inconstitucionalidad ha sido objeto de duras críticas por el evidente riesgo de disfuncionalidad que hubiera podido conllevar sobre el funcionamiento tanto del sistema parlamentario como del aquel de justicia constitucional.

El recurso previo actúa sobre proyectos de leyes, es decir, textos legales que aún no han entrado a formar parte del mundo del derecho. Su interposición suspende el procedimiento legislativo hasta que el Tribunal Constitucional decida sobre la conformidad del acto con la Constitución. En tal sentido, el recurso previo se configura como un ulterior requisito al proceso legislativo, no previsto en la Constitución y, por eso, de dudosa constitucionalidad. Además, este ulterior requisito puede interferir con la actividad legislativa, llegando incluso a paralizar la acción de gobierno. De hecho, la decisión del Tribunal Constitucional sobre el proyecto de ley, aunque no se traduzca en la típica declaración de inconstitucionalidad con efecto anulatorio, tiene carácter vinculante y puede llevar, o bien a la conversión en ley del proyecto, o bien a su modificación³⁷⁴.

Desde el punto de vista de la actividad ejercida por el Tribunal Constitucional está claro que no nos encontramos ante una típica actividad jurisdiccional, pues en el control previo no se trata de reparar una infracción entre normas legislativas y Constitución, sino de evitar que esta infracción se produzca una

³⁷⁴ Según GOMEZ MONTORO A.J., *El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes Orgánicas*, cit., 135 «esta posibilidad de que el Tribunal pueda impedir que una ley se promulgue permitiría también ver en el control previo una especie de veto».

vez que los textos legales entren en vigor. Se trata más bien de una actividad de carácter consultivo, que supone inevitablemente una mayor politización del Tribunal Constitucional, ya que este entra en el debate político y condiciona el ejercicio de la potestad legislativa³⁷⁵. La intervención preventiva del Tribunal Constitucional sobre un proyecto de ley puede llegar incluso a condicionar la actividad de control sucesivo de constitucionalidad de las leyes, pues el control previo no excluye un control *a posteriori* sobre las mismas leyes, pero sí que condiciona la libertad de enjuiciamiento de los jueces constitucionales³⁷⁶.

Por todo lo anterior, el recurso previo de inconstitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas, regulado en el art. 79 LOTC, fue tachado de inconstitucionalidad y duramente criticado.

Sin embargo, la solución elegida por el legislador orgánico tenía su lógica respecto de los Estatutos de Autonomía, que constituyen sin duda las normas más complejas del ordenamiento español, ya que en su elaboración intervienen una pluralidad de sujetos: la Asamblea autonómica y las Cortes Generales, y eventualmente el cuerpo electoral en vía de referéndum. Más allá de su procedimiento de formación, se trata también de normas que, por su función, atribuciones y objeto, van a tener una cierta permanencia en el ordenamiento.

Entonces, son estas circunstancias las que, en primer lugar, justifican la necesidad de establecer un mecanismo de control previo de los Estatutos de Autonomía, tal y como ocurre con los tratados internacionales, cuya elaboración también corresponde a una pluralidad de sujetos. En segundo lugar, lo que más ha de considerarse a la hora de valorar la oportunidad de someter a

³⁷⁵ *Ibidem*, 135. El autor señala que «No estamos aquí ante la clásica función de control de la constitucionalidad, sino que el Tribunal jugaría en este caso un papel de legislador, no solo negativo, como afirmaba Kelsen, sino que vendría a tener funciones de auténtico legislador positivo: para que una ley llegase a ser tal sería necesario, junto a la actuación del Parlamento y de la Corona, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en favor de su constitucionalidad cuando para ello hubiere sido requerido. De aquí que se haya afirmado con frecuencia que el Tribunal vendría a ejercer en estos casos funciones de tercera Cámara».

³⁷⁶ ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional*, cit., 354.

control previo los Estatutos de Autonomía es sin duda la posibilidad de que estos sean ratificados mediante referéndum. Cuando esto ocurra, sería muy difícil enjuiciar *a posteriori* y, en su caso, anular una norma que ha sido objeto de ratificación popular en referéndum. En este caso, entonces, el control previo permite evitar un eventual conflicto entre la legitimidad de la decisión del Tribunal y una supuesta legitimidad emanada de la voluntad expresada en el referéndum y, por tanto, sus ventajas respecto del control sucesivo son claramente evidentes. Eso permite entender también porque el legislador del 2015 ha considerado oportuno reintroducir el recurso previo, limitando su objeto a los proyectos y propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía³⁷⁷.

Ninguna lógica específica se manifestaba, por el contrario, respecto de la inclusión en el objeto del control previo de las leyes orgánicas, que justamente venía considerada inoportuna y peligrosa por los equilibrios institucionales de España³⁷⁸.

De hecho, puede afirmarse que ha sido propio esta extensión a las demás leyes orgánicas lo que ha llevado el recurso previo de inconstitucional a ser tan disfuncional de justificar su derogación. Esta se llevó a cabo por LO 4/1985.

En el transcurso de tiempo que va desde la entrada en vigor de la LOTC y la derogación de su art. 79 por LO 4/1985 el Tribunal Constitucional conoció siete supuestos de recursos previos, todos ellos interpuestos en contra de leyes orgánicas³⁷⁹. Es verdad que en este intervalo de tiempo las negociaciones sobre

³⁷⁷ CRUZ VILLALÓN P., *El control previo*, cit., 283; TAJADURA TEJADA J., *El control previo de constitucionalidad: una propuesta de reforma constitucional*, en *El Cronista del estado social y democrático de Derecho*, n. 43/2014, 58 ss.

³⁷⁸ Se vea en particular, PÉREZ ROYO J., *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, cit., 143.

³⁷⁹ STC 38/1983, desestimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Elecciones locales; STC 76/1983, parcialmente estimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico; STC 72/1984, estimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica de incompatibilidades de Diputados y Senadores; STC 53/1985, parcialmente estimatoria del recurso interpuesto

los Estatutos de las Comunidades Autónomas más conflictivas, la del País Vasco y Cataluña, ya habían concluido, pero los datos estadísticos muestran de manera inequívoca que el control previo de constitucionalidad de las leyes ha sido utilizado en la práctica como instrumento de oposición política, en manos de las minorías parlamentarias para dificultar la actividad legislativa y el mismo programa de gobierno, sobre todo respecto de aquellos temas de mayor calado social, político y económico.

De tal manera el recurso previo de inconstitucionalidad no cumplió su propia finalidad de prevención de que se realice una infracción entre normas legales y Constitución, sino que se transformó en un medio de obstruccionismo en manos de la oposición parlamentaria. La degeneración de la institución resultó más evidente también a causa de la incertidumbre de los plazos de resolución del recurso, pues los enormes retrasos de lo que sufría la justicia constitucional española afectaron también al recurso previo, conllevando de tal manera una verdadera parálisis de la actividad legislativa³⁸⁰.

La prueba más clara de la disfuncionalidad del sistema de control previo de constitucionalidad de las leyes establecido por la LOTC 1979 es representada por la STC 66/1985 en la que el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el proyecto de reforma de su propia LOTC que intentaba suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad. En esa ocasión, el Alto Tribunal, reconociendo implícitamente la legitimidad del recurso previo, afirmó que *“sea cual sea el lugar que la Ley Orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador y, en*

en contra del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 del Código Penal; STC 66/1985, desestimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOTC sobre la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad; STC 77/1985, parcialmente estimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación; STC 98/1985, desestimatoria del recurso interpuesto en contra del Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical.

³⁸⁰ En opinión de CRUZ VILLALÓN P., *El recurso previo*, cit., 279, «la disfuncionalidad de estos recurso para la actividad legislativa resultó de la incapacidad del Tribunal Constitucional para resolverlos en el plazo marcado por la LOTC».

consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales” (FJ 4), y sin que esto viole una exigencia implícita de la necesaria garantía de constitucionalidad de las materias propias de las leyes orgánicas.

El respaldo del Tribunal Constitucional a la reforma de la LOTC permitió suprimir el recurso previo de inconstitucionalidad tanto por los Estatutos de Autonomía que por las leyes orgánicas.

Esta supresión no creó particulares problemas hasta que no se elaboraron nuevos Estatutos para el País Vasco y Cataluña. Pues, en ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido en contra de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña del 2006, que ha dado lugar a una de las sentencias más controvertidas de toda la historia de la justicia constitucional en España (STC 31/2010), se ha vuelto a abrir el debate sobre la conveniencia de recuperar el recurso previo, especialmente respecto de los Estatutos de Autonomía.

Cabe mencionar, al respecto, que la doctrina ha siempre defendido la conveniencia de un control previo sobre los proyectos de los Estatutos de Autonomía y las propuestas de reforma de los mismos, pues se trata de normas complejas, en las que intervienen una pluralidad de sujetos, incluso eventualmente el pueblo en referéndum, y que adquieren una cierta permanencia en el mundo del derecho³⁸¹. Por las mismas razones se ha sostenido la oportunidad de un control previo de las reformas constitucionales³⁸², pero nunca una recuperación del control previo de las demás leyes orgánicas.

³⁸¹ PÉREZ ROYO J., *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, cit., 143; CRUZ VILLALÓN P., *El recurso previo*, cit., 283; MUÑOS MACHADO S., *Informe sobre España*, Barcelona 2012, 211 ss.

³⁸² Se vea en particular TAJADURA TEJADA J., *El control previo de constitucionalidad: una propuesta de reforma constitucional*, cit., 59 ss.

Sobre estas bases, la Ley Orgánica 12/2015 ha reintroducido el recurso previo de inconstitucionalidad en la LOTC (art. 79), limitando su objeto a los proyectos de Estatutos de Autonomía y propuestas de reformas de los mismos. La limitación del objeto es garantía del carácter excepcional que ha de tener el recurso previo en un modelo articulado sobre la base del control sucesivo.

Conforme a la anterior regulación el objeto de la impugnación será el texto definitivo del Proyecto de Estatuto o de la Propuesta de Reforma de un Estatuto, una vez aprobado por las Cortes Generales. Asimismo, la legitimación se atribuye a los mismos sujetos habilitados para interponer recurso de inconstitucionalidad contra Estatutos de Autonomía [arts. 162.1 a) CE; 32 LOTC].

Esta solución, aunque sea solicitada por algunos también para el control previo de los tratados internacionales, cuyo modelo de legitimación es mucho más restrictivo, no deja de ser bastante permisiva en relación con una forma de control de constitucionalidad que ha de tener carácter excepcional. Es evidente, al respecto, la posibilidad de que el recurso previo siga siendo utilizado como instrumento de oposición política. Sin embargo, como ocurre en el recurso *a posteriori*, el concreto funcionamiento del sistema dependerá de la actitud más o menos correcta de los sujetos legitimados, así como de la capacidad del Tribunal Constitucional de resolver las cuestiones planteadas, en tiempos razonables, y ateniéndose a criterios jurídico-constitucionales y no meramente políticos.

Conclusión

Del estudio que precede se desprende que el sistema de acceso al control directo de constitucionalidad de las leyes es muy permisivo, y eso no solo por la regulación del recurso de inconstitucionalidad, sino también por el hecho de que actos tan importantes como los Estatutos de Autonomía y los tratados

internacionales puedan ser impugnados también en vía preventiva, antes de entrar a formar parte del mundo del derecho.

En lo relativo al recurso de inconstitucionalidad se ha señalado el sistema de legitimación particularmente amplio, que habilita incluso al Defensor del Pueblo para solicitar un control de constitucionalidad, y la regulación del objeto, que permite impugnar prácticamente cualquier norma positiva que tenga rango, valor o fuerza de ley. A su vez, el Tribunal Constitucional ha extendido aún más las concretas posibilidades de acceso al recurso de inconstitucionalidad; por ejemplo, desactivando las limitaciones impuestas a los legitimados autonómicos para acceder a la sede constitucional o flexibilizando su orientación acerca de las cuestiones de formación y acreditación de la voluntad impugnatoria de las minorías parlamentarias. Desde el punto de vista del objeto de control, el Tribunal Constitucional ha resuelto la cuestión de la delimitación procesal entre el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencia, reservando al primero el control de validez de toda norma legislativa, incluso por razones competenciales. De tal manera el recurso de inconstitucionalidad representa el único instrumento procesal que permite cuestionar las normas legislativas tanto por razones materiales como por razones competenciales. Por ello, se establece que los conflictos de competencia habrán de tramitarse en la forma del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que surjan de acto legislativo³⁸³.

El rango legislativo justifica también la inclusión de los Reglamentos parlamentarios entre las normas pasibles de impugnación directa. Esta previsión permitió, en un primer momento, al Tribunal Constitucional extender el objeto del recurso de inconstitucionalidad incluso a las resoluciones intra-parlamentarias interpretativas o supletorias de las normas reglamentarias.

Aunque esa orientación se haya modificado, no hay duda de que el recurso de inconstitucionalidad es – después del amparo - el proceso constitucional que

³⁸³ No puede excluirse en absoluto que una norma legal venga impugnada por razones competenciales a través de una cuestión de inconstitucionalidad.

más posibilidades de acceso permite, aunque dentro del plazo de interposición de tres o nueve meses. Esta circunstancia ha sido favorida también por la interpretación jurisprudencial de los requisitos de acceso dada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la excesiva facilidad de impugnar en vía directa las normas legislativas puede constituir un elemento de disfunción del sistema, en la medida en que afecta al concreto funcionamiento del sistema parlamentario y a la función misma del órgano de justicia constitucional. Está claro que en el recurso de inconstitucional el equilibrio entre derecho y política es muy débil; y eso requiere un correcto uso de las reglas de acceso, así como una actitud imparcial del Tribunal Constitucional que avale su función de garante de la Constitución; pues, el riesgo de politización del juicio constitucional sobre normas legislativas es evidente. Lo es también el riesgo de fricciones entre el Tribunal Constitucional y el legislador, por la posibilidad de que el órgano de justicia constitucional, llamado a resolver cuestiones de gran calado político, se transforme en un colegislador.

Esta situación adquiere particular relevancia sobre todo en la impugnación de leyes autonómicas, las que pueden ser suspendidas de manera automática, por la sola circunstancia que el Gobierno haya invocado el art. 161.2 CE. El riesgo de politización del control es evidente también en el recurso a iniciativa de las minorías parlamentarias, las que podrían utilizarlo como instrumento de oposición política para dificultar la acción de gobierno.

Sin embargo, la práctica demuestra que la legitimación en el recurso de inconstitucionalidad ha sido utilizada con cautela, remitiendo al Tribunal Constitucional supuestos de gran conflictividad que no hubieran podido solucionarse con el solo debate político.

Está claro entonces que las disfunciones del recurso de inconstitucionalidad han de imputarse más a la incapacidad del Tribunal Constitucional de resolver los asuntos en tiempos razonables, por la sobrecarga de trabajo causada del excesivo uso del recurso de amparo. Esta circunstancia es la que más prejuzga

la tutela constitucional frente a normas legislativas que hayan incurrido en una infracción del mandato constitucional.

Para evitar eso, el legislador orgánico del 1979 pensó en introducir una herramienta procesal de carácter preventivo, el recurso previo de inconstitucionalidad de Estatutos de Autonomía y demás leyes orgánicas. Este instrumento constituye una excepción en un sistema de justicia constitucional articulado sobre el modelo de control sucesivo. Se trata de evitar que determinados textos legales incurran en una infracción del texto constitucional una vez entrados en vigor.

Sin embargo, la breve experiencia del recurso previo de inconstitucionalidad es la prueba más evidente de las disfunciones que un sistema de acceso particularmente amplio puede conllevar en el control de constitucionalidad de las leyes. De hecho la originaria extensión del control previo a todo proyecto de ley orgánica y la posibilidad de que el recurso previo pudiera ser introducido por las minorías parlamentarias llevó a la parálisis de la actividad legislativa y, consecuentemente, a la supresión del instituto. No ha de sorprender, entonces, que la reintroducción del recurso previo de inconstitucionalidad se haya caracterizada por la limitación de su objeto a los proyectos de Estatuto de Autonomía y propuestas de reforma de los mismos; lo que garantiza el carácter excepcional de esa forma de control de constitucionalidad.

En conclusión, el sistema de acceso al control directo de la constitucionalidad de las leyes es muy amplio, pero ha sido utilizado con cautela, siendo evidente el riesgo de conflictos institucionales y de politización del mismo Tribunal Constitucional. En aquellos supuestos en los que se han producido disfunciones se ha intervenido para limitar el acceso a la sede constitucional. Sin embargo, aunque el acceso al recurso de inconstitucionalidad no ha sido tan problemático como en el amparo, la tutela constitucional frente a leyes dependerá de la capacidad del Tribunal Constitucional de manejar el flujo de asuntos que le llegan y resolverlos en tiempos razonables.

Sección Segunda

La cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español

Según lo establecido en el art. 29 LOTC la segunda vía típica para promover un juicio de constitucionalidad de las normas con rango de ley es la cuestión de inconstitucionalidad, prevista por el art. 163 CE y desarrollada en los arts. 35 a 37 LOTC.

Conforme a la tradición europea, y en particular a los sistemas italiano y alemán, que en el 1978 ya habían sido desarrollados, dando buena prueba de sí mismos en la obra de constitucionalización de los nuevos ordenamientos democráticos, también el constituyente español implantará sobre el esquema kelseniano clásico de control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes un mecanismo de control indirecto y concreto, cual es la cuestión de inconstitucionalidad, que incluye también a los jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la justicia constitucional, permitiéndole de enjuiciar las normas legislativas en ocasión de su aplicación al caso concreto. Sin bien, entonces, la jurisdicción constitucional, o sea, el poder de declarar la inconstitucionalidad y nulidad de las normas legislativas, pertenece en exclusiva al Tribunal Constitucional, la justicia constitucional corresponde también a los jueces y Tribunales, y la ejercen a través de la cuestión de inconstitucionalidad³⁸⁴.

La cuestión de inconstitucionalidad es el instrumento procesal puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar su doble obligación de estar sometidos al mismo tiempo a la ley y a la Constitución (STC 17/1981, FJ 1). Por un lado, los órganos judiciales están supeditados a los mandatos constitucionales, y han de resolver los casos concretos conforme con ellos,

³⁸⁴ ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, Madrid 2013, 269 ss.

inaplicando aquellas normas que consideren contrarias a la Constitución. Por el otro lado, la sujeción a la ley impide a los órganos judiciales inaplicar las normas legislativas, aunque fuese por considerarlas inconstitucionales. De hecho, en un sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes los órganos judiciales no están facultados para declarar con efectos *erga omnes* su inconstitucionalidad, ni para inaplicar *inters partes* aquellas normas que consideren inconstitucionales.

Por ello, *“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 (art. 163 CE), “de oficio o a instancia de parte”, “una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese” (art. 35 LOTC).*

La cuestión de inconstitucionalidad instituye una forma de colaboración entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional, para que las normas legislativas contrarias a la Constitución lleguen a ser declaradas nulas, sin límites temporales, como ocurre en el recurso de inconstitucionalidad, pero en ocasión de su aplicación a un caso concreto.

No obstante su origen concreta, la cuestión de inconstitucionalidad persigue la misma finalidad objetiva del recurso, esto es, la de garantizar la supremacía de la Constitución mediante la expulsión del ordenamiento de las leyes, disposiciones y actos con fuerza de ley que sea contrarias a aquella. *“La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislado se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de las normas legales que violen esos límites. El objetivo común, la preservación de la constitucionalidad de las leyes, puede ser perseguido a través de estas dos vías procesales, que presentan peculiaridades específicas, pero cuya identidad teleológica no puede ser ignorada” (STC 17/1981, FFJJ 1 y 4).*

Cuestión y recurso comparten, en principio, también el mismo objeto, siendo ambos procedimientos finalizados a enjuiciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de las leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de las enumeradas en el art. 27 LOTC, esto es: a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas; b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley; c) Los Tratados Internacionales; d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales; e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas; f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el carácter indirecto y concreto de la cuestión de inconstitucionalidad hace que su objeto sea en la práctica más limitado de aquel del recurso de inconstitucionalidad. Se piense, por ejemplo, que el carácter concreto, que exige la aplicabilidad de la norma enjuiciada al caso, restringe en muy buena medida la posibilidad de impugnar a través de una cuestión de inconstitucionalidad las normas internas de las Cámaras, como los Reglamentos parlamentarios³⁸⁵.

Desde otra perspectiva cabe destacar que, aunque sea teóricamente posible impugnar en vía incidental los decretos leyes, el breve plazo de 30 días desde su publicación (art. 86.2 CE) dentro del cual el Congreso de los Diputados deberá pronunciarse sobre su convalidación, derogación o tramitación en ley dificulta el planteamiento de una cuestión sobre los mismos, ya que en caso de derogación o tramitación en ley el Decreto ley desaparece como tal. Aun así, el Tribunal Constitucional ha admitido la posibilidad del control de un Decreto Ley ya inexistente, al apreciar que “*el velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir Decretos-leyes dentro del marco constitucional, es algo que no puede eludirse*” (STC 111/1983, FJ 1). En relación con los decretos legislativos el principal problema al que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional

³⁸⁵ PARDO FALCON J., *Art. 27*, cit., 375.

ha sido el de concretar sus propias potestades sobre los mismos, ya que – como resulta de la remisión expresa que el art. 27 LOTC hace al art. 82.6 CE – este ha de que relacionarse con la competencia que eventualmente corresponda a otros Tribunales y a las adicionales formas de control que eventualmente estableciesen las leyes de delegación.

El carácter compartido de la competencia para enjuiciar los decretos legislativos y la posibilidad de diferentes formas de control fue reconocido por el Tribunal ya en la STC 51/1982, FJ 1. Sin embargo, será en la STC 47/1984, FJ 3 en la que este afirmará claramente que “*el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no solo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria*”; y, si bien estas afirmaciones han sido objeto de dura críticas en la doctrina³⁸⁶, no puede no mencionarse que el art. 1, primer apartado, de la Ley de enjuiciamiento contencioso-administrativo del 1998 atribuye a los Juzgados y Tribunales del relativo orden, entre otras cosas, el conocimiento “*de las pretensiones que se deduzcan en relación con...los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación*”.

Está claro entonces que en el control de constitucionalidad de los decretos legislativos existe una zona de concurrencia donde el Tribunal Constitucional ha tenido que precisar el contenido y alcance de su competencia frente a los demás órganos judiciales.

A margen de estas cuestiones, no cabe duda de que el posible objeto de control a través de la cuestión de inconstitucionalidad ha de ser toda norma con rango o valor de ley, y eso independientemente de la causa de la vulneración constitucional que se alega, que puede ser tanto de naturaleza material como formal³⁸⁷. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresamente reconocido la posibilidad de que un aspecto formal - como por ejemplo el defecto de rango

³⁸⁶ Se vea en particular DE OTTO I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1987, 189 ss.

³⁸⁷³⁸⁷ En la STC 38/2007 el Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad frente a normas contenidas en tratados internacionales.

de la ley aplicable - pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, ya que “*la disconformidad con la Constitución no comprende solo el contenido material de la norma, sino toda vulneración de la Constitución que pueda dar lugar a su invalidez*” (STC 65/1985, FJ 1) ³⁸⁸ . La cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse incluso respecto de preceptos legales derogados. Como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional “*la derogación o modificación de una norma no siempre priva de sentido a la cuestión que pone en duda su constitucionalidad*” (STC 109/1993, FJ 2). En consecuencia, siempre que la norma sea de aplicación al supuesto enjuiciado y relevante por el fallo a dictar, no cabe duda acerca de la admisibilidad de la cuestión (SSTC 199/1987, 93/1988, 3/1993).

Quedan excluidas del posible enjuiciamiento mediante cuestión de inconstitucionalidad, y en general de todo tipo de control de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, las normas de rango infralegal. El control de legalidad y el de constitucionalidad de estas normas corresponde a los jueces y tribunales ordinarios, los que pueden inaplicarlas si las consideran inconstitucionales, y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, los que pueden anularlas si comprueben su ilegalidad³⁸⁹. Diferente es el caso en que, habiéndose impugnado directamente un reglamento en el proceso *a quo*, el órgano judicial decida plantear cuestión de inconstitucionalidad del precepto legal que le da cobertura. Estas cuestiones no plantean dudas en lo relativo al objeto de control - que como es evidente es un precepto legal - pero sí respecto

³⁸⁸ JIMÉNEZ CAMPO J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en VV.AA., *Los procedimientos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Madrid 1992, 20 ss.

³⁸⁹ En esta línea, en la STC 67/1985, FJ 4, el Tribunal Constitucional excluía la posibilidad de «examinar la constitucionalidad de las disposiciones reglamentarias en desarrollo de los preceptos cuestionados (que sí podrá determinar el órgano judicial), pues el art. 27 de la LOTC no comprende a tales disposiciones entre las que relaciona su número 2 como susceptibles de declaración de inconstitucionalidad en las cuestiones y recursos de inconstitucionalidad». En el mismo sentido, las SSTC 36/1991, FJ 1; 296/1994, FJ 2; y AATC 60/1991, FJ 1; 92/1991, FJ 2; 343/1991, FJ único.

del carácter concreto de la impugnación promovida, puesto que la norma enjuiciada no es la aplicable al caso judicial. Pese a que el carácter concreto se ve “*algo diluido*” y que el juicio de relevancia ofrece “*matices singulares*”, el Tribunal Constitucional admite esta tipología de cuestiones de inconstitucionalidad, “*pues es claro que también en estos casos el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas impugnadas desarrollan o ejecutan*” (STC 76/1990, FJ 1)³⁹⁰.

En cuanto instrumento para la defensa objetiva de la Constitución, la cuestión de inconstitucionalidad resuelve dudas reales y efectivas sobre la constitucionalidad de aquellas normas legales, tanto sustantivas como procesales, que los órganos judiciales han de aplicar para resolver casos concretos. Por ello, la cuestión no “*puede ser instrumentada al modo de un cauce consultivo mediante el cual la jurisdicción constitucional vendría a despejar las dudas que abrigara el órgano judicial no ya sobre la constitucionalidad de un precepto legal, sino sobre cuál fuera, de entre las varias posibles, su interpretación y aplicación más acomodada a la Constitución*” [STC 222/1992, FJ 2 b)]³⁹¹, ni puede ser utilizada para manifestar una mera discrepancia con la interpretación que de la ley aplicable viene realizando el Tribunal superior, pues su finalidad “*no es en modo alguno resolver controversias interpretativas sobre la legalidad entre órganos jurisdiccionales o dudas sobre el alcance de determinado precepto legal, para lo cual el ordenamiento dispone de otros cauces*” (ATC 62/1997, FJ 2).

Sin embargo, en la reciente y muy relevante STC 37/2012 el Tribunal Constitucional ha admitido el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en sentencias de casación interpretativa de la ley o unificadora de la interpretación

³⁹⁰ En el mismo sentido, se vean también las SSTC 183/1992 y 337/1994.

³⁹¹ En la misma línea, las SSTC 157/1990, FJ 2; 126/1997, FJ 2.

de la ley³⁹². En la casación extraordinaria el Tribunal Supremo establece una interpretación de la ley que vincula a los órganos judiciales inferiores en el orden jurisdiccional³⁹³. El carácter vinculante de la mencionada jurisprudencia impide a los demás órganos judiciales de dotar la ley de una interpretación distinta, por lo que la única manera de disentir de ella es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre la interpretación dada por el Supremo. De lo contrario, la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo haría inmune la ley de su control de constitucionalidad por la vía de la cuestión, lo que conduciría al absurdo de que siendo posible plantear la cuestión sobre una ley en la que no hubiera mediado la interpretación vinculante del Tribunal Supremo, no lo fuera en cambio cuando tal interpretación ya se ha producido³⁹⁴. Tal circunstancia llevaría el Tribunal Supremo a adquirir una posición superior a la del propio legislador, y además, produciría un evidente quebranto de la independencia judicial constitucionalmente garantizada³⁹⁵. Por tanto, “*los Jueces o Tribunales de grado inferior no vienen compelidos a resolver el litigio sometido a su jurisdicción ateniéndose al contenido del precepto legal aplicable que resulta concretado por las sentencias del Tribunal Supremo que estiman los recursos de casación en interés de ley si estiman que este pudiera*

³⁹² La cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, en relación con el art. 81 del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y el art. 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, así como habían sido interpretados con carácter vinculante por las Sentencias en interés de ley de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008.

³⁹³ Según el Tribunal Constitucional «la independencia del poder judicial implica que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, los Jueces y Magistrados están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, no estando vinculados ni aun siquiera por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la excepción de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley» (STC 37/2012, FJ 4).

³⁹⁴ ARAGÓN REYES M., *La STC 37/2012, de 19 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en DÍEZ PICAZO L. (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Navarra 2014, 303.

³⁹⁵ *Ibidem*, 304.

ser contrario a la Constitución, al poder plantear Cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional” (STC 37/2012, FJ 3)³⁹⁶.

La cuestión de inconstitucionalidad preserva así la independencia judicial respecto de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo, de la que los órganos judiciales inferiores solo podrán apartarse por razones de constitucionalidad.

Por el contrario, es doctrina constante que no cabe cuestión de inconstitucionalidad respecto de la jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo, pues el órgano judicial inferior que discrepase de la interpretación de la ley dada por aquel podrá apartarse tanto por razones de legalidad como de constitucionalidad³⁹⁷.

Definido el alcance y el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, habrá de pasarse ahora a examinar los requisitos para su planteamiento y admisibilidad, los que han dado lugar a una interesante jurisprudencia que no puede no enriquecer un estudio sobre las problemáticas de acceso a la justicia constitucional en España.

El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad

En relación con el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si bien los arts. 163 de la CE y 35 de la LOTC adopten una formulación muy similar para definir las condiciones de acceso a la vía incidental, hay que decir que igual se han puesto una serie de problemas interpretativos, cuya solución se encuentra en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En primer lugar, el Juez de las leyes ha tenido que enfrentarse con el tema de quien está en

³⁹⁶ En palabras del Tribunal Constitucional «En la medida en que el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad viene obligado a aplicar en el proceso a quo unos preceptos legales con el contenido normativo fijado por la doctrina legal vinculante sentada por el Tribunal Supremo, de cuya constitucionalidad duda y de cuya validez depende el fallo, ha de concluirse que se cumplen las exigencias para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad» (STC 37/2012, FJ 2).

³⁹⁷ *Ibidem*, 305.

concreto facultado para plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues, mientras que la Constitución hace genérica referencia al *órgano judicial*, la LOTC utiliza también la más concreta expresión de *Juez o Tribunal*, que parece remitir solo a los órganos integrantes el Poder Judicial. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha tenido que precisar el lugar y el momento en que puede plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, y en concreto si el acceso a la justicia constitucional está permitido solo en el curso de una actuación judicial que resuelve una controversia o si, por el contrario, este es posible en cualquiera de las actuaciones judiciales en las que se ejerce potestad jurisdiccional.

Las cuestiones mencionadas han dado lugar a una interesante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, en algún caso, también a modificaciones de la disciplina legislativa de la cuestión de inconstitucionalidad.

El primer problema al que ha tenido que enfrentarse el Tribunal Constitucional ha sido el de concretar los sujetos habilitados para plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pues la Constitución habilita genéricamente a cualquier órgano judicial (art. 163), expresión que utiliza también la LOTC junto, e indistintamente con la de Juez o Tribunal (art. 35 LOTC).

El reconocimiento a cualquier órgano judicial de la facultad de plantear cuestión de inconstitucionalidad de las normas legislativas, en ocasión de su concreta aplicación, amplía mucho los canales de acceso al Juez constitucional y las posibilidades de control, frente a las que ofrece el recurso de inconstitucionalidad, que puede ser activado solo por determinados sujetos institucionales y dentro de unos límites temporales³⁹⁸.

³⁹⁸ La habilitación en favor de cualquier órgano judicial no fue una solución pacífica, ya que en el proceso constituyente se propuso también de circunscribir el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a determinados órganos judiciales, y en particular a los Tribunales de apelación y casación. Por una síntesis de los debates parlamentarios generados en torno al art. 163 CE, se vea LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid 2000, 27 ss.

Sin embargo, hay que señalar que los órganos judiciales no ejercen – como los legitimados al recurso – una acción ante el Tribunal Constitucional y, por tanto, su habilitación para plantear cuestión de inconstitucionalidad no configura una legitimación en el sentido propio del término, entendida como derecho a acceder a la jurisdicción constitucional que otorga la capacidad de iniciar un proceso, de ser parte en aquel y de disponer sobre la actividad alegatoria y la pretensión procesal que se desarrolla en el mismo³⁹⁹.

Nos hallamos, más bien, ante una forma de colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, de extrema relevancia, pues se trata de una colaboración necesaria para *“asegurar que la labor de depuración del ordenamiento sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que solo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas”* (STC 17/1981, FJ 1).

A este labor de depuración del ordenamiento participan también los particulares que son partes del juicio *a quo*, a quienes se les reconoce la posibilidad de denunciar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley y solicitar el planteamiento de una cuestión, sin que tales facultades se conviertan en un verdadero derecho de acceso a la jurisdicción constitucional, pues la decisión de plantear una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva y irrevisable del órgano judicial (STC 148/1986, FJ 3).

A la luz de este fundamental papel en la labor de depuración del ordenamiento, se entiende la importancia de resolver el problema de lo que debe entenderse por órgano judicial, expresión utilizada por el constituyente y reproducida en la LOTC, junto con aquella de Juez o Tribunal.

En doctrina se han afirmado dos interpretaciones. Por un lado, hay quien ha propuesto una interpretación estricta de la Constitución que incluye entre los sujetos habilitados para plantear cuestión de inconstitucionalidad solo los

³⁹⁹ *Ibidem*, 230; TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 99 ss.

órganos que integran el Poder Judicial, así como enumerado por el art. 26 de la LOPJ⁴⁰⁰. Por otro, hay quien ha interpretado la cualificación judicial del órgano no como sinónimo de pertenencia al Poder Judicial, sino como titularidad de jurisdicción o potestad jurisdiccional, llegando a reconocer legitimación para plantear cuestión de inconstitucionalidad a todos aquellos órganos que, aunque no formen parte del Poder judicial, ejercen sus funciones juzgando de manera imparcial, independiente e irrevocable, y con capacidad de ejecutar sus resoluciones. Este razonamiento se fundamentaba en que fuera del Poder Judicial existen órganos que ejercen jurisdicción, así como reconoce el art. 3.1 LOPJ al establecer que la jurisdicción “*es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos*”⁴⁰¹.

El de la titularidad de jurisdicción o potestad jurisdiccional ha sido el criterio utilizado también por el Tribunal Constitucional para concretar los canales de acceso a la jurisdicción constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad. Sobre estas bases no hay duda de que, en principio, la legitimación para plantear cuestión de inconstitucionalidad corresponde a los órganos integrantes el Poder Judicial, ya que estos tienen atribuido el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estos órganos son los que enumera el art. 26 de la LOPJ, es decir, Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; Audiencias provinciales; Tribunales Superiores de Justicia; Audiencia Nacional; y Tribunal Supremo. Todos estos órganos cuando, en el ejercicio de su función jurisdiccional, deban aplicar en un proceso del que están conociendo una norma con rango de ley de cuya constitucionalidad duden y consideren que de la validez de dicha norma

⁴⁰⁰ RIBAS MAURA A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1991, 43.

⁴⁰¹ Se vea, en particular FERNÁNDEZ de Frutos M., *El procedimiento en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona 2003, 210.

depende el mismo podrán plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional⁴⁰².

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha excluido que puedan plantear cuestión de inconstitucionalidad los Jueces de Instrucción, al considerar que en el momento procesal en que estos actúan *“todavía no es posible saber si la norma que se cuestiona es aquella de la que va a depender el fallo, ya que pudiera ocurrir que esta norma no llegara a aplicarse porque no se probaran los hechos denunciados, existiera otra norma penal que desplazara aquella o, por cualquier otro motivo que impidiera la aplicación de la norma cuestionada”* (STC 234/1997, FJ 2)⁴⁰³.

Asimismo, se han excluido de los sujetos habilitados para plantear cuestión de inconstitucionalidad los Jueces encargados del Registro civil cuando ejercen funciones administrativas sometidas al control de órganos administrativos, como es, por ejemplo, la tramitación de un expediente matrimonial. Al respecto, en el ATC 505/2005, FJ 3, se afirma que *“además de ser promovida por un órgano judicial, único para suscitarse, es condición imprescindible para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad la previa existencia de un proceso, en cuyo seno la cuestión se configura como la vía prejudicial constitucional”*. En consecuencia, el Pleno del Tribunal concluye que en la tramitación de un expediente matrimonial, el Juez del Registro civil *“no ejerce jurisdicción ni, por consiguiente, su actuación puede ser calificada como jurisdiccional...sino registral”* (ATC 505/2005, FJ 6)⁴⁰⁴. Por todo lo anterior se

⁴⁰² PACHECO GALLARDO M., *Cuestión de inconstitucionalidad*, en *La Ley*, n. 3113/2016, 3.

⁴⁰³ Se vean también los AATC 333/2005 y 135/2006.

⁴⁰⁴ Como se remarca en el FJ 7 del ATC 505/2005 «ni en el desempeño de dicha actividad [el Juez del Registro civil] desarrolla una función jurisdiccional, al integrarse en la estructura administrativa del Registro Civil, bajo la dependencia funcional que no orgánica del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni puede calificarse de jurisdiccional la decisión, pese a su denominación de Auto, que ha de adoptar en el expediente matrimonial aprobando o denegando la celebración del matrimonio, al ser susceptible de recurso y revisión ante un órgano administrativo, por lo que tampoco en modo alguno dicha decisión puede

declara que los Jueces del Registro civil no están facultados ex arts. 163 CE y 35 LOTC para promover una cuestión de inconstitucionalidad, “*en atención al carácter no jurisdiccional del expediente en el que se plantea. O, en otras palabras, ateniéndonos al propio tenor de los citados preceptos, en cuanto que la cuestión de inconstitucionalidad no resulta propuesta por un órgano judicial en un proceso en el cual el fallo que haya de dictarse dependa de la validez de la norma legal cuestionada*”(ATC 505/2005)⁴⁰⁵.

Esta interpretación no obtuvo el consenso unánime del Pleno, y dio lugar a posiciones muy divergentes en el seno del mismo Tribunal, expresadas en los Votos particulares que acompañan al mencionado Auto⁴⁰⁶. La exclusión de la legitimación de los Jueces del Registro civil para plantear cuestión de inconstitucionalidad representa un supuesto de gran interés, pues – como se verá más adelante - constituye una revisión en sentido restrictivo de aquella jurisprudencia que consideraba el elemento subjetivo de la cuestión, es decir, la presencia de un juez o tribunal, prevalente respecto del elemento objetivo de la existencia de un proceso.

Con independencia de las concretas posiciones adoptadas en cada supuesto, en principio, lo que guía el Tribunal Constitucional a la hora de definir que ha de entenderse por órgano judicial es el criterio de la jurisdicción o potestad jurisdiccional. En esa perspectiva, el Tribunal ha excluido de los sujetos

merecer la consideración (ni aun en la flexible interpretación que este Tribunal ha hecho del término “fallo” utilizado por los arts. 163 CE y 35.1 LOTC), de “pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial” (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 1)».

⁴⁰⁵ En la misma línea AATC 508/2005, 54 y 59/2006.

⁴⁰⁶ Los magistrados disidentes sostenían que el procedimiento previo al matrimonio del art. 56 CC, aunque se denomina expediente, integra una auténtica actuación jurisdiccional, y por tanto merece una solución flexible y anti-formalista a la hora de ser calificada como vía previa al control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Por una análisis del ATC 505/2005, TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 135 ss.; GONZÁLEZ SOLER O.E., *Sobre la «legitimación» de los encargados del Registro civil para promover el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad*, en *Repertorio Aranzaldi del Tribunal Constitucional*, 2005, 229 ss.

habilitados para plantear cuestión de inconstitucionalidad también los árbitros. Al respecto, ha afirmado que “*los jueces árbitros no pueden ser calificados como jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo*”, pues, mientras que el juez es titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), y está revestido, por tanto, de *imperium*, el árbitro está desprovisto de tal carisma o calidad, y su mandato tiene origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En razón de esta diferente configuración el Tribunal Constitucional concluye que los árbitros no pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad. En concreto, “*es el carácter para-jurisdiccional o casi-jurisdiccional de la función arbitral, o, en otras palabras la inexistencia de jurisdicción en sentido propio, lo que impide que el árbitro pueda plantear cuestión de inconstitucionalidad, por estar reservada a los órganos judiciales*” (ATC 259/1993 FFJ 1, 3).

Igualmente, no poseen legitimación todos aquellos órganos que, a pesar de su calificación, no ejercen una potestad verdaderamente jurisdiccional, por ser en realidad organismos administrativos⁴⁰⁷. Por la misma razón han de excluirse de los sujetos habilitados para plantear una cuestión de inconstitucionalidad las llamadas autoridades independientes, pues no tienen los requisitos de

⁴⁰⁷ Se hace referencia, por ejemplo, a los Tribunales Económico-Administrativos y al Tribunal de Defensa de la Competencia. Al respecto RIBAS MAURA A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 43 ha subrayado que los mismos no encajan de ninguna manera en la denominación de órgano judicial prevista en el art. 163 CE. Además, sus resoluciones son normalmente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, momento en el que sí sería posible solicitar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Por lo que respecta a los Tribunales consuetudinarios y tradicionales como el Tribunal de las Aguas de Vega de Valencia y el Consejo de los Hombres Buenos de Murcia se vea, TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 116. El autor considera que, aunque la STC 113/2004 reconozca al Consejo de los Hombres Buenos de Murcia naturaleza jurisdiccional, opinión que puede extenderse también al tribunal valenciano por las analogías entre las dos instituciones, queda, el terreno del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la duda del rango de las normas que aplican habitualmente, que solo de una manera muy forzada puede decirse que tengan el de la ley. Sobre el tema, también FERNÁNDEZ de Frutos M., *El procedimiento en la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 228.

independencia e imparcialidad de las autoridades jurisdiccionales, y desarrollan, además, una actividad de naturaleza propiamente administrativa.

Otro supuesto que merece la pena mencionar es el de los tribunales eclesiásticos, los que han de considerarse excluidos de la posibilidad de elevar cuestión de inconstitucionalidad, por no formar parte del Poder Judicial, y siendo esta también la solución más habitual en el derecho comparado⁴⁰⁸.

Sin embargo, hay órganos que, si bien no están integrados en el Poder judicial, pueden plantear cuestión de inconstitucionalidad, debido al carácter efectivamente jurisdiccional de las funciones ejercidas.

Es el caso, en primer lugar, de los Tribunales militares, que ejercen su potestad jurisdiccional en el ámbito estrictamente castrense (art. 117.5 CE). Aunque se trate de una jurisdicción especial, nunca se ha dudado de que sus órganos tengan posibilidad de acceder a la jurisdicción constitucional. En esa perspectiva, la Ley Orgánica 4/1987, de la competencia y organización de la jurisdicción militar, ha reconocido expresamente, en su art. 5, que *cuando un órgano de la jurisdicción militar considere 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*⁴⁰⁹.

Más peculiar es, en segundo lugar, la legitimación reconocida al Tribunal Constitucional, que por expresa previsión legal puede plantear ante sí mismo cuestiones de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, tanto en el curso de un proceso de amparo (art. 55.2 LOTC), como en aquel del conflicto en defensa de la autonomía local (art. 75 quinquies.6). En realidad, se trata de incidentes de inconstitucionalidad que, si bien asumen la configuración típica del proceso incidental, se distinguen de la cuestión, tanto por el órgano que los

⁴⁰⁸ *Ibidem*, 124.

⁴⁰⁹ La habilitación a la jurisdicción castrense para elevar cuestión de inconstitucionalidad no ha quedado en el terreno de la mera hipótesis, ya que ha sido frecuente que los órganos jurisdiccionales castrenses hayan planteado cuestiones ante el Tribunal Constitucional.

plantea – que puede ser el mismo que los resuelve o una parte de ello - como por su carácter más abstracto que concreto, pues las dudas de inconstitucionalidad no surgen en ocasión de la aplicación de las normas cuestionadas, sino en un juicio sobre sus actos de aplicación. Estas circunstancias hacen que el carácter indirecto y concreto de la cuestión quede bastante diluido. Aun así, nos hallamos ante procedimientos incidentales que han por objeto resolver dudas de inconstitucionalidad de normas con rango de ley.

Más problemas ha planteado la supuesta legitimación del Tribunal de Cuentas para plantear cuestión de inconstitucionalidad, puesto que ninguna norma le atribuye dicha facultad. Además, su doble carácter fiscalizador y jurisdiccional, y su dependencia de las Cortes Generales, han hecho que surgiesen dudas sobre si el Tribunal de Cuentas configure un verdadero órgano judicial, en el sentido que ejerza jurisdicción o potestad jurisdiccional⁴¹⁰. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “*el enjuiciamiento contable que lleva a cabo el Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una función jurisdiccional, plena y exclusiva, en un proceso especial por razón de la materia*” (STC 215/2000, FJ 7). Esta afirmación – que avala la previsión constitucional del art. 136.2 CE que ya confiere al Tribunal de Cuentas su propia jurisdicción – debería llevar a reconocerle la facultad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha tenido la oportunidad de pronunciarse específicamente sobre el tema, porque nunca el de Cuentas ha hecho uso de la mencionada facultad.

El ejercicio de jurisdicción o potestad jurisdiccional no es el único requisito exigido por la jurisprudencia constitucional para que un órgano judicial pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pues se requiere que este sea también el competente para decidir el proceso en que la norma cuestionada haya de aplicarse. Así, en la STC 96/2001 el Tribunal Constitucional inadmitió

⁴¹⁰ CORZO SOSA E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1998, 180 ss.; TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 114 ss.

la relativa cuestión porque no había sido elevada por el órgano jurisdiccional al que “*incumbe, en virtud de las correspondientes reglas competenciales, dictar resolución por decidir el concreto proceso en que la norma con rango de ley de cuya constitucionalidad se duda ha de ser aplicada*” (FJ 3)⁴¹¹.

La exigencia de que la cuestión sea planteada por el órgano judicial competente a decidir sobre el fondo del proceso *a quo* mira a evitar que esta vía de acceso a la jurisdicción constitucional sea utilizada de manera abstracta, desatendiendo a su carácter concreto.

Según lo establecido en el art. 35.1 de la LOTC, el órgano judicial puede plantear cuestión de inconstitucionalidad *de oficio o a instancia de parte*.

La referencia a las partes permite entender que estas participan de alguna manera a la colaboración que, a través de la cuestión, se establece entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional para la depuración del ordenamiento.

Esta participación se sustancia en la facultad de denunciar la inconstitucionalidad de una norma de ley aplicable al caso y pedir al órgano judicial que eleve la referida cuestión al Tribunal Constitucional. En definitiva, las partes solo pueden solicitar una cuestión, sin reclamar algún derecho, pues la facultad atribuida por la LOTC no fundamenta alguna pretensión al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad⁴¹².

De hecho, tanto la Constitución (art. 163) como la LOTC (art. 35) atribuyen la decisión sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad al órgano judicial, a pesar de que esta pueda fundamentarse en argumentaciones alegadas por las partes. Que la decisión sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad dependa de la exclusiva voluntad del órgano judicial lo ha puesto de manifiesto el mismo Tribunal Constitucional al afirmar que las

⁴¹¹ Ya en el ATC 470/1988, FFJJ 2, 3, el Tribunal Constitucional señalaba que «es un presupuesto inexcusable que el órgano judicial que promueve la cuestión sea competente y haya, por tanto, de pronunciarse en principio sobre el fondo del litigio».

⁴¹² PACHECO GALLARDO M., *Cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 4; ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Valencia 1989, 220 ss.

solicitudes de las partes no pueden limitar o vincular de alguna manera los Jueces y Tribunales, ya que el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad “*es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial*” (STC 148/1986, FJ 3). Por tanto, la previsión legal de que la cuestión pueda elevarse a instancia de parte “*no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento solo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El art. 35 de la LOTC no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el art. 163 CE, sino únicamente la facultad de instarlo de los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquella cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver*” (STC 130/1994, FJ 2)⁴¹³.

Si, entonces, las partes no tienen derecho al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, ha de concluirse –conforme con la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional – que la negativa de una solicitud de planteamiento de una cuestión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y por consiguiente no es impugnable en amparo (ATC 10/1983, FJ 2).

En un primer momento el Tribunal Constitucional no consideraba lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva tampoco el silencio del órgano judicial frente a la solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En muchas ocasiones el Tribunal Constitucional ha resuelto o bien afirmando que el silencio judicial no quebranta el derecho a la tutela judicial efectiva (AATC 275/1983, FJ 2; 767/1986, FJ 1), o bien considerándolo como respuesta implícita a la solicitud de las partes (SSTC 67/1988, FJ 7; 151/1991, FJ 2;

⁴¹³ MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, en REQUEJO PAGÉS J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 517.

159/1997, FJ 5)⁴¹⁴. Esta posición se fundamentaba en que *“no siendo la petición de que se suscite la cuestión fundamento de ninguna pretensión a la que el juzgador haya de proveer, es claro que pueda responderla con el silencio, sin que de ello se derive lesión alguna del derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución garantiza”* (ATC 275/1983).

Sin embargo, a partir de la STC 166/1986, FJ 15, el Tribunal Constitucional empieza a matizar su doctrina hasta llegar a cambiarla definitivamente con la STC 35/2002. De hecho, en la STC 166/1986 se aclaraba que ante una duda de inconstitucionalidad planteada por alguna de las partes el órgano judicial puede elevar la cuestión de inconstitucionalidad o denegarla, pero en este último caso habrá de motivar la negativa para no lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva.

A su vez, la STC 35/2002 estima un recurso de amparo entre otras razones porque el Juez no había exteriorizado en la sentencia razonamiento alguno para justificar su decisión de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada por una de las partes en el proceso *a quo*. Según el Tribunal Constitucional, *“si bien las partes en el proceso carecen de un derecho al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad por tratarse de una potestad atribuida en exclusiva a los órganos judiciales...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”* (FJ 3). En consecuencia – y en sentido contrario a la precedente jurisprudencia – se afirma que el silencio

⁴¹⁴ Como apunta LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley orgánica 6/2007 del Tribunal Constitucional*, en PÉREZ TREMPES P. (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia 2007, 205, según esta jurisprudencia ni siquiera es necesario abrir el trámite de audiencia previsto por el art. 35.2 LOTC si el juez considera que la cuestión de inconstitucionalidad insinuada por las partes no está bien fundamentada.

como respuesta a la solicitud de parte de plantear cuestión de inconstitucionalidad vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, y puede ser impugnado en amparo una vez agotada la vía judicial⁴¹⁵.

El recurso de amparo puede eventualmente garantizar las partes también en el supuesto en que el planteamiento de la cuestión venga rechazado. En la nueva regulación del recurso de amparo, la inconstitucionalidad de la ley aplicada en el proceso judicial constituye uno de los supuestos básicos de especial trascendencia constitucional enumerados por la STC 155/2009.

Expuestas las problemáticas relativas al elemento subjetivo de la legitimación, se han de examinar a continuación las cuestiones relacionadas con el elemento objetivo de la cuestión, esto es, que la cuestión surja en el seno de un proceso, antes que se dicte sentencia o la resolución jurisdiccional que procediese.

Se considere, en primer lugar, que tanto el art. 163 CE como el art. 35.3 LOTC exigen que la cuestión de inconstitucionalidad surja con motivo de un proceso judicial. Esta expresión ha dado lugar a muchas discusiones en doctrina, y en el seno del propio Tribunal Constitucional, pues de su interpretación dependen las concretas posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional. Es evidente que una interpretación estricta del término proceso llevaría a inadmitir todas aquellas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con motivo de actuaciones judiciales, que no configuran un proceso en sentido propio, sino una mera fase del procedimiento de naturaleza interlocutoria, cautelar o ejecutiva.

En doctrina una interpretación estricta del término proceso ha sido rechazada desde el principio, pues siempre se ha entendido que es posible plantear cuestión de inconstitucionalidad en cualquier actuación judicial donde resulte

⁴¹⁵ LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007*, cit., 207 ss.; CRUZ VILLALÓN P., *El juez como garante de los derechos fundamentales*, Madrid 2003, 50; MARÍN PAGEO E., *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid 1990, 154 ss.; LÓPEZ FRAGOSO ÁLVAREZ T., *La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional*, en *La Ley*, n. 2679/1991, 2.

aplicable una norma legal, tanto material como procesal, sin que sea necesario encontrarse ante un proceso en el sentido estricto del término. Diversamente se limitaría mucho el acceso a la jurisdicción constitucional, dejando inmune del control incidental de constitucionalidad un buen número de normas legislativas, en particular las de carácter procesal⁴¹⁶.

El Tribunal Constitucional se ha enfrentado con el problema de lo que debe entenderse por proceso desde la STC 36/1991 en la que se plantaron dudas acerca del carácter de los procedimientos que se desarrollan ante los Jueces de Menores, que según el Abogado del Estado no configurarían un verdadero proceso, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar; y, por tanto, no permitirían a los mencionados jueces plantear cuestión de inconstitucionalidad. En el FJ 2 el Tribunal rechaza esta argumentación afirmando que los referidos procedimientos constituyen un verdadero proceso seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, ya que los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley, siendo los Juzgados de Menores, Juzgados ordinarios y especializados. En consecuencia, los procedimientos de protección, corrección o reforma de menores constituyen verdaderos procesos, y eso permite en los mismos plantear cuestión de inconstitucionalidad.

La cuestión será tratada con mayor detalle en la STC 76/1992, que resuelve tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en el seno de unas actuaciones

⁴¹⁶ Se vean, GARCIA ROCA J., *El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juez ordinario: el caso del juez civil*, en *Revista de las Cortes Generales*, n. 27/1992, 131; y SAAVEDRA GALLO P., *La duda de inconstitucionalidad*, Córdoba 1986, 161 ss., para quien el término proceso debe ser interpretado abarcando a todas las actuaciones judiciales donde deban aplicarse normas legales tanto de carácter material como procesal, puesto que es la necesidad de aplicar una ley de constitucionalidad dudosa por un juez o tribunal, lo que determina el planteamiento de la duda, sin que tengan relevancia las actuaciones procesales en que resulta aplicable.

judiciales que se insertaban en sendos procedimientos administrativos⁴¹⁷. El Tribunal Constitucional admite a trámite y resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad, mostrando que es posible prescindir del elemento objetivo de la cuestión de inconstitucionalidad. *“Pues si bien es cierto que nuestra Constitución ha condicionado la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a la existencia de un proceso, no lo es menos 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 la 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 referente a la legitimación de aquellos para plantear la cuestión de inconstitucionalidad”* (FJ 2). Por ello, el Tribunal Constitucional ofrece una interpretación amplia y flexible del término proceso que incluye toda actuación judicial en la que un órgano jurisdiccional ejerce poderes decisorios, es decir, aplica derecho. Al respecto, señala que la ratio misma de la cuestión de inconstitucionalidad obliga a concluir *“que no puede negarse la legitimación para plantear las dudas de constitucionalidad de una norma con rango de ley al TC, 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 esta que el constituyente ha preferido*

⁴¹⁷ La primera (n. 625/1988) planteada en el procedimiento en el que la Administración de la Seguridad Social solicitaba autorización judicial para entrar en el domicilio; la segunda (765/1990) surgida en el procedimiento en el que una compañía telefónica solicitaba autorización para acceder a una finca con el fin de imponer una servidumbre; y la tercera (766/1990) elevada en el curso del procedimiento en el que la Comunidad de Madrid solicitaba autorización para acceder a una finca a los efectos de ejecutar una resolución dictada por ella.

sustraer al Juez ordinario para evitar el alto grado de inseguridad jurídica que ello podría implicar” (FJ 2).

Esta doctrina extiende las posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional, considerando el elemento subjetivo de la cuestión, o sea la presencia de un juez o tribunal, prevalente respecto del elemento objetivo, que exige la existencia de un proceso en sentido estricto.

A pesar de esta interpretación amplia del elemento objetivo de la cuestión, cabe señalar algunos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha vuelto a exigir que la cuestión se plantee en el curso de un proceso, así negando el acceso a la sede constitucional en aquellos casos en los que la cuestión no originase de una actuación judicial que participe de aquella naturaleza. Así ha ocurrido en el ATC 140/1997, FJ único, en el que el Tribunal Constitucional inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad de la norma que regula las sanciones que el Magistrado-Presidente puede imponer a los candidatos a jurado por no haber comparecido a la selección de un Tribunal de Jurado. Sobre la base de que los art. 163 CE y 35.1 LOTC imponen que la duda de inconstitucionalidad surja en el curso de algún proceso y sea relevante para la emisión del fallo, el Tribunal Constitucional concluía que tanto el carácter gubernativo de la sanción, como el hecho de que el procedimiento previo a su imposición no podía ser asimilado al de proceso, impiden considerar cumplidos los requisitos para la formalización de una cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia, *las actuaciones judiciales gubernativas* han de considerarse excluidas de la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, por no participar de la naturaleza propia de un proceso, ni de aquella de los fallos a los que se refiere el art. 163 CE⁴¹⁸.

A su vez, el ATC 505/2005, con un razonamiento que dio lugar a diversos votos particulares, denegaba la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad a los jueces del Registro civil con motivo de la tramitación

⁴¹⁸ Se vean TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, cit., 134; MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit., 518.

de un expediente matrimonial, pues se consideró que esta actuación no tiene carácter jurisdiccional, sino registral (FJ 6). A juicio del Tribunal Constitucional *“la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad debe quedar circunscrita al ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido estricto o, al menos, cuando la actuación judicial tenga por objeto la garantía de un derecho que haya sido atribuida por la ley, pero no con ocasión del ejercicio de otras funciones que, aun siendo desempeñadas por jueces, no entrañan el ejercicio de dicha potestad sino que, más bien, son asimilables a las funciones desempeñadas por otros servidores públicos, igualmente vinculados por el bloque normativo de la constitucionalidad, pero inhabilitados para promover dicho control en el ejercicio de sus funciones porque, en nuestro sistema, dicha tarea es exclusivamente judicial”* (FJ 7).

A la luz de las resoluciones mencionadas, se desprende que el elemento objetivo de la cuestión ha sido interpretado de manera variable por parte del Tribunal Constitucional, pues, mientras que en la STC 76/1992 se proponía una interpretación amplia del concepto de proceso, en favor de la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad, en otras resoluciones se ha adoptado una interpretación estricta del requisito, que limita el acceso a la jurisdicción constitucional.

Por el contrario, respecto del momento en que ha de plantearse cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal ha venido interpretado siempre de manera extensiva las previsiones legales, hasta provocar incluso una reforma de la originaria regulación. Conforme a la originaria formulación del art. 35.2 las cuestiones de inconstitucionalidad solo podían plantearse una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, expresión claramente concorde con la de fallo utilizada en el art. 163 CE⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Como pone de manifiesto MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit. 524, el precepto así formulado establecía una severa restricción, no impuesta necesariamente, aunque sí cubierta, por el texto constitucional, que utiliza el término fallo en el art. 163 CE, pero que conlleva algunas ventajas, como la de evitar que la cuestión se utilice con fines meramente dilatorios y la de asegurar que los órganos judiciales planteen las cuestiones

Sin embargo, desde sus primeras resoluciones, el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación estrictamente literal del precepto que llevaría a inadmitir toda cuestión de inconstitucionalidad planteada en ocasión de una decisión judicial que no adopte forma de sentencia⁴²⁰.

Así, en la STC 76/1982, FJ 1, el Tribunal Constitucional consideró que “*cuando la cuestión surge respecto a una ley de cuya validez dependa la decisión, podrá plantearse independientemente de que esta adopte la forma de sentencia o se trate de una decisión bajo forma de Auto*”, pues el Tribunal entiende que el término fallo utilizado en el art. 163 CE “*significa el pronunciamiento decisivo o imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o de materia procesal*” (FJ 1).

Desde entonces la jurisprudencia constitucional se ha consolidado en el sentido de que es posible plantear cuestiones de inconstitucionalidad también en el curso de actuaciones judiciales que han de concluirse con Auto, incluso si de naturaleza interlocutoria (SSTC 54/1983, 186/1990, 55/1990)⁴²¹. En sentido contrario se puede remarcar la sola decisión de inadmitir las cuestiones planteadas por los jueces del Registro Civil (ATC 505/2005).

Esta jurisprudencia, tan relevante desde el punto de vista del acceso a la jurisdicción constitucional, ha llevado al legislador orgánico a modificar el precepto legal que regula la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad para prever expresamente que esta podrá plantearse en relación con todo tipo de resoluciones motivadas. Tras la reforma de la LOTC, llevada a cabo por la LO 6/2007, el art. 35.2 establece que el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, *o la resolución jurisdiccional que procediere*. El legislador orgánico

cuando tengan la certidumbre de que el fallo depende de la validez de la norma aplicable.

⁴²⁰ Según, MARÍN PAGEO E., *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, cit. 208 ss., una tal interpretación llevaría a denegar buena parte de las cuestiones promovidas en contra de normas de carácter procesal.

⁴²¹ En estas palabras se expresa MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit., 524.

traslada al texto legal la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, resolviendo definitivamente una de las cuestiones interpretativas más relevante en relación con la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad.

En línea con esta lectura amplia y flexible de la regulación de la cuestión el Tribunal Constitucional ha incluso admitido en algunos casos el planteamiento anticipado del juicio incidental de constitucionalidad, es decir, antes que se haya concluido el procedimiento en el que la norma sospechada de inconstitucionalidad ha de aplicarse. La cuestión surgió con ocasión del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en contra de una norma de naturaleza sustantiva, antes de la celebración del juicio. El Tribunal Constitucional admitió la referida cuestión, a pesar de que fuera prematura, pues consideró que *“la continuación del proceso hasta el trámite de sentencia no aportaría ningún elemento nuevo de juicio sobre la aplicabilidad de la norma, ni respecto del efecto determinante sobre el fallo, ni sobre la legitimidad constitucional”* (STC 8/1982, FJ 1). En consecuencia, razones de economía procesal justificaban el que no se postergase el juicio de constitucionalidad⁴²².

Por último, cabe señalar que la exigencia de que la cuestión se ha de plantear antes que se dicte la resolución que cierra el procedimiento judicial no ha sido de obstáculo para que el Tribunal Constitucional admitiese la posibilidad de cuestiones promovidas en la fase de ejecución de sentencia, toda vez que las dudas se refieren a normas que han de aplicarse *por primera vez* en la fase ejecutiva (STC 54/1983; 181/2000; 73/2000; 81/2003). Estas cuestiones detienen el carácter indirecto y concreto típico de este proceso constitucional. Por el contrario, nunca cabe cuestión de inconstitucionalidad respecto de normas que *han sido ya aplicadas* en el proceso, como ocurriría, por ejemplo, en el caso en que el órgano judicial encargado de ejecutar una sentencia de un Tribunal superior decida elevar cuestión respecto del precepto legal utilizado

⁴²² En el mismo sentido, SSTC 76/1982; 54/1983; 25/1984; 186/1990; 210/1990; 110/1993; y AATC 17/1983; 60/1991; 121/1990; 47/1994.

por este. En tal caso, se desnaturaliza el carácter concreto e indirecto propio de la cuestión de inconstitucionalidad, pues esta se configura como instrumento de control de las *“decisiones sobre la aplicación de normas adoptadas por órganos judiciales superiores y no, como es obligado, en un medio para la resolución de dudas de inconstitucionalidad suscitadas por los jueces y tribunales en relación con normas aplicables al caso, no con las ya aplicadas en una instancia superior”* (ATC 62/1997, FJ 2).

El juicio de aplicabilidad y relevancia

Según lo establecido en el art. 163 CE y 35 LOTC la cuestión es el instrumento procesal que permite enjuiciar en la sede constitucional normas de rango legislativo con ocasión de su aplicación en un proceso judicial, toda vez que de la validez de las normas cuestionadas dependa el fallo a dictar. Esto significa que los Jueces y Tribunales no tienen encomendada una legitimación para impugnar en abstracto cualquier norma que entre a formar parte del mundo del Derecho, como es por los legitimados al recurso de inconstitucionalidad, sino que podrán plantear dudas solo acerca de aquellas normas que consideren relevantes para la resolución de un caso concreto⁴²³. Por ello, se exige que el órgano judicial justifique en el auto de planteamiento la relación de causalidad entre la norma cuestionada y el fallo a dictar, es decir, argumente sobre su aplicabilidad y relevancia. El juicio de aplicabilidad y relevancia constituye un requisito esencial para la formalización de una cuestión de inconstitucionalidad, que define la naturaleza de esta como instrumento de control indirecto de constitucionalidad de las leyes, y como medio que permite a los órganos judiciales cumplir con la doble obligación de estar sometidos al mismo tiempo a la Constitución y a la ley. En consecuencia, solo cuando en el ejercicio de la

⁴²³ La duda de inconstitucionalidad ha de ser efectiva, pues la cuestión de inconstitucionalidad no es instrumento para resolver controversias interpretativas, ni cauce consultivo (SSTC 222/1992; 157/1990; 126/1997; ATC 62/1997).

función jurisdiccional los jueces se encuentran en la necesidad de aplicar una norma con rango de ley, y duden de su constitucionalidad, podrán plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional.

La exigencia de que la cuestión surja respecto de una norma aplicable en un proceso judicial restringe en muy buena medida la posibilidad de impugnación de aquellos preceptos que, a pesar de su rango legislativo, gozan de una eficacia meramente interna, como ocurre en el caso de los Reglamentos parlamentarios, que podrán ser impugnados solo mediante recurso de inconstitucionalidad⁴²⁴.

Sin embargo, si por un lado el objeto de control por la vía de la cuestión está destinado a ser más limitado que en el recurso, cabe señalar, por el otro, que propio la diferente forma de iniciación de los dos procedimientos justifica que el control de constitucionalidad en vía de cuestión no esté sujeto a ningún límite temporal, pues los órganos judiciales podrán solicitar un juicio de constitucionalidad durante toda la vigencia de las normas legislativas que estén encargados de aplicar, siempre obviamente que tengan dudas sobre su conformidad con la Constitución⁴²⁵. Esta circunstancia permite que la labora de depuradora del ordenamiento “*sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que solo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas*” (STC 17/1981).

En la medida en que aseguran el carácter incidental del control de constitucionalidad, la aplicabilidad de la norma en el proceso *a quo* y la relevancia de la decisión constitucional sobre el fallo a dictar constituyen dos requisitos de admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. En palabras del Tribunal Constitucional, el juicio de relevancia es “*una de las más esenciales condiciones procesales*” de las cuestiones, “*en garantía de que su planteamiento no desborde la función de control concreto o incidental de la constitucionalidad de las leyes*” (STC 166/1986, FJ 6).

⁴²⁴ PARDO FALCÓN J., *Art. 27*, cit., 375 ss.

⁴²⁵ ESPÍN TEMPLADO E., *Art. 29*, cit. 439.

Cabe señalar que, aunque ocasionalmente la jurisprudencia constitucional utilice un concepto amplio de *juicio de relevancia*, la aplicabilidad de la norma y la relevancia de la cuestión constituyen en realidad dos diferentes requisitos de admisibilidad, que cuentan con sustantividad propia⁴²⁶. Esto se desprende de la propia jurisprudencia del Tribunal, que ya en la STC 17/1981, FJ 4, ponía de manifiesto que “*la aplicabilidad de la norma es condición necesaria para que el fallo dependa de su validez, pero no es, en modo alguno, condición suficiente*”.

Por tanto, no basta con que el órgano judicial considere que la norma cuestionada es aplicable al caso, sino que ha justificar también en qué medida el fallo a dictar depende de la resolución de la duda de inconstitucionalidad planteada. Es necesario, entonces, que en el auto de planteamiento de la cuestión el órgano judicial exteriorice el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la decisión constitucional (STC 189/1991, FJ 2; y recientemente STC 10/2015) o, en otras palabras, motive sobre el “*nexo de subordinación*”, la “*relación directa y lógica*” o la “*interrelación necesaria*” entre el fallo del proceso y la validez de la norma cuestionada (STC 157/1990, FJ 1; 28/1997, FJ 3; 38/1997, FJ 1).

Este juicio de relevancia ha de estar no solo exteriorizado, sino que ha de estar también fundado adecuadamente, pues “*si la argumentación judicial adolece de notoria falta de consistencia, la cuestión incide en inadmisibilidad al incumplirse una exigencia inexcusable del procedimiento prevista en el art. 163 CE*” (STC 166/1986 FJ 6). Sin embargo, aunque haya de estar fundado, el juicio de relevancia no tiene por qué ser definitivo. Así que en realidad lo que emite el órgano judicial es un *juicio provisional* que no lo compromete ni lo vincula a resolver el caso con la norma cuestionada. Por ello, una vez resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial podría incluso fundamentar

⁴²⁶ CORZO SOSA E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit., 430 ss.

su resolución en otra norma diversa de la que fue objeto de control de constitucionalidad⁴²⁷

En esta perspectiva, lo que se permite a los órganos judiciales es elevar cuestión de inconstitucionalidad de “*la ley que pueda resultar aplicable, en su caso, para resolver la cuestión planteada*” (STC 42/1990, FJ 2)⁴²⁸, siempre que justifiquen adecuadamente en qué medida la resolución del proceso *a quo* depende del pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de la ley.

El Tribunal Constitucional ha siempre defendido la necesidad de llevar a cabo una interpretación flexible y anti-formalista de los requisitos de admisibilidad que favorezca la admisión a trámite y la resolución por sentencia de las cuestiones planteadas⁴²⁹.

Por ejemplo, en relación con el *juicio de aplicabilidad*, que exige determinar cuáles son las normas que pueden ser aplicadas en el proceso *a quo*, es doctrina consolidada que la selección de las normas aplicables es competencia de los órganos judiciales, y el Tribunal Constitucional no puede invadir dicha competencia. En concreto, el Tribunal Constitucional no puede sustituirse a los órganos judiciales en determinar las normas aplicables, ni puede fiscalizar la selección hecha por estos, pues la revisión del juicio de aplicabilidad corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria mediante el sistema de recursos e impugnaciones de las decisiones judiciales. El control del Tribunal Constitucional ha de ser un control casi exclusivamente formal, que se limite a comprobar la corrección externa del juicio de aplicabilidad, sin entrar a valorar en el fondo la selección de las normas hecha por los órganos judiciales, que es

⁴²⁷ LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007*, cit., 187; MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit., 519.

⁴²⁸ Por el contrario, lo que la cuestión no permite es plantear dudas de inconstitucionalidad respecto de normas que han sido ya aplicadas, pues – como explica MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit., 520 – en este supuesto la cuestión pierde su carácter concreto para erigirse en un instrumento de control abstracto de constitucionalidad de las leyes.

⁴²⁹ Entre todas, SSTC 301/1993, FJ 1; 28/1997, FJ 2.

cuestión de estricta legalidad⁴³⁰. El Tribunal Constitucional solo podrá juzgar las apariencias (STC 17/1981), ya que, en principio, ha de aceptar “*la interpretación de la ley que lleva al órgano judicial proponente de la cuestión a determinar cuáles son los preceptos aplicables al caso...en cuanto no resulte irrazonable*” (ATC 380/1996, FJ 2). En consecuencia, “*solo cuando de manera evidente, sin necesidad de análisis de fondo, la norma cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso en donde la cuestión se suscita, solo entonces, cabrá declarar inadmisibile por esta razón una cuestión de inconstitucionalidad*” (STC 17/1981, FJ 1)⁴³¹.

Respecto del *juicio de relevancia*, que permite valorar la dependencia entre el fallo del proceso y la validez o invalidez de la norma cuestionada (SSTC 189/1991; 157/1990; 28 y 38/1997), el Tribunal Constitucional ha considerado necesario emplear un “*mayor rigor*” para calificar si la disposición cuestionada es determinante por el fallo, “*pues sin perjuicio de que también sea al órgano judicial al que prima facie compete apreciar el valor decisorio de la norma cuestionada, no es menos cierto que corresponde a este Tribunal Constitucional preservar la función de control concreto de constitucionalidad que caracteriza a la cuestión de inconstitucionalidad y evitar que los órganos judiciales puedan transferirle la decisión de litigios que puedan ser resueltos sin acudir a las facultades que este Tribunal tiene para excluir del Ordenamiento las normas inconstitucionales, ni, menos aún, para buscar a*

⁴³⁰ En tal sentido, en el fundamento jurídico 1 de la STC 142/1990 se afirma claramente que el Tribunal Constitucional no puede «entrar en consideraciones, y menos decisiones, relativas al problema subyacente en la aplicación de la norma cuestionada o, mejor dicho, en los presupuestos de hecho y normativos determinantes de su aplicación, tarea que es la propia del órgano judicial competente, tal la fijación de los hechos mediante su prueba y la subsunción de estos en la norma aplicable. Sería prejuzgar indebidamente una decisión si esta jurisdicción constitucional, entrando en los hechos fundantes, estableciera que se dan o no los requisitos que la pretensión ha de reunir para ser satisfecha».

⁴³¹ En la misma línea SSTC 83/1984; 19/1988; 41/1990; 76/1990; 157/1990; 15/1994; 149/1994; 55/2010; ATC 308/1995. Se vea al respecto GONZÁLEZ GIMÉNEZ M., *La admisión a trámite en las cuestiones de inconstitucionalidad*, en *Revista de las Cortes Generales*, 233.

través suyo una depuración abstracta del Ordenamiento” (SSTC 17/1981, FJ 1; 55/2010).

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio de relevancia debe ser exteriorizado, es decir, articulado mediante un esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada, pues no es suficiente ni la mera afirmación de que exista un nexo de conexión ni la mera reproducción de la motivación alegada por las partes⁴³². Asimismo, se ha subrayado que *“es preciso que el juicio de relevancia o argumentación dirigida a constatar si el fallo del proceso depende de la validez de la norma cuestionada, no solamente venga exteriorizado en el auto de planteamiento de la cuestión sino que, además, resulte adecuado a lo que es generalmente admitido en Derecho, de modo que si la argumentación judicial adolece de notoria falta de consistencia, la cuestión incide en inadmisibilidad al incumplirse una exigencia inexcusable del procedimiento prevista en el art. 163 CE” (SSTC 166/1988; 221/1992).* En definitiva, se exige una motivación expresa, que aunque sumaria, pruebe de manera adecuada e inequívoca que el fallo del proceso judicial depende de la decisión constitucional sobre la validez de la norma cuestionada.

Sin embargo, en línea con la actitud anti-formalista que el Tribunal Constitucional ha demostrado en sede de admisibilidad de las cuestiones, se reconoce que corresponde a los Jueces y Tribunales comprobar y exteriorizar el juicio de relevancia, *“de modo que el Tribunal Constitucional no puede 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 advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia falta de consistencia”.* En tales casos los casos *“solo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que*

⁴³² *Ibidem*, 234.

corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE” (STC 87/2012, FJ 2; 60/2013, FJ 1; 82/2014, FJ 2).

En definitiva, el Tribunal Constitucional actúa en el sentido más favorable a la admisibilidad de las cuestiones, llegando a una revisión del juicio de aplicabilidad y relevancia solo en aquellos casos en los que este sea manifiestamente inadecuado e inconsistente. Esta flexibilización en la aplicación de los requisitos de admisibilidad ha llevado el Tribunal Constitucional a permitir el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad incluso en supuestos muy peculiares.

Se considere, por ejemplo, el caso de una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del precepto legal que da cobertura a la norma reglamentaria impugnada en el proceso *a quo*. En este supuesto, si bien el Tribunal reconoce que el juicio de relevancia ofrece “*matices singulares*”, pues la decisión constitucional afectará a una norma que no es aplicable al caso, llega igual a admitir el control de constitucionalidad de la norma legal, al apreciar que “*también en estos casos el proceso judicial no puede resolverse si antes no se despeja la duda acerca de la adecuación o no a la Constitución de los preceptos legales que las normas impugnadas desarrollan o ejecutan*” (STC 76/1990, FJ 1). De esta doctrina, reiterada en muchas otras resoluciones⁴³³, se desprende, que la inaplicabilidad de la norma al caso no conlleva necesariamente la inadmisión de la cuestión, toda vez que el juicio sobre su validez sea determinante por el fallo a dictar en el proceso judicial, es decir, cumpla el requisito de la relevancia, que es exigencia inexcusable del procedimiento de formalización de la cuestión de inconstitucionalidad. El problema se ha puesto, por ejemplo, respecto de la impugnación de las *normas sobre aplicación del derecho* y de las *normas sobre la producción jurídica*. Al

⁴³³ En lo relativo al control de constitucionalidad de las leyes en supuestos de impugnación directa de normas reglamentarias, se vean también SSTC 183/1992; 337/1994.

respecto, no cabe duda de que estas normas, si bien no son en sí mismas derecho aplicable a la decisión del proceso, determinan la legislación aplicable, y por ello cumplen la condición de ser relevantes por el fallo, ya que de su validez dependerá la de las normas que, al tener en ellas su fundamento, son directamente aplicable al caso litigioso (STC 83/1984)⁴³⁴.

Por el contrario, la aplicabilidad de la norma al caso no conlleva necesariamente que el juicio sobre su validez sea determinante por el fallo. En tal sentido, aunque la norma sea aplicable, el Tribunal Constitucional no duda en afirmar que la falta de relevancia conduce a inadmitir o a desestimar la cuestión de inconstitucionalidad⁴³⁵.

Otro supuesto peculiar que merece la pena mencionar es lo de las cuestiones de inconstitucionalidad frente a normas que en el curso del juicio de constitucionalidad sean modificadas o derogadas. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que cuando la norma objeto de la cuestión viene derogada o modificada, pero *sin efectos retroactivos*, esta circunstancia no afectará al proceso constitucional, pues la norma sigue siendo aplicable al supuesto de hecho que motivó el planteamiento de la cuestión, y por tanto la decisión sobre su validez sigue siendo relevante por el fallo a dictar⁴³⁶.

En definitiva, aplicabilidad y relevancia son condiciones que ha de concurrir simultáneamente para la correcta formalización de una cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, como se ha visto, el Tribunal Constitucional ha venido interpretando de manera flexible los dos requisitos procesales de la

⁴³⁴ DÍEZ PICAZO L.M., Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, en Revista Española de Derecho Constitucional, n. 13/1985, 152 ss.

⁴³⁵ Esto ocurre, por ejemplo, cuando la invalidez surtirá efectos en un momento muy posterior a aquel en que se creó la situación jurídica controvertida (STC 17/1981) o cuando de la invalidez de la norma no se deriva razón alguna que lleva a estimar la pretensión deducida ante el órgano judicial (STC 106/1986). Sobre el punto, se vea RIBAS MAURA A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, cit. 109 ss.

⁴³⁶ LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007*, cit., 188 ss.

cuestión, con la evidente finalidad de favorecer el control de constitucionalidad, aunque con el inevitable riesgo de crear una situación de inseguridad jurídica.

La flexibilización en la aplicación de los requisitos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad mira a evitar también conflictos entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales, a quienes compete *prima facie* seleccionar la norma aplicable, además de comprobar y explicar la existencia de una relación de dependencia necesaria entre su validez y el fallo a dictar. El control del Tribunal Constitucional habrá de ceñirse a verificar la adecuación y consistencia de la argumentación del órgano proponente, pero nunca esta tarea revisora puede sustanciarse en la apreciación de la aplicabilidad y relevancia.

Por el contrario, ha de señalarse que en el trámite de admisibilidad el Tribunal Constitucional detiene más poder en la apreciación de la fundamentación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Según lo establecido en el art. 37.1 de la LOTC el Tribunal Constitucional puede acordar la inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad *cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada*. Pues bien, el legislador orgánico ha previsto, junto al incumplimiento de las condiciones procesales, también una causa de inadmisibilidad de carácter sustantivo, que atiende evidentemente a razones de economía procesal, como la de “*evitar dilaciones indebidas y de garantizar la inmediata eficacia de la ley y de nuestra doctrina*” (ATC 287/1991, FJ 1).

Como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, este motivo de inadmisión “*encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad*” (AATC 389/1990, FJ 1; 287/1991, FJ 4).

El mayor margen de maniobra que permite la noción de cuestión notoriamente infundada ha llevado el Tribunal Constitucional a utilizar esta causa de inadmisibilidad no solo en supuestos de total falta de fundamentación o de arbitrariedad de la misma, sino también cuando la cuestión de

inconstitucionalidad carezca de fundamentación suficiente (ATC 301/1993) o la expuesta sea manifiestamente inconsistente (STC 222/1992, FJ 2) o cuando la norma cuestionada no resulte inconstitucional (ATC 389/1990, FJ 1; 27/1991, FJ 3). En definitiva, el Tribunal Constitucional ha incluido en la noción de cuestión notoriamente infundada todos aquellos casos en los que *“un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que esta resulte arbitraria”* (AATC 389/1990, FJ 1; 287/1991, FJ 4). Esto es, *“aquellos casos en los que el razonamiento que lleva a proponer la cuestión permite apreciar, sin necesidad de abrir debate sobre el tema, que la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada se basa en una interpretación de esa norma, o del precepto constitucional con el que se le supone en conflicto, absolutamente diversa de la que es común en nuestra comunidad jurídica o ha sido ya consagrada por este Tribunal”* (ATC 352/1990, FJ único).

La jurisprudencia muestra que este mayor espacio de actuación ha llevado el Tribunal constitucional a utilizar esta causa de inadmisión de las cuestiones mucho más que la inadmisión por falta de condiciones procesales. De hecho, a partir del ATC 389/1990, que inadmitió por primera vez una cuestión por ser notoriamente infundada, la jurisprudencia ha experimentado un notable incremento de la utilización de esta causa de inadmisión⁴³⁷, hasta llegar incluso a emplearse para evitar la reiteración de cuestiones ya resueltas por el Tribunal Constitucional⁴³⁸.

⁴³⁷ JIMÉNEZ CAMPO J., *Cuestiones irrelevantes*, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 7/1995, 87.

⁴³⁸ MEDINA GUERRERO M., *Art. 37*, en REQUEJO PAGÉS J.L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 544 ss.

La obligación de interpretar la ley conforme con la Constitución

En relación con la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad particular relevancia adquiere el debate acerca de la adecuada formulación de la cuestión cuando la norma enjuiciada sea susceptible de ser interpretada de conformidad con la Constitución por el órgano judicial⁴³⁹.

La duda surgió a margen de la STC 14/1981, en la que se afirmaba que el planteamiento de una cuestión no está justificado cuando “*por vías interpretativas cabe su adecuación al ordenamiento constitucional*” (FJ 1). La mencionada doctrina parecía configurar la interpretación conforme como uno de los requisitos de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, ni la Constitución (art. 163) ni la LOTC (art. 35) requieren que el órgano proponente busque una interpretación de la norma conforme con la Constitución para poder formalizar, en su caso, una cuestión de inconstitucionalidad.

La obligación de reconducir la ley a la Constitución ha sido prevista, de acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, por el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo apartado 3 establece: *procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*.

La previsión legal del deber de interpretar las normas conforme con la Constitución pone el problema de establecer si esta exigencia configura un nuevo requisito de admisibilidad de las cuestiones, que ha de sumarse a los establecidos por la LOTC.

En aclaración de su originaria doctrina, el Tribunal Constitucional ha abiertamente excluido que el hecho de que la norma cuestionada sea susceptible de una interpretación conforme con la Constitución y el órgano judicial no haya cumplido el mandato legal de buscar el significado de la norma más acorde con los preceptos y principios constitucionales lleve automáticamente a la

⁴³⁹ LÓPEZ ULLA J., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007*; cit., 193 ss.; MEDINA GUERRERO M., *Art. 35*, cit., 522 ss.

inadmisión de la cuestión, pues la condición prevista en el art. 5.3 LOPJ “*no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 de la Ley Orgánica del Tribunal 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, FJ 1)⁴⁴⁰. A juicio del Tribunal Constitucional, un diverso entendimiento del mandato legal de reconducir la ley a la Constitución “*llevaría a instrumentar 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*” (STC 222/1992, FJ 2).

Por tanto, en el trámite de admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no entra a valorar las posibles interpretaciones del precepto legal cuestionado. En esa perspectiva, se ha llegado incluso a admitir una cuestión de inconstitucionalidad cuyo Auto de planteamiento, una vez justificada la duda de inconstitucionalidad, se orientaba a sostener la constitucionalidad, en una de sus interpretaciones, de la norma cuestionada (STC 222/1992, FJ 2). Ante un planteamiento semejante se ponía, en primer lugar, el problema de la viabilidad de la cuestión, “*no, claro está, porque falte en ella toda fundamentación, o porque la expuesta sea manifiestamente inconsistente, sino, más bien, porque la motivación del auto se presentaría como del todo incongruente con la decisión misma de promover ante este Tribunal la duda de constitucionalidad*”. A juicio del Tribunal, “*es claro que en la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad son cuando menos irrelevantes cualesquiera indicaciones o sugerencias sobre la interpretación conforme a la Constitución del precepto legal cuestionado, pero el que así se haya hecho en el presente caso, y el que con ello se haya creado*

⁴⁴⁰ Entre otras, SSTC 19/1991, FJ 1; 87/1991, FJ 3; 5/1992, FJ 2; 273/2005, FJ 2; 224/2006, FFJJ 4 y 5.

esta equivocidad, no es razón bastante para dictar la inadmisibilidad de la [cuestión]” (STC 222/1992, FJ 2)⁴⁴¹

En suma, el mandato legal previsto en el art. 5.3 LOPJ establece un criterio de actuación para los órganos judiciales en el ejercicio de la legalidad ordinaria, que no afecta a la admisibilidad de las cuestiones de inconstitucionalidad que los mismos decidan plantear, excepto en aquellos supuestos en los que *“sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que la norma cuestionada no resulta inconstitucional”* (ATC 389/1990, FJ 1) o *“cuando resulta evidente que la norma legal cuestionada...es manifiestamente constitucional”* (STC 27/1991, FJ 3).

De hecho, los arts. 163 CE y 35 LOTC solo exigen que los órganos judiciales justifiquen que la norma cuestionada sea aplicable en el proceso judicial y que la cuestión planteada sea relevante por el fallo a dictar; justificación que según la doctrina del Tribunal Constitucional ha de ser exteriorizada de manera adecuada e inequívoca.

Por el contrario, el mandato de interpretar las leyes conforme a la Constitución exige que los órganos judiciales busquen un significado de las leyes que aplican acorde con los preceptos y principios constitucionales, pero esto no significa que han de extraerlo necesariamente, pues así terminarían por invadir las competencias propias del poder legislativo ⁴⁴². En definitiva, *“es constitucionalmente lícito que si el Juez o Tribunal alberga una duda razonable acerca de la constitucionalidad de una Ley e de la posibilidad de su interpretación conforma a la Constitución, no se contente con intentar una, a su juicio, imposible interpretación correctora o adecuadora a la Constitución de la misma – como pide el art. 5.3 LOPJ – y eleve al TC el auto de remisión en el que exprese sus dudas de constitucionalidad”* (STC 90/1994, FJ 2).

⁴⁴¹ Por una análisis crítica de esta doctrina, se vea LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007*, cit., 195 ss.

⁴⁴² *Ibidem*, 194.

¿Hacia una difusión del control de constitucionalidad? La controvertida doctrina sentada en la STC 102/2016

En un estudio sobre el acceso a la jurisdicción constitucional particular interés adquiere el debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la calificación jurídica que merecen las leyes autonómicas que después de su promulgación resulten contrarias a las posteriores modificaciones de las bases estatales que desarrollan. Se trata en concreto de establecer si las posteriores modificaciones de las normas básicas determinen el desplazamiento de la legislación autonómica de desarrollo, en favor de la aplicación de la legislación estatal posterior, o su inconstitucionalidad sobrevenida. La cuestión es de particular interés no solo en lo relativo a las reglas de resolución de los conflictos normativos, sino también en lo relativo al modelo de acceso a la justicia constitucional, pues el desplazamiento operaría de manera difusa, correspondiendo a todos los operadores jurídicos, mientras que la inconstitucionalidad solo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional de manera concretada. Está claro entonces que de la cuestión depende también la de la configuración del modelo de justicia constitucional.

Tradicionalmente la jurisprudencia constitucional ha configurado el control de la adecuación de la legislación autonómica a la legislación básica como autentico control de constitucionalidad reservado en todo caso al Tribunal Constitucional. La orientación constante ha sido en el sentido de que *“la modificación de la normativa estatal básica de obligado acatamiento por las comunidades autónomas no provoca la derogación o desplazamiento del precepto legal autonómico anterior y contrario a esa nueva normativa básica, sino que provoca su inconstitucionalidad sobrevenida, de modo que no puede un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar, por su propia y exclusiva autoridad, esa norma de rango legal, sino que el sometimiento estricto de la jurisdicción ordinaria al imperio de la ley (art. 117.1 CE) y al monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes obligan, de acuerdo con el art. 163 CE, a promover la correspondiente*

cuestión de inconstitucionalidad” (STC 159/2012, FJ 5). De tal manera, se reconducía toda contradicción entre legislación autonómica y legislación básica a una cuestión de validez, que había de resolverse necesariamente en la sede constitucional, incluso cuando la colisión normativa no fuese originaria, sino que surgiese de la posterior modificación de la legislación básica, en el caso en que la normativa autonómica no se hubiera adecuado⁴⁴³. Esta orientación estaba claramente inspirada a defender el modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes, pues descansaba en la idea de que “*los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley, dado que el constituyente ha querido sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución*”, y en consecuencia “*la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes*” (SSTC 66/2011, FJ 6; 159/2012, FJ 5).

Esa jurisprudencia constitucional ha sido objeto de duras críticas, en concreto por reconducir a una cuestión de validez de las normas también aquellas colisiones normativas que no derivan de una extralimitación competencial de la legislación autonómica de desarrollo, sino de las posteriores modificaciones de la legislación estatal básica, a las que la normativa autonómica no se ha prontamente adecuado⁴⁴⁴. Según la doctrina mayoritaria estos supuestos hubieran tenido que encontrar su criterio de resolución no en el de competencia

⁴⁴³ Entre todas, SSTC 69/1982; 76/1983; 163/1995; 173/2002; 1/2003; 58/2004; 178/2004; 66/2011

⁴⁴⁴ MUÑOS MACHADO S., *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo*, Barcelona 2012; 139; RUIZ LÓPEZ M.A., *La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones*, en *Revista de Administración Pública*, n. 192/2013, 137; RAZQUIN LIZARRAGA J.A., *A vueltas con la cláusula de prevalencia del derecho estatal: sobre la inaplicación judicial de leyes autonómicas*, en *Revista Aranzaldi Doctrinal*, n. 10/2012; GARCÍA TORRES J., *Ceci a tué cela: La doctrina de la inconstitucionalidad mediata y la prevalencia de las normas estatales*, en VV.AA. (coord.), *El juez del derecho administrativo*, Madrid 2015.

como venía sosteniendo el Tribunal Constitucional, sino en el de prevalencia del derecho estatal *ex art. 149.3 CE*⁴⁴⁵, que constituye una cláusula de cierre del sistema autonómico, finalizado a regular las relaciones entre Estado y comunidades autónomas propio en aquellos casos que no requieren una declaración de inconstitucionalidad de las normas legislativas. Pues, si el órgano judicial duda de la constitucionalidad de una de las normas en contradicción ha de plantear cuestión de inconstitucionalidad. Por el contrario, habrá de seleccionar la norma aplicable, y eso lo hará mediante la regla de la prevalencia.

La cláusula de prevalencia operaría en aquellos casos de legislación compartida en los que Estado y comunidades autónomas dicten sus normas en el correcto ejercicio de las respectivas competencias, y las normas autonómicas entran en contradicción con las posteriores modificaciones de las bases estatales. En estos casos el conflicto normativo no requiere un juicio constitucional, pues la aplicación de la cláusula de prevalencia corresponde a los operadores jurídicos, y no conlleva una declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad y nulidad de la norma autonómica, sino su inaplicación al caso concreto por considerarse prevalente el derecho estatal.

Esta ha sido la posición defendida también por la jurisdicción ordinaria, y en particular por el Tribunal Supremo, quien, sostenía que la contradicción entre norma autonómica anterior y contraria a las posteriores bases estatales no obliga al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, toda vez que el juez no tenga ninguna duda sobre el carácter formal y materialmente básico de las normas estatales y de la constitucionalidad de las normas autonómicas. Esta contradicción ha de resolverse más bien según la regla de la prevalencia del derecho estatal que lleva a inaplicar la normativa autonómica en el caso concreto, sin que esto presuponga un juicio de inconstitucionalidad de la

⁴⁴⁵ El art. 149.3 CE, en su tercer inciso, establece que las normas estatales prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

misma, llevado a cabo impropiaamente por los jueces ordinarios. Pues, una cosa es la validez de la norma aplicable al caso, cuyo enjuiciamiento corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, y otra distinta es la selección de la norma concretamente aplicable, tarea esta que corresponde a la jurisdicción ordinaria⁴⁴⁶.

No obstante la dura oposición a su doctrina el Tribunal Constitucional, sobre la base de que todo conflicto normativo entre legislación básica y desarrollo autonómico presupone una vulneración del orden constitucional de reparto de las competencias, ha siempre exigido el necesario planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, así desactivando totalmente la cláusula de prevalencia *ex art. 149.3 CE*. En suma, el Tribunal Constitucional niega la posibilidad de inaplicar judicialmente las leyes autonómicas que resultasen contrarias a las leyes básicas posteriores.

La diferente posición entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria sobre los criterios de resolución de los conflictos entre normas válidas ha representado un motivo de grave tensión entre los dos órdenes, que ha culminado con la estimación de diversos recursos de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías⁴⁴⁷. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declara nulas aquellas resoluciones judiciales que en lugar de plantear cuestión de inconstitucionalidad hubieran resuelto la antinomia normativa entre legislación autonómica anterior y base estatal posterior según la cláusula de prevalencia, es decir, desplazando la primera en favor de la segunda. En opinión del Tribunal Constitucional la selección de la norma aplicable con base en la cláusula de prevalencia llevaría los órganos judiciales a ejercer un control de constitucionalidad (del carácter básico de la legislación estatal, de la legitimidad competencial de la legislación autonómica, de la existencia de la contradicción) que excede sus potestades

⁴⁴⁶ RUIZ LÓPEZ M.A., *La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones*, cit., 156 ss.

⁴⁴⁷ Entre todas, SSTC 173/2002; 58/2004; 66/2011; 187/2012; 195/2015.

para invadir las competencias exclusivas del órgano de jurisdicción constitucional. Además, la inaplicación judicial de las normas autonómicas contrarias a las posteriores bases estatales, en la medida en que impide un control del Tribunal Constitucional, vulnera el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, en tal caso constitucional, e incide sobre el modelo concentrado de justicia constitucional, ya que permite a cualquier juez de ejercer un juicio de (in)constitucionalidad.

Aunque esta haya sido la posición mayoritaria en seno al Tribunal Constitucional, no han faltado importantes voces discrepantes respecto de la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes autonómicas contrarias a las posteriores modificaciones de las bases estatales. En particular, el Voto discrepante a la STC 1/2003, que fundamenta también el de la STC 178/2004, apela al principio de prevalencia para resolver las antinomias que se producen “*necesariamente – y cada día con mayor frecuencia – en supuestos de concurrencia válida, prevista y garantizada en la misma Constitución, de diversas fuentes del derechos*”, evitando así, en este caso, el inaceptable efecto de nulidad que conlleva la sentencia de inconstitucionalidad. Según los Magistrados disidentes hay que distinguir entre una legislación autonómica que fue aprobada válidamente y que resulte contraria a las posteriores modificaciones de las bases estatales, y una legislación autonómica que, en el momento mismo en que se aprueba, contradice las bases estatales e indirectamente la Constitución. Sobre estas bases, concluyen que si en el último supuesto no hay duda de que deba declararse la inconstitucionalidad de la ley por vulneración del sistema de reparto competencial, solicitada mediante el planteamiento de la correspondiente cuestión, en el primer caso no cabe una declaración de inconstitucionalidad, tampoco sobrevenida, y el conflicto

normativo habrá de resolverse mediante una interpretación conforme o la regla de prevalencia del derecho estatal⁴⁴⁸.

Aunque la desaplicación judicial de las normas autonómicas, por modificación de las bases estatales, en supuestos de concurrencia válida, parecía ser la solución más conforme al dinamismo que caracteriza la legislación básica - pudiendo la norma autonómica volver a producir sus efectos -, y la más idónea a garantizar un eficaz funcionamiento de la justicia ordinaria – no debiéndose atender los tiempos de la jurisdicción constitucional – la doctrina sobre su inconstitucionalidad sobrevenida se ha mantenido constante hasta la STC 102/2016, que por primer vez admite el posible uso de la cláusula de prevalencia

La STC 102/2016 cambia la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes autonómicas por modificación de las bases estatales, en el supuesto en que el legislador autonómico “*no ha hecho sino reproducir la legislación básica*”⁴⁴⁹.

La reproducción en las leyes autonómicas de normas incluidas en la legislación estatal básica (*leges repetitae*) constituye una práctica muy frecuente en el sistema autonómico español, utilizada normalmente para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha advertido que, si bien se trate de una práctica muy criticable, la de las *leges repetitae* no siempre determina la inconstitucionalidad de la ley autonómica. Pues, si la reproducción de la ley básica se produce por el legislador autonómico en una materia sobre la que la Comunidad Autónoma carece de competencias, la falta de habilitación autonómica conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma (SSTC 341/2005; 137/2012; 123/2013). Sin embargo, cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan

⁴⁴⁸ RUIZ LÓPEZ M.A., *La cláusula de prevalencia del derecho estatal y la colisión entre jurisdicciones*, cit., 155;

⁴⁴⁹ Doctrina reiterada en las SSTC 116/2016; 127/2016; 204/2016.

competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad de la legislación autonómica, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción puede producir en el caso concreto (SSTC 341/2005; 18/2011).

En esa perspectiva, cabe señalar que la reproducción por la legislación autonómica de preceptos de la legislación básica no afecta a la potestad legislativa del Estado, sobre todo en su capacidad de modificar posteriormente las bases fijadas. En consecuencia, si esta modificación se produce, el legislador autonómico deberá acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica, ya que, por el contrario, sus normas de desarrollo entrarán en contracción con las nuevas bases estatales. Frente a ese conflicto normativo el operador jurídico primario tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes; mientras que el órgano judicial que conoce del eventual conflicto se encuentra ante la alternativa de plantear cuestión de inconstitucionalidad u otorgar preferencia a la legislación estatal, conforme a lo establecido en el art. 149.3 CE.

El Tribunal Constitucional, modificando su consolidada doctrina, afirma que el supuesto en el que el legislador autonómico, en el ejercicio de sus competencias, reproduce la legislación estatal básica, y esta se modifica después en términos incompatible con aquella, *“no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse [...] inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal”*, sin que esto signifique su nulidad (STC 102/2016, FJ 6).

Se trata, según el órgano de justicia constitucional, del *“único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de*

inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria” (FJ 6).

En suma, cualquier operador jurídico ha de resolver el conflicto entre ley autonómica anterior y bases estatales posteriores según el criterio establecido por el art. 149.3 CE, es decir, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente el derecho estatal, toda vez que no albergan dudas sobre la constitucionalidad del mismo. De hecho, la cláusula de prevalencia del derecho estatal ha de operar en tanto que no se dude de la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el órgano judicial sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que efectivamente concurrían las condiciones para ello.

En consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad de la norma autonómica que ha reproducido las bases estatales, y no se ha adecuando a sus posteriores modificaciones ha de declararse inadmisibile, por referirse a una norma que no es aplicable al caso, conforme a la regla de la prevalencia del derecho estatal.

Según el Tribunal Constitucional la desaplicación judicial – o administrativa – de la norma autonómica, *“es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica. Es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquella pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo”*; y es la solución que *“proporciona una herramienta útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las Comunidades Autónomas pueden desarrollarse con fluidez, en situaciones que no demanden como respuesta la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de alguno de ellos”* (FJ 6).

Aunque ese cambio de orientación era muy esperado tanto en doctrina como en jurisprudencia, no han faltado voces contrarias que apuntan, y critican, su

posible efecto novedoso sobre el modelo de acceso a la jurisdicción constitucional.

Esta crítica, expresada en el Voto particular a la STC 102/2016 y en los de las posteriores sentencias que reiteran la misma doctrina⁴⁵⁰, tiene su punto de partida en la convicción de que la resolución del conflicto mediante la inaplicación de la norma autonómica en favor de la prevalencia del derecho estatal supone un verdadero juicio de constitucionalidad, sobre el carácter formal y materialmente básico de la legislación estatal, sobre la legitimad competencial de la normativa autonómica y sobre la existencia de una contradicción insalvable. Este juicio, hasta ahora centralizado en el Tribunal Constitucional, se traslada a los comunes operadores del derecho, es decir, a los órganos judiciales que conocen del conflicto en vía contenciosa, y a la Administración que por primera aplica derecho, y ha de seleccionar entre las dos normas. Esta solución, en opinión de los magistrados disidentes, “*instaura un modelo de control difuso de la constitucionalidad de determinadas normas*”, en el que se prevé una figura de prevalencia de aplicación administrativa, contrapuesta a la de los órganos judiciales. Este modelo es muy discutible si se considera que la Administración no está legitimada para plantear cuestión de inconstitucionalidad; por lo que, si el conflicto no se judicializa el control de constitucionalidad de determinadas normas quedará en manos de los operadores jurídicos primarios. Igualmente, en el caso de que el conflicto se judicializa, la desaplicación administrativa de la norma autonómica, conforme a la regla de la prevalencia del derecho estatal, es “*un aval que relega la intervención del órgano judicial al que se eleva la controversia sobre la ley aplicable y que ocluye la intervención de este Tribunal Constitucional, como órgano que ejerce el control concentrado de la inconstitucionalidad de las normas*” (STC 102/2016, VP, apartado 4). En esa perspectiva se considera que “*la alteración posterior del contenido de la norma básica que produzca una colisión con las*

⁴⁵⁰ SSTC 116/2016; 127/2016; 204/2016.

normas autonómicas de desarrollo plantean un estricto problema de competencias que exige determinar en qué punto se produce el exceso y el vicio de incompetencia, lo que implica un juicio acerca del carácter formal y materialmente básico de la nueva norma estatal. Juicio que, en cuanto afecta al propio entendimiento de las cláusulas competenciales de la Constitución, solo puede llevar a cabo este Tribunal Constitucional conforme a los arts. 153 a), 161 y 163 CE. Considerar que esa tarea puede realizarse por cualquier aplicador del derecho, en virtud de la regla de la prevalencia de la legislación estatal del art. 149.3 CE, conlleva un riesgo cierto de inseguridad jurídica y de pérdida de uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas del bloque de la constitucionalidad, hurtando a este Tribunal su conocimiento por la vía del art. 163 CE” (STC 102/2016, VP, apartado 7).

Se plantea, además, el problema del efectivo alcance del cambio doctrinal, pues, a pesar de que el Tribunal Constitucional se preocupa de circunscribirlo expresamente a las *leges repetitae*, el tenor literal de la motivación de la Sentencia no permite excluir de manera absoluta su posible aplicación a otros supuestos no bien determinados, con consiguiente inseguridad jurídica⁴⁵¹.

Sin embargo, si bien esta interpretación haya sido acogida por cinco de los once Magistrados del Tribunal Constitucional, la crítica no parece sostenible.

En primer lugar, no parece que este cambio doctrinal pueda encontrar aplicación más allá del supuesto de las *leges repetitae*, pues la cláusula de prevalencia define una regla de resolución de conflictos normativos que opera en los únicos casos de concurrencia válida entre normas. Es decir, en aquellos casos en los que no han de aplicarse los criterios tradicionales (jerárquico, de competencia y cronológico), pues si la colisión origina de la extralimitación

⁴⁵¹ El Voto particular hace referencia al fundamento jurídico 6 de la STC 102/2016 en el que se afirma: “este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevenida, sino que puede resolverse, como ha hecho la Xunta de Galicia, inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal”.

competencial de una de las normas en conflicto habrá de plantearse cuestión de inconstitucionalidad y la decisión corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional.

Cabe señalar, en segundo lugar, que la selección de la norma aplicable conforme a la regla de la prevalencia no traslada a los operadores jurídicos potestades, que en un sistema concentrado de justicia constitucional, corresponden en exclusiva al Tribunal Constitucional, sobre todo en lo relativo al control de constitucionalidad de las leyes. Pues, la regla de la prevalencia solo cabe si los órganos judiciales no dudan de la constitucionalidad de las normas en conflicto. Así, que no debiéndose valorar la validez de las normas, sino su eficacia en el caso concreto, los órganos judiciales no están obligados a plantear cuestión de inconstitucionalidad y pueden desaplicar la norma autonómica, sin que esto signifique su nulidad. Por el contrario, si los órganos judiciales dudan de la constitucionalidad de una de las normas en conflicto habrá necesariamente de plantear cuestión de inconstitucionalidad, debiendo cumplir su doble obligación de estar sometidos al mismo tiempo a la Constitución y a la ley. Sin embargo, este control de constitucionalidad que ejercen los órganos judiciales al resolver un conflicto normativo en nada se diferencia de lo que normalmente desarrollan en la relación de colaboración que la cuestión de inconstitucionalidad establece entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional.

Cuanto a la aplicabilidad de la regla de la prevalencia por parte de la Administración, ha de subrayarse que esta ha necesariamente de operar con la técnica del desplazamiento de una de las dos leyes en conflicto, porque ha de seleccionar la norma aplicable; y esta decisión podrá siempre judicializarse.

En conclusión, no parece que la doctrina que admite resolver en sede de jurisdicción ordinaria, o incluso en sede administrativa, los conflictos entre normas válidas, conlleve una modificación sustancial del modelo de acceso a la jurisdicción constitucional. Pues, si las normas autonómicas nacen válidas no pueden declararse nulas por el simple hecho que no se hayan adecuado a las

posteriores modificaciones de las bases estatales, puesto que la nulidad es una condición que afectaría desde el principio una norma jurídica. La contradicción entre norma autonómica anterior y posteriores bases estatales pone más bien una cuestión de aplicabilidad de la norma al caso, que corresponde resolver a los comunes operadores jurídicos. Por eso, la inaplicación de la norma en el caso concreto, en lugar del necesario planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad representa una solución lógica y práctica; además de ser útil para que las relaciones entre el ordenamiento jurídico estatal y los de las comunidades autónomas puedan desarrollarse con fluidez. Esta solución permite por un lado descargar la jurisdicción constitucional de una competencia innecesaria y, por el otro, reducir los tiempos de espera de la justicia ordinaria.

Conclusión

A pesar del carácter necesariamente concreto e incidental, la cuestión de inconstitucionalidad representa un instrumento fundamental para la defensa objetiva de la Constitución. Es más, propio la peculiar configuración concreta y, al mismo tiempo, abstracta convierte la cuestión en la vía de acceso más eficaz para la depuración del ordenamiento.

Al respecto, cabe señalar que el hecho de que la cuestión ha de surgir con ocasión de la aplicación de las normas legislativas en un proceso judicial amplía mucho las posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional, respecto de aquellas consentidas por el recurso directo de inconstitucionalidad.

En primer lugar, porque la legitimación para instar un control de constitucionalidad de las leyes no está limitada a determinados sujetos institucionales, sino que corresponde a todo órgano que ejerce potestad jurisdiccional. Esta solución permite, por un lado, el establecimiento de una relación de necesaria colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, para que los problemas de constitucionalidad de las leyes lleguen efectivamente al Tribunal Constitucional, y no dentro de unos precisos

límites temporales, sino durante toda la vigencia de las normas, con ocasión de su aplicación en un proceso judicial. Por el otro, la habilitación judicial al planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es la solución que permite a los jueces y tribunales cumplir con su doble obligación de estar sometidos al mismo tiempo a la Constitución y a la ley. La incorporación de los órganos judiciales en el ejercicio de la justicia constitucional constituye un elemento de difusión del acceso al control de constitucionalidad, pero al mismo tiempo la actuación judicial sirve de filtro a una hipotética legitimación popular, que podría afectar tanto a la estabilidad del sistema político-constitucional como al funcionamiento de la jurisdicción constitucional.

En segundo lugar, las mayores posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional frente al recurso de inconstitucionalidad derivan del hecho de que la cuestión permite revisar la constitucionalidad de las leyes durante toda su vigencia, y con ocasión de su aplicación en un proceso judicial. Esta circunstancia asegura, además, que la labor de depuración del ordenamiento sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, pues permite adaptar el juicio de constitucionalidad de las normas a la cambiante realidad social.

A pesar de su fundamental relevancia para la labor de depuración del ordenamiento, la cuestión de inconstitucionalidad ha sido una herramienta muy poco utilizada en el sistema español⁴⁵². Y eso, no obstante la cuestión no ha supuesto significativos conflictos entre jurisdicción ordinaria y constitucional

⁴⁵² Los asuntos ingresados mediante cuestión de inconstitucionalidad han sido: 2 de 232 en 1980; 6 de 423 en 1981; 21 de 532 en 1982; 11 de 904 en 1983; 14 de 931 en 1984; 103 de 1.226 en 1985; 98 de 1.443 en 1986; 40 de 1.797 en 1987; 22 de 2.268 en 1988; 39 de 2.722 en 1989, 55 de 3.020 en 1990, 55 de 2.782 en 1991; 35 de 3.297 en 1992; 65 de 3.982 en 1993; 64 de 4.255 en 1994; 81 de 4.479 en 1995; 102 de 4.810 en 1996; 90 de 5.538 en 1997; 51 de 5.537 en 1998; 33 de 5.651 en 1999; 85 de 6.901 en 2000; 105 de 6.934 en 2001; 99 de 7.456 en 2002; 96 de 7.878 en 2003; 70 de 7.951 en 2004; 206 de 9.708 en 2005; 237 de 11.741 en 2006; 137 de 10.013 en 2007; 93 de 10.410 en 2008; 35 de 10.848 en 2009; 50 de 9.041 en 2010; 51 de 7.192 en 2011; 42 de 7.294 en 2012; 106 de 7.573 en 2013; 141 de 7.878 en 2014; 113 de 7.369 en 2015.

en la interpretación de las normas jurídicas, como por el contrario ha ocurrido en el recurso de amparo.

Entonces, las posibles causas de esa limitada utilización de la cuestión de inconstitucionalidad en el ordenamiento español no han de reconducirse a la actitud de los órganos judiciales, sino más bien a la configuración y concreto funcionamiento del modelo de justicia constitucional.

Se considere, por ejemplo, los excesivos retrasos en la resolución de los procesos constitucionales. Esta circunstancia estaría destinada a afectar también la justicia ordinaria, en la medida en que la cuestión de inconstitucionalidad produce la suspensión del proceso *a quo*, y eventualmente de los demás procedimientos en los que resulte aplicable la norma cuestionada. Como es notorio, los retrasos en la justicia constitucional constituyen un factor patológico del modelo español, debido a la previsión de un recurso individual directo a protección de los derechos fundamentales, cuyo excesivo uso ha determinado un sustancial bloqueo de las demás funciones ejercidas por el Tribunal Constitucional.

Es evidente, entonces, que si la cuestión de inconstitucionalidad no representa en el sistema español la vía preferente de control de constitucionalidad es sobre todo por la concurrencia de otro instrumento procesal, el recurso de amparo, que ha funcionado como mecanismo casi exclusivo para la tutela de los derechos fundamentales; por lo demás en manos de los particulares.

Después de la reforma del 2007 (LO 6/2007), que ha limitado el acceso al recurso de amparo a los casos de especial trascendencia constitucional, se esperaba una inversión de tendencia en el sentido de una mayor utilización de la cuestión de inconstitucionalidad no solo como instrumento de defensa objetiva de la Constitución, sino también como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, no parece que esa inversión de tendencia se haya producido. De hecho, a pesar de las limitaciones legales, el recurso de amparo sigue siendo la vía preferente de tutela constitucional respecto de la cuestión de inconstitucionalidad. Y eso, porque la decisión sobre el

planteamiento de una cuestión es prerrogativa exclusiva e irrevisable de los órganos judiciales, y estos muestran una actitud muy prudente al impugnar el producto de la actividad legislativa; mientras que el recurso de amparo queda en manos de cualquier persona natural o jurídica que tenga interés a la reparación de la vulneración producida. Además, cabe señalar que, conforme a lo establecido en la STC 155/2009, la inconstitucionalidad de la ley aplicada en el procedimiento objeto de amparo configura un supuesto básico de especial trascendencia constitucional de la demanda que justifica su admisión a trámite. Por ello, el recurso de amparo cabría incluso cuando los órganos judiciales decidan no plantear cuestión de inconstitucionalidad.

Capitolo IV

I conflitti costituzionali

Introduzione

Esaminate nei Capitoli precedenti le problematiche di accesso ai procedimenti costituzionali relativi alla protezione dei diritti fondamentali (Capitolo II) e al controllo di costituzionalità della legge (Capitolo III), la ricerca dovrà ora centrarsi sui profili dell'accesso al *Tribunal Constitucional* quando questo opera come giurisdizione dei conflitti.

La risoluzione dei conflitti costituzionali, ovvero di quei conflitti tra poteri pubblici che inevitabilmente discendono dalla distribuzione territoriale e funzionale del potere, rappresenta una delle funzioni tipiche dei sistemi di giustizia costituzionale appartenenti al cd. modello europeo, se non addirittura la funzione che motivò la diffusione della giustizia costituzionale in Europa⁴⁵³.

In linea con la tendenza europea, anche il costituente spagnolo del '78, ha assegnato al *Tribunal Constitucional*, oltre alla funzione di controllo della costituzionalità delle leggi [161.1 a) CE] e a quella di tutela dei diritti fondamentali [161.1 b) CE], la conoscenza delle controversie derivanti dalla distribuzione territoriale del potere, sia nella forma dei conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome o tra Comunità Autonome [161.1 c) CE] che in quella dell'impugnazione statale di disposizioni autonome, evidentemente per ragioni diverse dalla competenza (art. 161.2 CE).

A sua volta, il legislatore organico del '79, facendo uso dell'abilitazione concessa dall'art. 161.1 d) CE, ha affidato all'organo di giustizia costituzionale anche la risoluzione dei conflitti di attribuzione che possono derivare dalla divisione funzionale del potere e che oppongono determinati organi costituzionali dello Stato (artt. 73 a 75 LOTC). Con la L.O. 7/1999 il legislatore

⁴⁵³ Si veda al riguardo CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., 127 ss.

ha, infine, riconosciuto al *Tribunal Constitucional* anche la competenza a risolvere le controversie che oppongono gli enti territoriali minori al legislatore per la difesa dell'ambito di autonomia costituzionalmente garantito (artt. 75 bis a 75 quinquies).

Alla categoria dei conflitti costituzionali vanno, dunque, ricondotti i conflitti di competenza, articolati dalla LOTC in conflitti positivi e conflitti negativi, i conflitti di attribuzione, il conflitto in difesa dell'autonomia autonomia locale e l'impugnazione delle disposizioni non legislative delle Comunità Autonome ex art. 161.2 CE. Si tratta, come si vedrà meglio in seguito, di controversie di diversa natura giuridica, affidate però indistintamente al *Tribunal Constitucional* per il fatto di coinvolgere in ogni caso poteri pubblici di rango costituzionale e di richiedere generalmente una dichiarazione di nullità degli atti impugnati.

Occorre, però, precisare che il *Tribunal Constitucional* interviene nella risoluzione dei conflitti originati dalla divisione del potere solo se questi rivestono un'effettiva dimensione costituzionale, perché richiedono un'interpretazione dell'ordine costituzionale di riparto delle competenze e attribuzioni che si assume violato; interpretazione che non può che spettare all'organo di giustizia costituzionale, in quanto supremo interprete della Costituzione⁴⁵⁴.

Da ciò si deduce che la giurisdizione dei conflitti non si identifica esclusivamente con quella costituzionale come accade, invece, per la giurisdizione delle leggi. Se, infatti, “*la depuración del ordenamiento legal,*

⁴⁵⁴ La dimensione costituzionale di una controversia dipende, dunque, da un elemento soggettivo – le parti del conflitto – e da un elemento oggettivo – la pretensione – che a sua volta si basa su un'esistenza di una differenza di interpretazione del sistema di riparto di competenze costituzionalmente stabilito. Si veda, GARCÍA ROCA J., *El Tribunal Constitucional como Tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales*, in AA.VV (a cura di), *La experiencia constitucional*, Madrid 2000, 500; GÓMEZ MONTORO J., “*Dimensión constitucional*” de los conflictos de competencia y jurisdicción del Tribunal Constitucional, in HINOJOSA MARTÍNEZ E. (a cura di), *Jurisdicción ordinaria y distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Granada 1998, 32 ss.

vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes” (STC 73/2000, FJ 4), la risoluzione dei conflitti di natura competenziale non è monopolio della giurisdizione costituzionale, ma è funzione che può spettare anche alla giurisdizione ordinaria, in particolare quella contenzioso-amministrativa, soprattutto in quei casi che non richiedono un’interpretazione dell’ordine costituzionale di riparto delle competenze⁴⁵⁵. È possibile, dunque, che ci siano conflitti che non richiedono l’intervento del *Tribunal Constitucional*, ma trovano nella giurisdizione contenzioso-amministrativa la sede della loro risoluzione⁴⁵⁶.

Ad ogni modo, e indipendentemente da questa specifica questione, i conflitti costituzionali rappresentano un ambito di minore rilevanza pratica nella giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, per la scarsa, o in alcuni casi addirittura nulla, utilizzazione degli strumenti processuali a tal fine predisposti. Fanno eccezione i soli conflitti positivi di competenza che costituiscono oltre il 97% delle controversie costituzionali.

⁴⁵⁵ FERNÁNDEZ FARRERES G., *Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de los conflictos de competencia*, in *Autonomías*, n. 15/1992, 119 ss.; ID., *Proceso contencioso-administrativo y procesos constitucionales: alternatividad, simultaneidad, interferencias*, in AA.VV. (a cura di), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento y garantía jurisdiccional): Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid 1993, 1120 ss.; PÉREZ TREMPES P., *Los órganos jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto de competencias entre Estado y las Comunidades Autónomas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46/1996, 61 ss.; CRUZ VILLALÓN P., *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en la delimitación de las competencias territoriales*, in HINOJOSA MARTÍNEZ E. (a cura di), *Jurisdicción ordinaria y distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Granada 1998, 5 ss.

⁴⁵⁶ Come spiega GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 59*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, 951 «solo hay conflicto constitucional cuando existe una diferencia de interpretación de las normas que distribuyen competencias. Si esta no existe desaparece el elemento que es esencial a toda controversia constitucional sobre competencias y, con ello, la jurisdicción del Tribunal Constitucional». Si vedano anche SSTC 88/1989, 172/1996; ATC 886/1988.

Anche quest'ultima via processuale, però, ha subito negli ultimi anni un deciso ridimensionamento⁴⁵⁷, in conseguenza della diminuita conflittualità tra Stato e Comunità Autonome, una volta definiti in sede giurisprudenziale i caratteri del cd. Stato delle Autonomie.

La minore rilevanza pratica dei conflitti costituzionali non esime dallo studio delle relative problematiche di accesso, perché anche in tale ambito le scelte adottate risultano fondamentali per comprendere il concreto funzionamento della giurisdizione costituzionale. Nei paragrafi che seguono si passerà ad esaminare singolarmente ciascuno dei processi costituzionali che si ricomprendono nella categoria dei conflitti costituzionali.

I conflitti di competenza

Tra i conflitti costituzionali quelli derivati dalla distribuzione territoriale del potere trovano fondamento direttamente nel testo costituzionale. Infatti, tra le competenze assegnate al *Tribunal Constitucional* l'art. 161.1 CE, alla lettera c), prevede anche la conoscenza dei conflitti di competenza tra Stato e Comunità Autonome o tra Comunità Autonome [art. 161.1 c) CE]. Disposta questa attribuzione di competenza in favore del *Tribunal Constitucional*, la Carta fondamentale non disciplina alcun altro aspetto dei conflitti di competenza, la cui regolamentazione è pertanto rimessa al legislatore organico. Al riguardo, la LOTC distingue tra conflitti positivi e conflitti negativi di competenza, e più in dettaglio tra: conflitto positivo a istanza dello Stato o di una Comunità Autonoma (artt. 62 a 67), conflitto negativo a istanza di persone fisiche o giuridiche (artt. 68 a 70) e conflitto negativo a istanza del Governo nazionale (artt. 71 e 72).

⁴⁵⁷ Se si considera l'intervallo di tempo tra il 2007 e il 2015 i conflitti positivi di competenza presentati al *Tribunal Constitucional* si aggirano tra i 5 e i 14. In concreto, i conflitti positivi di competenza sono stati: 14 nel 2007; 14 nel 2008; 13 nel 2009; 6 nel 2010; 9 nel 2011; 8 nel 2012; 12 nel 2013; 5 nel 2014; 5 nel 2015.

Il conflitto positivo di competenza può essere sollevato dallo Stato contro una Comunità Autonoma (art. 62 LOTC) o da una Comunità Autonoma contro lo Stato o un'altra Comunità Autonoma (art. 63 LOTC) quando l'esecutivo dell'ente consideri che una disposizione, risoluzione o atto adottato da un organo dell'altro ente violi una competenza propria⁴⁵⁸.

È necessario al riguardo segnalare che il conflitto si formalizza tra gli organi esecutivi dello Stato e delle Comunità Autonome, indipendentemente da quale sia l'organo al quale corrisponde effettivamente la competenza contesa (art. 60 LOTC).

Con riguardo al vizio di competenza la giurisprudenza costituzionale spagnola, sull'esempio di quella italiana, ha riconosciuto la possibilità di denunciare in sede di conflitto non solo un'invasione in senso stretto di competenza (*vindicatio potestatis*), ma anche un'invasione per *straripamento* (*invasión por desbordamiento*) o *menomazione* (*invasión por menoscabo*)⁴⁵⁹, purché si tratti di una lesione reale ed effettiva della titolarità di una competenza, non potendo “*plantearse un conflicto basándose en la sospecha de que una resolución o acto del Estado (o de una Comunidad Autónoma) tiene como finalidad última vulnerar el orden competencial, o puede conducir hipotéticamente a este resultado, cuando la misma disposición o acto impugnado no invade en modo*

⁴⁵⁸ Nel conflitto a istanza delle Comunità Autonome l'art. 63 LOTC richiede anche che la disposizione, risoluzione o atto impugnato “*afecte a su propio ámbito*”. La clausola sembra restringere la legittimazione attiva delle Comunità Autonome all'ambito proprio di ciascuna di esse e riflette l'analoga previsione legislativa contenuta nell'art. 32.2 LOTC che limita il ricorso di incostituzionalità delle Comunità Autonome all'impugnazione delle sole leggi, disposizioni o atti con forza di legge “*que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía*”. Quest'ultima clausola è stata interpretata in modo variabile nella giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* fino a giungere a una posizione particolarmente permissiva che permette alle Comunità Autonome di agire in sede costituzionale sostanzialmente in ogni caso in cui esista un punto di connessione tra la domanda e il proprio ambito di autonomia, e non necessariamente quando risultino violate proprie competenze (STC 156/1990). Questa evoluzione giurisprudenziale deve considerarsi applicabile anche al conflitto di competenza a istanza delle Comunità Autonome, giacché non risulta nella pratica che la clausola limitativa della legittimazione attiva di queste abbia mai interpretata in senso restrittivo.

⁴⁵⁹ SSTC 104/1988; 87/1997.

alguno la competencia de la Comunidad Autónoma (o del Estado)” (STC 116/1984, FJ 4). Ugualmente, “no es misión del Tribunal, al resolver conflictos de competencia, llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos en las normas y sobre sus presuntas consecuencias, de manera que, si en las normas esgrimidas la invasión de competencias no se produce, el conflicto no puede prosperar” (STC 118/1998, FJ 7)⁴⁶⁰.

Il conflitto negativo a istanza di persone fisiche o giuridiche può essere, invece, promosso quando l’interessato abbia visto disattesa la propria pretesione perché, sulla base di una diversa interpretazione delle norme attributive di competenza, tanto l’Amministrazione statale come quella autonoma si siano dichiarate espressamente o implicitamente incompetenti. Infine, il conflitto negativo a istanza del Governo nazionale può essere sollevato quando una Comunità Autonoma si rifiuti di esercitare una competenza attribuita dallo Statuto di Autonoma o delegata o trasferita dal legislatore organico perché, sulla base di una diversa interpretazione di queste norme, si consideri incompetente.

L’esistenza di una discrepante interpretazione delle norme costituzionali o legali attributive di competenza è il presupposto di ogni conflitto, perché da essa discende l’attività o l’omissione eventualmente contraria all’ordine di riparto delle competenze. La discordanza nell’interpretazione delle norme sulla competenza è, pertanto, l’elemento che conferisce al conflitto dimensione costituzionale, perché è la circostanza che giustifica l’intervento chiarificatore del *Tribunal Constitucional* sulla titolarità della competenza controversa⁴⁶¹.

Oltre a questa dimensione astratta, i conflitti di competenza possiedono anche un profilo di concretezza che li avvicina alla questione di incostituzionalità,

⁴⁶⁰ Nella medesima linea SSTC 13/1988; 76/1991; 15/1997.

⁴⁶¹ Se non c’è una controversia sulla competenza il conflitto è solo apparente e al *Tribunal Constitucional* non compete entrare nel merito della questione. Pertanto si limita a dichiarare l’inammissibilità del conflitto o il difetto di giurisdizione. Si vedano AATC 886/1988; SSTC 156/1990; 37/1992; 300/1993; 172/1996.

perché sorgono da una controversia individualizzata sulla titolarità della competenza. Nel caso dei conflitti positivi la concretezza si manifesta con maggiore evidenza, dal momento che il *Tribunal Constitucional* è chiamato a decidere non solo sulla titolarità della competenza, ma anche sull'atto prodotto nell'esercizio di questa.

Secondo quanto stabilito dagli artt. 61.1, 62 e 63 LOTC possono dar luogo a un conflitto positivo di competenza “*las disposiciones, resoluciones y actos de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas*” che non rispettano “*el orden constitucional de competencias*” stabilito dalla Costituzione, dagli Statuti di Autonomia e dalle corrispondenti leggi organiche. Come è evidente, l'espressione utilizzata per identificare la categoria degli atti impugnabili è particolarmente ampia e generica, tanto da rendere necessaria una delimitazione del possibile oggetto del conflitto. A tal fine, deve segnalarsi che il generico riferimento alle *disposizioni* amministrative permette di ricomprendere nell'oggetto del conflitto tanto le disposizioni generali di rango secondario, ovvero – come ha chiarito lo stesso *Tribunal Constitucional*⁴⁶² - i regolamenti, come gli atti meramente amministrativi, sia di carattere generale che particolare. L'interpretazione ampia del termine *disposizione* parrebbe privare di significato il riferimento alle *resoluciones*, trattandosi ugualmente di atti amministrativi. Tuttavia, la previsione di due tipologie di atti amministrativi va interpretata nel senso di ricomprendere nella categoria degli atti impugnabili praticamente qualunque atto giuridico che sia il prodotto dell'attività amministrativa. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale ha finito per allargare anche la nozione di *acto* affermando che “*lo importante...no es tanto la naturaleza o la forma del acto como la real existencia de una controversia o disputa ante un evidente ejercicio de competencias*” (STC 101/1995, FJ 6). Di conseguenza si è riconosciuta l'idoneità a formare oggetto di un conflitto alle cd. “*actuaciones de hecho o materiales*”, sempre che si

⁴⁶² SSTC 49/1984; 5/1987; 45/1991.

dimostri che queste suppongono un esercizio di competenza⁴⁶³. Possono, inoltre, formare oggetto di un conflitto gli atti endoprocedimentali, come ad esempio un atto di ispezione⁴⁶⁴; le direttive interne degli organi amministrativi, come ad esempio le circolari⁴⁶⁵ o anche un semplice comunicato⁴⁶⁶.

Nel delimitare l'oggetto del conflitto positivo il *Tribunal Constitucional* si è trovato ad affrontare anche la delicata questione delle modalità di impugnazione delle disposizioni legislative contrarie all'ordine costituzionale di riparto delle competenze. Si trattava in sostanza di stabilire la linea di confine tra il conflitto di competenza e gli ordinari meccanismi di controllo della costituzionalità delle leggi, in particolare il ricorso di incostituzionalità. La questione non era di facile soluzione alla luce dell'ambiguità e genericità delle previsioni legali che definiscono l'oggetto del conflitto, le quali non escludono espressamente la legge dalla categoria degli atti impugnabili. In un primo momento il *Tribunal Constitucional* delimitò l'ambito del conflitto e quello del ricorso di incostituzionalità in base ad un criterio materiale. Pertanto, concludeva: “*hay conflicto de competencia cuando dos órganos se consideran igualmente competentes o incompetentes para proveer en un determinado asunto, y control de constitucionalidad de las normas cuando se comprueba la validez de una norma contrastándola con otra de nivel superior en los términos del art. 28.1 LOTC sin que se pretenda el ejercicio de la competencia normativa por parte del que impugna la validez*” (STC 25/1981). In base a questa interpretazione se una legge avesse violato l'ordine costituzionale di riparto delle competenze lo strumento processuale per far valere il relativo vizio sarebbe stato il conflitto di competenza e non il ricorso, la cui utilizzazione si sarebbe dovuta limitare all'impugnazione delle sole leggi affette da vizi sostanziali o procedurali.

⁴⁶³ Si è, dunque, ammesso che il conflitto potesse avere ad oggetto analisi cliniche, progetti di costruzione di opere (STC 101/1995), un telegramma (STC 33/1982), lettere, scritti e annunci (STC 102/1988).

⁴⁶⁴ SSTC 143/1985; 249/1988.

⁴⁶⁵ STC 57/1983.

⁴⁶⁶ STC 137/1989.

Tale conclusione era motivata dalla configurazione del conflitto positivo di competenza come meccanismo processuale specificamente finalizzato a “*determinar el titular de las competencias cuando con motivo de una disposición, resolución o acto se entiende que uno de sus titulares invade el ámbito competencial del otro*” (STC 32/1981, FJ 1)⁴⁶⁷.

Questa dottrina non ha, però, avuto seguito considerato che già nel 1983 il *Tribunal Constitucional* adottò un criterio di differenziazione di carattere formale, che tiene conto del rango legale o regolamentare della norma controversa (STC 32/1983)⁴⁶⁸. Di conseguenza, le leggi e le disposizioni normative con rango di legge possono essere impugnate dallo Stato e dalle Comunità Autonome solo attraverso il ricorso di incostituzionalità, qualunque sia il vizio dedotto; mentre l’accesso al conflitto è riservato all’impugnazione delle disposizioni e atti di rango inferiore alla legge, quando si considerino viziati per motivi di competenza (STC 49/1984). Diversamente il controllo di legalità di questi atti spetta alla giurisdizione ordinaria, e in concreto a quella contenzioso-amministrativa.

Non è ammessa, dunque, in sede di conflitto l’impugnazione diretta della legge. Secondo quanto stabilito dall’art. 67 LOTC non è ammesso conflitto neppure quando “*la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley*”. In tal caso, infatti, “*el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocase la existencia de una norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad*”.

L’art. 67 LOTC stabilisce un “*expediente de transformación procesal*” (STC 80/1988, FJ 2) per quei casi in cui la valutazione sulla titolarità della

⁴⁶⁷ Cfr. FERNÁNDEZ FARRERES G., *El sistema de conflictos de competencias entre Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 12/1984, 105 ss.

⁴⁶⁸ Cfr. LÓPEZ GUERRA L., *Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia*, in AA.VV. (a cura di), *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid 1995, 198 ss.; GARCÍA ROCA J., Art. 60, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, 965 ss.

competenza che ha portato all'atto impugnato diventa "*inseparable*" (STC 45/1991, FJ 1) dall'accertamento della costituzionalità della legge, perché la relativa questione di costituzionalità "*(ha) surgido como tema previo al enjuiciamiento de la disposición que de modo inmediato da lugar al conflicto*" (SSTC 39/1982, FJ 3; 32/1983, FJ 1). In definitiva, l'art. 67 LOTC obbliga a seguire il procedimento del ricorso di incostituzionalità ogniqualvolta, essendo un atto legislativo "*uno de los presupuestos de la competencia controvertida*" (STC 8/1987, FJ 2), sarà necessario accertare anche la conformità della legge abilitante all'ordine costituzionale di riparto delle competenze⁴⁶⁹.

Delimitato l'ambito del conflitto di competenza e quello del ricorso di incostituzionalità in base ad un criterio formale, e rimessi al controllo di costituzionalità anche i casi in cui la legge sia solo il presupposto della competenza esercitata, non deve sorprendere che un'elevata percentuale di ricorsi (circa 79%) siano motivati prevalentemente o esclusivamente da ragioni di competenza⁴⁷⁰.

Un'altra questione di particolare interesse, risolta in sede giurisprudenziale, è quella relativa alla possibilità per le Comunità Autonome di impugnare in sede di conflitto positivo l'inattività dello Stato, considerato che ad esse la LOTC non ha riconosciuto la legittimazione al conflitto negativo. Il *Tribunal Constitucional* ebbe opportunità di pronunziarsi al riguardo in occasione di una serie di conflitti attraverso cui la Giunta di Galizia denunciava l'indebita omissione dell'approvazione da parte del Governo nazionale di vari decreti di trasferimento di competenza. Il Tribunale ha espressamente escluso che un conflitto positivo promosso dalle Comunità Autonome possa avere ad oggetto *las omisiones* di disposizioni o atti amministrativi (SSTC 155/1990; 178 e 179/1990; 193/1990; 201/1990).

⁴⁶⁹ GARCÍA ROCA J., Art. 67, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, 1086 ss.

⁴⁷⁰ Questa circostanza ha indotto la dottrina a parlare di "*conflictos ocultos*" o di "*conflictos de competencia legislativa*". Si veda GARCÍA ROCA J., Art. 60, cit., 965 ss.

L'omissione di una disposizione o di un atto amministrativo può essere impugnata solo mediante conflitto negativo di competenza che, però, non può essere utilizzato dalle Comunità Autonome, considerato che il legislatore organico ha riservato questo specifico meccanismo processuale solamente allo Stato e alle persone fisiche e giuridiche.

Va comunque sottolineato che il conflitto negativo riveste dimensione costituzionale se, sulla base di una discrepante interpretazione delle norme attributive della competenza, tanto l'amministrazione statale come quella autonoma omettono una disposizione o atto perché si considerano incompetenti. Pertanto, salvo il caso di una espressa negazione della titolarità della competenza, non sempre l'inattività di un ente configura un'omissione indebita ai fini di un conflitto negativo. Per questo, però, il legislatore organico ha richiesto che con anteriorità alla formalizzazione del conflitto si denunci il silenzio mediante diffida, affinché risulti palese che entrambi le amministrazioni omettono una disposizione o un atto per considerarsi incompetenti. La diffida costituisce un requisito previo alla formalizzazione del conflitto che "*responde a la finalidad primordial de generar las posibilidades de resolución convencional o negociada de las diferencias entre el Estado y las Comunidades*" (STC 104/1989, FJ 2).

La diffida è richiesta anche per la formalizzazione dei conflitti positivi di competenza con la peculiarità, però, che mentre per quelli promossi dalle Comunità Autonome questa esigenza è obbligatoria – come nel conflitto negativo – per quelli a istanza del Governo nazionale si tratta di un requisito meramente potestativo, potendo l'esecutivo centrale scegliere in alternativa di formalizzare il conflitto direttamente dinanzi al *Tribunal Constitucional* (art. 62 LOTC). In ogni caso, al Governo centrale è riconosciuta la possibilità di invocare la sospensione *ex art. 161.2 CE* della disposizione o atto che consideri lesivo della propria competenza.

L'invocazione nella domanda dell'art. 161.2 CE conduce alla sospensione automatica della disposizione o atto impugnato con effetto a partire dalla

formalizzazione del conflitto, senza che il *Tribunal Constitucional* possa valutarne l'opportunità. All'organo di giustizia costituzionale gli è consentito solo di decidere sull'eventuale proroga o revoca.

La sospensione automatica prevista dall'art. 161.2 CE per l'impugnazione di disposizioni e risoluzioni autonome senza forza di legge, ed estesa al ricorso di incostituzionalità (art. 30 LOTC) e al conflitto di competenza (art. 62 e 64.2 LOTC), non configura una vera e propria misura cautelare, trattandosi piuttosto di un privilegio statale, in favore dell'esecutivo centrale quale garante supremo dell'interesse generale dentro dell'ordinamento nazionale. In tale prospettiva, gli esecutivi delle Comunità Autonome, in quanto garanti dell'interesse generale in un ambito territoriale circoscritto, potranno ottenere la sospensione degli atti impugnati per incompetenza solo invocando "*perjuicios de imposible o difícil reparación*", e sempre che il *Tribunal Constitucional* consideri sussistente il pericolo denunciato; accertamento che l'organo di giustizia costituzionale compie *libremente* (art. 64.3 LOTC).

Un'ultima questione che merita approfondimento riguarda la dimensione relativamente atemporale del conflitto⁴⁷¹. Esiste, infatti, una consolidata giurisprudenza secondo cui la mancata impugnazione di una disposizione generale non impedisce di formalizzare un conflitto contro i suoi atti di applicazione o esecuzione, qualora sia ipotizzabile una violazione del sistema di riparto delle competenze, perché – a giudizio del Tribunale Costituzionale – il carattere indisponibile delle competenze costituzionali "*no puede verse alterado por la pasividad temporal de cualesquiera de los entes interesados frente al indebido ejercicio de sus competencias por parte del otro*" (STC 26/1982, FJ 1). Questa dottrina è particolarmente interessante perché apre la strada all'alternativa tra l'impugnazione della disposizione generale e quella dei suoi atti applicativi, con l'importante conseguenza, però, che nel caso in cui si scegliesse di impugnare gli atti successivi ciò comporterebbe una dilazione dei

⁴⁷¹ GARCÍA ROCA J., *Art. 60*, cit., 964.

termini per la formalizzazione del conflitto. La riconosciuta possibilità di prolungare i tempi per l'accesso alla giustizia costituzionale trova fondamento nell'essenza stessa del conflitto quale strumento finalizzato a risolvere una controversia competenziale, quale che sia la natura o la forma dell'atto impugnato. Pertanto, finché la disputa sui rispettivi ambiti di competenza rimane viva il conflitto sarà sempre possibile. Al riguardo, la giurisprudenza costituzionale ha precisato che neanche la modificazione o abrogazione dell'atto impugnato può considerarsi sempre circostanza idonea a far venir meno l'oggetto del conflitto⁴⁷².

La disciplina legale e la giurisprudenza costituzionale sopra descritte permettono di avanzare alcune considerazioni sui profili dell'accesso ai conflitti di competenza.

In primo luogo, risulta evidente la disparità tra Stato e Comunità Autonome nell'accesso ai conflitti di competenza. Nei conflitti positivi questa disparità si evince dal fatto che solo allo Stato si permette di evitare la diffida all'altro ente e di formalizzare la domanda direttamente al *Tribunal Constitucional*, con la possibilità, peraltro, di invocare la sospensione automatica ex art. 161.2 CE dell'atto impugnato. Al contrario, quando il conflitto è promosso a istanza di un esecutivo autonomo la previa diffida è un requisito obbligatorio per la corretta formalizzazione del processo costituzionale e la sospensione dell'atto impugnato è soggetta all'accertamento discrezionale del *Tribunal Constitucional*⁴⁷³. La disparità tra Stato e Comunità Autonome risulta ancora più evidente nei conflitti negativi dove il legislatore organico ha riconosciuto solo allo Stato, e ai soggetti privati interessati, la possibilità di reagire contro l'indebita omissione di una disposizione o atto amministrativo, ma non anche alle Comunità Autonome. La mancata previsione di una specifica legittimazione delle Comunità Autonome ai conflitti negativi ha indotto di

⁴⁷² SSTC 143/1985; 182/1988; 248/1988; 137/1989; 220/1992.

⁴⁷³ GARCÍA ROCA J., *Los conflictos de competencia entre Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid 1993, 93 ss.

conseguenza la giurisprudenza costituzionale ad escludere fermamente che queste potessero reagire contro un'indebita omissione dell'Amministrazione statale mediante la proposizione di un conflitto positivo, considerato che *“la omisión...no es constitutiva del objeto de un conflicto positivo de competencia”* (SSTC 155, 178, 179, 193 e 201/1990).

Secondo l'orientamento prevalente la posizione di vantaggio riconosciuta allo Stato nella proposizione dei conflitti di competenza trova giustificazione nella sua posizione istituzionale di garante dell'interesse generale su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, non pare inutile rilevare che finora il Governo non ha mai fatto uso della legittimazione concessa dall'art. 71 LOTC per reagire contro l'inattività delle Comunità Autonome. Pertanto, il conflitto negativo a istanza del Governo rappresenta un processo costituzionale residuale, non avendo ancora trovato alcun riscontro pratico. Non è escluso, però, che questo processo costituzionale possa essere utilizzato dal Governo centrale in alternativa al procedimento previsto dall'art. 155 CE⁴⁷⁴ che stabilisce una forma di controllo decisamente più intensa e politicizzata sull'attività delle Comunità Autonome⁴⁷⁵.

Riveste carattere residuale anche il conflitto negativo a istanza di soggetti privati (art. 68 LOTC); e ciò non solo perché è stato utilizzato in un numero molto limitato di casi (appena 13), ma anche perché non si mai giunti ad una pronuncia di merito⁴⁷⁶. Nelle poche occasioni in cui il *Tribunal Constitucional*

⁴⁷⁴ Art. 155 CE: *«Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.*

Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas».

⁴⁷⁵ GARCÍA ROCA J., *Los conflictos de competencia entre Estado y las Comunidades Autónomas*, cit., 163 ss.

⁴⁷⁶ SSTC 37/1992; 156/1990; AATC 163/2012; 15/2011; 269/2001; 303/1994; 268/1994; 357/1990; 322/1989; 142/1989; 612/1986; 642/1985; 641/1985.

si è trovato a decidere un conflitto negativo promosso da privati ha sempre rilevato l'inammissibilità o il difetto di giurisdizione, constatato nella maggior parte dei casi che il conflitto non possedeva dimensione costituzionale per non dipendere l'omissione dell'amministrazione statale e di quella autonoma da una discrepante interpretazione delle norme attributive della competenza non esercitata.

Diverso, invece, è il caso dei conflitti positivi di competenza che rivestono una maggiore rilevanza pratica, costituendo la quasi totalità dei conflitti promossi (250 sono le decisioni dettate finora). Una volta però definiti in sede giurisprudenziale i caratteri dello Stato Autonomo, e superata una prima fase di accesa contrapposizione, la conflittualità Stato-Comunità Autonome è andata decrescendo fino a stabilizzarsi in una quantità annuale di conflitti decisamente ragionevole⁴⁷⁷.

Con riguardo ai conflitti positivi di competenza non può, in ultimo, non farsi riferimento alla disparità che soffrono le Comunità Autonome nell'impugnare i diversi atti normativi di altre Comunità Autonome. Mentre, infatti, la disciplina del conflitto positivo permette ad una Comunità Autonoma di impugnare disposizioni o atti amministrativi di un'altra Comunità Autonoma qualora ritenga che essi ledano una propria competenza, l'art. 32 LOTC, nel disciplinare la legittimazione nel ricorso di incostituzionalità, esclude espressamente che una Comunità Autonoma possa impugnare leggi o disposizioni normative con forza di legge di un'altra Comunità Autonoma, limitando le sue possibilità all'impugnazione delle leggi statali. Si tratta di una disparità evidente e difficilmente giustificabile sulla base del solo argomento che i conflitti tra Comunità Autonome trovano fondamento direttamente nella Costituzione [art. 161.1 c) CE]⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ I dati staticistici possono consultarsi sul sito del *Tribunal Constitucional* all'indirizzo: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/default.aspx>

⁴⁷⁸ PÉREZ TREMPES P., *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad Autónoma: crónica de un precepto perdido*, in *Actualidad Jurídica Aranzaldi*, n. 305, 1 ss.; ESÍN TEMPLADO E., *Art. 32*, in REQUEJO PAGÉS

I conflitti di attribuzione

La garanzia giurisdizionale delle relazioni tra i poteri supremi dello Stato è coesistente a qualsiasi sistema costituzionale complesso in cui si stabilisce una divisione di funzioni e competenze tra gli organi costituzionali che compongono la struttura dello Stato. Si tratta di garantire l'esistenza stessa del sistema di relazioni tra i poteri costituzionali. Tuttavia, la previsione di specifico meccanismo processuale per la risoluzione delle controversie che insorgessero dalla divisione funzionale del potere non è stata accolta in Europa con grande favore per il fatto di trasferire ad un organo giurisdizionale, dunque non rappresentativo, controversie di natura squisitamente politica⁴⁷⁹.

Anche il costituente spagnolo del '78 partecipò di questa diffidenza verso la completa giurisdizionalizzazione delle relazioni di potere. Egli, infatti, scelse di non prevedere tra le garanzie costituzionali uno specifico meccanismo di risoluzione delle controversie tra gli organi costituzionali dello Stato, nonostante i sistemi italiano e tedesco, che assunse a riferimento, avessero già fatto esperienza dei cd. conflitti di attribuzione.

Gli unici conflitti costituzionali che trovano fondamento nella Costituzione sono il conflitto di competenza tra Stato e Comunità Autonome e tra Comunità Autonome [161.1 c) CE] e l'impugnazione statale di disposizioni senza forza di legge e risoluzioni adottate da organi delle Comunità Autonome (161.2 CE). Si tratta in entrambi i casi di controversie costituzionali che derivano dalla distribuzione territoriale del potere.

L'attribuzione al *Tribunal Constitucional* della competenza a risolvere anche conflitti derivati dalla distribuzione funzionale del potere è, invece, avvenuta ad opera del legislatore organico, il quale, facendo uso dell'abilitazione concessa dall'art. 161.1 d) CE, ha regolato negli artt. 73 a 75 LOTC anche i conflitti di

J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, 483 ss.

⁴⁷⁹ PORRAS NADALES A.J., *Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes*, in *Revista de estudios políticos*, n. 52/1986, 19 ss.

attribuzione tra organi costituzionali dello Stato. Si ampliano in tal modo le vie di accesso al *Tribunal Constitucional* e il sistema delle garanzie costituzionali. La previsione di uno specifico procedimento giurisdizionale per la garanzia della divisione funzionale del potere riveste senza dubbio una grande importanza teorica perché dimostra, in primo luogo, che i poteri di cui si compone lo Stato sono effettivamente poteri costituiti, nel senso che sono soggetti ai limiti materiali e funzionali imposti dal costituente, che rappresenta l'unico potere sovrano. La garanzia giurisdizionale delle relazioni tra poteri dimostra, inoltre, che le clausole costituzionali sulla divisione del potere sono clausole giuridiche e, pertanto, il conflitto di attribuzione rappresenta uno degli strumenti attraverso cui si persegue la supremazia normativa della Costituzione⁴⁸⁰.

Nonostante, però, la sua indubbia importanza teorica, il conflitto di attribuzione costituisce, nell'ordinamento spagnolo, una via di accesso alla giustizia costituzionale non solo residuale, ma anche di scarsissima rilevanza pratica, avendosi fatto uso di questo strumento in sole cinque occasioni, due di esse risolte con sentenza (SSTC 45/1986, 243/2000) e tre ancora pendenti di decisione⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ ARAGÓN REYES M., *Prólogo*, GÓMEZ MONTORO A.J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid 1992, 21 ss.

⁴⁸¹ La STC 45/1986 risolve, rigettandolo, il conflitto di attribuzione promosso dal Consiglio Generale del Potere Giudiziario in relazione alle votazioni effettuate da Camera e Senato per l'approvazione di modifiche alla disciplina della composizione dell'organo di autogoverno e a quella relativa alla carriera giudiziale. La STC 243/2000 risolve, accogliendolo, il conflitto di attribuzione promosso dal Governo contro il Senato in relazione alla decisione della Presidenza della Camera di non ammettere il procedimento di urgenza sollecitato dal Governo per l'approvazione della legge sull'interruzione volontaria di gravidanza. I tre conflitti pendenti di decisione sono stati promossi nell'ambito delle vicende politiche successive alle elezioni generali del 20 dicembre 2015 e di quelle del 26 giugno 2016, ripetute a seguito dello scioglimento delle Camere per mancata formazione del Governo. Le ultime elezioni politiche, che hanno visto scomparire il rigido bipartitismo spagnolo in favore di un Parlamento frammentato e di una maggioranza politica incapace di esprimere un Governo monocolore, hanno generato una forte tensione tra gli i diversi organi costituzionali, sfociata in tre conflitti di attribuzione. Si tratta del conflitto di attribuzione sollevato nel giugno 2016 dal neoeletto *Congreso de los Diputados* contro

La scarsa rilevanza pratica del conflitto di attribuzione nel sistema spagnolo è dovuta evidentemente al modo in cui il legislatore organico, e lo stesso *Tribunal Constitucional*, hanno configurato e inteso questo *particular y especialísimo* processo costituzionale (STC 45/1986).

Si consideri, innanzitutto, la rigorosa disciplina della legittimazione attraverso cui si è cercato di evitare molti dei problemi di identificazione dei soggetti abilitati al conflitto che esistono, invece, in Germania e Italia⁴⁸². L'art. 59.1 c) LOTC limita, infatti, la competenza del *Tribunal Constitucional* alla conoscenza dei soli conflitti che potessero insorgere tra Governo, Congresso dei Deputati, Senato e Consiglio Generale del Potere Giudiziario. A sua volta, l'art. 73.1 LOTC limita ulteriormente le possibilità di conflitto, giacché suppone che gli organi menzionati dall'art. 59.1 c) possano agire solo in difesa di attribuzioni proprie, ma non delle competenze spettanti ai poteri presso cui sono incardinati. Il conflitto di attribuzioni può configurarsi, pertanto, solo come conflitto tra organi costituzionali, e solo tra quelli espressamente enumerati, ma non – come accade ad esempio in Italia – come conflitto tra poteri dello Stato.

Va, comunque, rilevato che la legittimazione degli organi abilitati al conflitto è distinta a seconda del potere presso cui sono incardinati.

Nel caso del potere legislativo, la legittimazione è conferita separatamente al Congresso e al Senato. Ciò evidentemente perché, sebbene le due Camere concorrono ad integrare le *Cortes Generales*, ciascuna di esse costituisce un organo costituzionale distinto dall'altro, con competenze proprie e piena autonomia funzionale ed organizzativa. Le due Camere agiscono in maniera indipendente anche nell'esercizio di competenze compartite; e di conseguenza

il Governo in funzione, rispetto al rifiuto di quest'ultimo di sottoporsi a controllo parlamentare sulla base della non sussistenza tra i due organi del necessario rapporto di fiducia. Altri due conflitti di attribuzione sono stati sollevati ad inizio 2017 dal Governo Rajoy contro il *Congreso de los Diputados* in relazione agli accordi della Presidenza della Camera che prendevano in considerazione due proposizioni di legge presentate dal Gruppo parlamentare Socialista.

⁴⁸² GARCÍA ROCA J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid 1987, 68 ss.

nessun problema si pone al riconoscimento di una legittimazione separata. In tale prospettiva, tutte le competenze esercitate dalle Camere in *pleno* sono suscettibili di formare oggetto di conflitto. Allo stesso modo, possono formare oggetto di un conflitto di attribuzione anche quelle competenze che i Regolamenti parlamentari non attribuiscono all'Assemblea, ma ad organi interni di questa, come ad esempio gli organi di governo e le Commissioni. Anche queste attribuzioni appartengono, infatti, alla Camera parlamentare e spetterà, pertanto, sempre all'Assemblea agire contro eventuali lesioni competenziali o resistere contro la rivendicazione di competenza altrui⁴⁸³. Gli organi interni delle Camere non godono, dunque, di legittimazione attiva e passiva al conflitto, sebbene le loro specifiche attribuzioni sono tutelabili in questa sede. Non sono legittimati ad agire né a resistere in un conflitto di attribuzione neanche i singoli parlamentari e i gruppi parlamentari. Le loro facoltà si configurano, infatti, più come manifestazione del diritto fondamentale di partecipazione politica *ex art. 23 CE* che come vere e proprie competenze; con la conseguenza che la loro tutela costituzionale si realizza sostanzialmente attraverso il ricorso di *amparo*⁴⁸⁴.

Dentro del potere esecutivo la legittimazione al conflitto spetta al Governo. L'abilitazione deve ritenersi assegnata concretamente al Consiglio dei Ministri che ne costituisce l'organo plenario, come richiede l'art. 73.1 LOTC.

⁴⁸³ Ad esempio, nel conflitto risolto con la STC 243/2000 la decisione controversa non era una deliberazione dell'Assemblea, ma della Presidenza della Camera (in concreto, *Mesa del Senado*). Ciononostante il conflitto fu promosso contro la Camera parlamentare. Allo stesso modo i due conflitti di attribuzione ammessi a tramite nel febbraio 2017 sono stati promossi contro il Congresso dei Deputati rispetto, però, ad accordi della *Mesa de la Cámara* e non dell'Assemblea.

⁴⁸⁴ GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 73*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000, 1140. L'autore analizza anche la possibilità di un conflitto a istanza della *Diputación Permanente* che rappresenta la Camera fuori sessione. Questo ipotetico conflitto va escluso in linea di principio, perché – secondo l'autore – «*lo correcto será que la Diputación Permanente ejerza su facultad de convocatoria (art. 73.2 CE) para que aquella se reúna y adopte una decisión al respecto antes de que trascorra el plazo legalmente establecido*».

Un'analoga legittimazione non può riconoscersi, invece, al Presidente del Governo, trattandosi di un organo unipersonale incapace di esprimere definitivamente la volontà del collettivo a cui appartiene, che inoltre detiene competenze non inquadrabili in quelle dell'esecutivo⁴⁸⁵. Ugualmente non hanno legittimazione al conflitto i Ministri e le Commissioni delegate: i primi perché si situano in una posizione di dipendenza dal Presidente e, inoltre, non hanno competenze costituzionali proprie; le seconde perché non hanno altre competenze che quelle delegate dal Governo⁴⁸⁶. In definitiva, è il Consiglio dei Ministri che può intervenire in un conflitto di attribuzioni; chiaramente per la difesa delle attribuzioni proprie del Governo, ma non di quelle dell'Amministrazione, che pure forma parte dell'esecutivo.

Dentro del potere giudiziario la legittimazione al conflitto viene riservata al Consiglio Generale del Potere Giudiziario, ovvero all'organo di autogoverno. Non si riconosce, invece, una legittimazione – né attiva né passiva – ai singoli organi giudiziari che, in forma indipendente, esercitano la funzione giurisdizionale che la Costituzione attribuisce in generale al Potere giudiziario (art. 117.1 CE). Al riguardo il *Tribunal Constitucional* ha affermato che “*los órganos en que se expresa el Poder Judicial (que es un poder de configuración plural, para ejercer la función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado “en nombre del Rey”)*”, *no tienen acceso al conflicto de atribuciones, pues los órganos judiciales en sí mismos considerados no son “órganos constitucionales” a los efectos de plantear conflicto de atribuciones según el art. 59.3 LOTC, y los conflictos posibles entre Juzgados y Tribunales y otros órganos del Estado tienen previstos otros cauces procedimentales en los que no tiene cabida el propio Consejo*” (STC 45/1986, FJ 5), quali ad esempio i

⁴⁸⁵ Art. 2 *Ley 50/1997*, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁴⁸⁶ GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 73*, cit., 1141.

conflitti giurisdizionali regolati dalla Legge Organica 2/1987, *de Conflictos Jurisdiccionales*⁴⁸⁷.

La legittimazione del Consiglio Generale del Potere Giudiziario deve intendersi, inoltre, limitata alle controversie costituzionali relative alle competenze proprie dell'organo di autogoverno, non potendo quest'ultimo agire in rappresentanza degli organi giudiziari, perché *“al configurarse constitucionalmente como su órgano de gobierno, no podría ser, ni siquiera a efectos procesales, “representante” del Poder Judicial, pues ello estaría en contradicción con el principio constitucional de independencia de Jueces y Magistrados (art. 117.1 CE) y ese presunto carácter representativo habría de admitirse también del lado pasivo, sujetando así al miembro integrante del Poder Judicial a instancias o actuaciones judiciales del propio Consejo”* (STC 45/1986, FJ 5).

Dalle considerazioni che precedono si ricava in maniera inequivoca che il conflitto di attribuzione può instaurarsi solo tra gli organi costituzionali espressamente menzionati dalla LOTC e solo per la difesa di attribuzioni proprie, o di quelle che, pur spettando a organi interni, si considerino comunque competenze proprie dell'organo nel suo complesso. Lo ha riconosciuto espressamente anche il *Tribunal Constitucional* affermando che il conflitto *“es un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el artículo 59 de la Ley Orgánica”* (STC 45/1986, FJ 1) se, inoltre, *“exista en el caso concreto una conexión específica entre el órgano actor y las atribuciones de defendidas que*

⁴⁸⁷ Sebbene la maggior parte dei conflitti tra organi giudiziari e altri organi dello Stato trovano nei conflitti giurisdizionali la propria via processuale di risoluzione, la dottrina si è interrogata sul trattamento giuridico da riservare ad una tipologia specifica di conflitto, quella tra gli organi giudiziari e le camere parlamentari. Questo tipo di conflitti potrebbero insorgere, ad esempio, quando l'attività giurisdizionale esercitata nel corso di un processo giudiziario venga a coincidere con quella di una commissione parlamentare di inchiesta. Sul punto, si veda DÍEZ PICAZO L. M., *Consideraciones críticas sobre los conflictos entre órganos judiciales y asambleas legislativas*, in AA.VV. (a cura di), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid 2008, 465 ss.

deben estimarse como propias frente a la invasión, por ejercicio indebido, del órgano constitucional demandado” (STC 45/1986, FJ 4; STC 243/2000, FJ 4).

Di conseguenza, la Corona e il proprio Tribunale Costituzionale, sebbene sono qualificati dalla Costituzione come organi costituzionali, in quanto coesenziali alla forma di governo, non sono legittimati al conflitto di attribuzione.

Un caso peculiare che ha suscitato non pochi dubbi è quello relativo al possibile riconoscimento della legittimazione ad agire in conflitto alla Corte dei Conti (*Tribunal de Cuentas*), dal momento che, seppur non ricompreso tra gli organi menzionati all’art. 59.1 c) LOTC⁴⁸⁸, l’art. 8.1 della *Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas* stabilisce che “*los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones del Tribunal de Cuentas serán resueltos por el Tribunal Constitucional*”⁴⁸⁹.

La questione apre un tema di dibattito più generale relativo alla possibile estensione della legittimazione anche agli organi di rilevanza costituzionale⁴⁹⁰. L’orientamento prevalente, fondato sull’interpretazione che il Tribunale costituzionale ha fornito della legittimazione, ha sempre escluso l’accesso al conflitto di attribuzione agli organi di rilevanza costituzionale, e in particolare al *Tribunal de Cuentas*; organo che, seppur agisce con autonomia funzionale, dipende dal Parlamento ed esercita funzioni delegate da quest’ultimo (art. 136.1

⁴⁸⁸ Nel progetto di Legge Organica del Tribunale Costituzionale il *Tribunal de Cuentas* era ricompreso tra gli organi legittimati al un conflitto di attribuzione, ma nel testo definitivo il riferimento scomparve.

⁴⁸⁹ Sul punto, GARCÍA ROCA J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, cit., 68 ss.; PIÑEIRO HERNÁIZ A., *Consideraciones generales sobre el conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que suscita su ámbito subjetivo de aplicación: Un caso particular, el Tribunal de Cuentas*, in *Revista Española de Control Externo*, n. 46/2014, 123 ss.

⁴⁹⁰ Gli organi di rilevanza costituzionale sono quegli organi che, pur se regolati dalla Costituzione, non si configurano come coesenziali alla struttura costituzionale dello Stato, ma semplicemente concorrono a completare il sistema delle relazioni tra i poteri costituzionali. Sono organi di rilevanza costituzionali, secondo la Costituzione spagnola: il *Consejo de Estado* (art. 107 CE), il *Defensor del Pueblo* (art. 54 CE), il *Ministerio Fiscal* (art. 124 CE), il *Tribunal de Cuentas* (art. 136 CE), el *Consejo Económico y Social* (art. 131.2 CE).

CE). È, dunque, inimmaginabile che possano sorgere conflitti tra la Corte dei Conti e le Camere parlamentari.

All'esclusione di una legittimazione al conflitto deve giungersi anche considerando i dati che emergono dalla disciplina legislativa dell'organo contabile. A tal fine è opportuno distinguere a seconda delle funzioni esercitate dal *Tribunal de Cuentas* che sono sostanzialmente due: quella di controllo dei conti pubblici e quella di giurisdizione della responsabilità contabile. Quando la Corte dei conti agisce come giudice della responsabilità contabile, dunque come organo giudiziale, la risoluzione di eventuali controversie con altri organi non può avvenire mediante conflitto di attribuzione, non essendo gli organi giudiziali legittimati a prendere parte a questo processo costituzionale (STC 45/1986, FJ 5). Inoltre, sia che si tratti di conflitti di giurisdizione o conflitti di competenza è facile constatare che queste controversie incontrano in altra sede il loro momento di composizione. Al riguardo, infatti, l'art. 31.1 della Legge Organica 2/1987, *de Conflictos Jurisdiccionales* stabilisce che “*los conflictos de jurisdicción que se susciten entre los órganos de la Jurisdicción contable y la Administración y los que surjan entre los primeros y los órganos de la jurisdicción militar serán resueltos por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y por la Sala de Conflictos de Jurisdicción, respectivamente, según el procedimiento establecido en la presente Ley Orgánica*”. Se, invece, la controversia oppone gli organi della giurisdizione contabile agli organi di qualsiasi ordine giurisdizionale, questa si configura come conflitto di competenza e dovrà risolversi applicando lo specifico procedimento regolato dalla Legge Organica del Potere Giudiziario (Titolo III, Capitolo II, artt. 42 a 50).

Quando, però, il *Tribunal de Cuentas* agisce come organo di controllo dei conti pubblici è evidente che i conflitti giurisdizionali non costituiscono una via adeguata per la risoluzione di eventuali controversie competenziali. Pertanto, l'ambito di applicazione dell'art. 8.1 della LOTCu deve considerarsi circoscritto alla sola attività di controllo dei conti pubblici. Pur con questa

precisazione esiste una contraddizione evidente tra la LOTCu e la LOTC su cui il Tribunale Costituzionale non ha avuto ancora l'opportunità di pronunciarsi⁴⁹¹. Ad ogni modo, questa contraddizione risulta decisamente ridimensionata se i precetti menzionati si interpretano alla luce dell'art. 3 della Legge 7/1988, *de funcionamiento del Tribunal de Cuentas* che, tra le altre cose, attribuisce al *Pleno* la facoltà di “*proponer a las Cortes Generales el planteamiento de conflictos que afecten a competencias o atribuciones del Tribunal*”. Deve concludersi, pertanto, che al non essere espressamente legittimato dalla LOTC il *Tribunal de Cuentas* non può agire direttamente in un conflitto di attribuzione, né come parte attiva né come parte passiva, ma può sollecitare alle Camere la proposizione di questo processo costituzionale. Va comunque rilevato che, dal momento che l'attività di controllo svolta dal *Tribunal de Cuentas* si concretizza nell'elaborazione di relazioni e memorie, difficilmente potrà dar luogo a lesioni competenziali.

Quanto all'oggetto del conflitto, l'art. 73.1 LOTC esige, innanzitutto, che le attribuzioni contese siano quelle conferite dalla Costituzione o da leggi organiche. La disposizione vuole da un lato evitare che giungano al *Tribunal Constitucional* questioni di mera legalità, limitando l'accesso ai soli conflitti che presentino un'evidente dimensione costituzionale per il rango costituzionale delle norme attributive di competenza; dall'altro, la possibilità di conflitti su attribuzioni conferite da leggi organiche pare del tutto coerente con l'assetto costituzionale spagnolo nel quale non poche competenze, pur avendo il proprio fondamento nella Costituzione, vengono attribuite sostanzialmente da norme legislative. Il problema, però, che si pone al riguardo è che la legge organica non assume lo stesso ruolo all'ora di concretizzare le attribuzioni costituzionali degli organi legittimati al conflitto, giacché in alcuni casi le funzioni e attribuzioni di derivazione costituzionale possono essere conferite anche

⁴⁹¹ GÓMEZ MONTORO A. J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, cit., 352 ss.; PUNSET BLANCO R., *Conflicto entre órganos constitucionales*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995, 1435.

mediante legge ordinaria. La questione si pone soprattutto per le Camere parlamentari e il Governo, mentre nel caso del Consiglio Generale del Potere Giudiziario la Costituzione rimette espressamente alla legge organica per la determinazione delle sue funzioni (art. 122.2 CE). Il fatto che una competenza sia attribuita da una legge ordinaria non deve portare automaticamente ad escludere che possa formare oggetto di un conflitto di attribuzione, perché questo processo sarà possibile ogniqualvolta che la competenza, pur concretizzata dalla legge, trovi fondamento nella Costituzione⁴⁹².

L'art. 73.1 LOTC stabilisce, inoltre, che l'impugnazione deve dirigersi contro "decisiones" di uno degli altri organi costituzionali legittimati che, "asumiendo atribuciones" dell'organo proponente, si considerino lesive dell'ordine costituzionale di riparto funzionale del potere. Come i conflitti positivi di competenza anche il conflitto di attribuzione presenta una doppia dimensione, essendo volto da un lato a stabilire il titolare della competenza contesa, e dall'altro a decidere sulla validità dell'atto concretamente impugnato⁴⁹³.

Allo stesso modo, anche nel conflitto tra organi dello Stato il legislatore organico sceglie di utilizzare espressioni ampie e generiche per definire l'oggetto della controversia costituzionale, rimettendo alla pratica giurisprudenziale il compito di risolvere gli inevitabili dubbi interpretativi.

Con riguardo, ad esempio, al vizio di incompetenza il problema che si è posto sin dal principio è stato quello di stabilire se il conflitto andasse limitato ai soli casi di *vindicatio potestatis* o se, al contrario, potesse ammettersi in questa sede la denuncia di qualunque lesione di competenza. Il dubbio sorgeva alla luce della formulazione degli artt. 73.1 e 75.2 LOTC che concretizzano l'oggetto del conflitto facendo riferimento a decisioni che "assumono" o "invadono"

⁴⁹² Sul punto, GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 73*, cit., 1137 ss.

⁴⁹³ Questa doppia dimensione è confermata dall'art. 75.2 LOTC il quale stabilisce che «La sentencia del Tribunal determinará a que órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos».

attribuzioni altrui. Un'interpretazione letterale delle due norme conduce a configurare il conflitto come *vindicatio potestatis*. Questa è stata la posizione assunta dal *Tribunal Constitucional* in occasione del primo conflitto di attribuzione. Si affermava che “*a diferencia de los conflictos interterritoriales, en los que este Tribunal ha admitido supuestos de lesión por simple menoscabo – no por invasión – de competencias ajenas (Sentencia 11/1984, de 2 de febrero), en los conflictos entre órganos constitucionales el legislador no ha admitido otro supuesto que el de la estricta usurpación de atribuciones*”. Questa differenza era motivata dal fatto che “*el conflicto de atribuciones garantiza, más que el ámbito de autodeterminación de un ente creador de un ordenamiento propio, la existencia de la misma estructura constitucional concebida como sistema de relaciones entre órganos constitucionales dotados de competencias propias, que se protegen también a través de esta vía procesal*” (STC 45/1986, FJ 4)⁴⁹⁴.

Questa interpretazione restrittiva del vizio di competenza deducibile in conflitto è stata, però, abbandonata in occasione della decisione del secondo conflitto di attribuzione (STC 243/2000, FJ 5). Di conseguenza, nonostante la dubbia formulazione della LOTC, qualunque lesione di un'attribuzione costituzionale sarà impugnabile in sede di conflitto, purché ovviamente si tratti di una lesione reale ed effettiva e non meramente ipotetica. Dunque, il conflitto è proponibile sia quando un organo esercita, assumendole, competenze spettanti a un altro, sia quando un organo, esercitando competenze proprie, ostacola l'esercizio di competenze appartenenti ad altri. Il cambio di dottrina non è irrilevante, giacché buona parte dei conflitti immaginabili ricade proprio in questa seconda ipotesi. Si consideri, ad esempio, il caso in cui il Governo proponga al Re la nomina del Procuratore Generale dello Stato, senza aver prima sentito il Consiglio Generale

⁴⁹⁴ Cfr., GÓMEZ MONTORO A. J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, cit., 363 ss.; PUNSET BLANCO R., *Conflicto entre órganos constitucionales*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995, 1436; GARCÍA ROCA J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, cit., 121 ss.

del Potere Giudiziario (art. 124.4 CE), o il caso in cui il Governo, di fronte all'inattività di una Comunità Autonoma, decida di esercitare il potere sostitutivo ex art. 155, senza ottenere prima l'autorizzazione del Senato (art. 155.1 CE), o ancora il caso in cui il Congresso approvasse una legge senza maggioranza assoluta, nonostante fosse stata vietata dal Senato.

Con riguardo, poi, agli atti che possono motivare un conflitto di attribuzione l'art. 73.1 LOTC precisa che l'impugnazione va diretta contro *decisiones*. L'espressione è generica e crea non pochi problemi all'ora di stabilire quali decisioni degli organi legittimati possono in concreto formare oggetto di un conflitto di attribuzione. Considerato, però, che l'art. 75.2 LOTC chiarisce che la sentenza del Tribunale risolve sulla nullità degli *actos* adottati in violazione del riparto di competenze, nessun problema si pone rispetto ai regolamenti del Governo, alle decisioni del Consiglio Generale del Potere giudiziario e alle disposizioni non legislative delle Camere, che certamente rientrano nella generica categoria delle *decisiones*, in quanto atti. Dunque, come nei conflitti di competenza, anche in quelli di attribuzione sarà impugnabile qualunque atto o risoluzione senza forza di legge degli organi legittimati, incluso se di carattere endoprocedimentale.

Non pare, invece, ipotizzabile ricomprendere tra le *decisiones* che possono formare oggetto di un conflitto di attribuzione le disposizioni normative di rango legislativo, sebbene queste possono risultare viziate di incompetenza. Laddove, infatti, il legislatore organico ha voluto riferirsi a disposizioni legislative ne ha sempre specificato il rango, cosa che nei conflitti interorganici non avviene. Al riguardo, il proprio *Tribunal Constitucional*, pur non dando una risposta definitiva alla questione, ha riconosciuto “*las dificultades de encaje que podría tener la disposición legislativa dentro del cauce procesal abierto en los arts. 73 y siguientes de la LOTC*”. A giudizio del Tribunale “*existen cauces específicos adecuados para el control de la constitucionalidad del contenido de la Ley*”, quali il ricorso e la questione di incostituzionalità. Inoltre, secondo l'organo di giustizia costituzionale “*la propia regulación del procedimiento*

conflictual lo hace difícilmente practicable como reacción frente a una presunta invasión de atribuciones por obra del legislador”, perché essendo “la Ley acto complejo de formación bicameral e imputable, en su adopción, a las Cortes Generales, tendría que estar este órgano plural pasivamente legitimado como tal en este procedimiento. El intento de un doble requerimiento y de una también doble acción conflictual supone reconocer la falta de legitimación pasiva del órgano plural en sí mismo considerado. La consideración aislada de las Cámaras, sin embargo, las hace impotentes para reparar hipotéticas lesiones derivadas de un acto complejo, y en particular para responder al requerimiento previo y «revocar» la decisión invasora, no imputable, aisladamente, a ninguna de las Cámaras, y por ello no reparable aisladamente por una u otra de ellas” (STC 45/1986, FJ 3)⁴⁹⁵.

Una questione distinta è quella della possibile formalizzazione di un conflitto di attribuzione di fronte ad un’omissione suscettibile di ledere competenze altrui, come accade nei conflitti di competenza dove il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di agire contro l’inattività dell’Amministrazione.

Nel caso dei conflitti di attribuzione, oltre a non essere stata prevista espressamente la possibilità di un conflitto negativo, questa eventualità deve comunque escludersi alla luce del tenore letterale degli artt. 73 e 75 LOTC dai quali si evince che la decisione del Tribunale Costituzionale verte in ogni caso su un atto positivo. Diverso è il caso in cui uno degli organi legittimati eserciti una propria competenza senza rispettare il procedimento o i requisiti costituzionalmente richiesti, così ignorando la competenza che nella medesima materia vanta anche un altro degli organi legittimati. In questa ipotesi non si

⁴⁹⁵ Una parte della dottrina ritiene che questa giurisprudenza non permette di escludere in assoluto la possibilità di conflitti interorganici su atti legislativi. In questa prospettiva, sostiene piuttosto l’opportunità di introdurre un procedimento analogo a quello previsto per i conflitti interterritoriali dall’art. 67 LOTC che stabilisce la trasformazione del conflitto sulla legge in un ricorso di incostituzionalità. Sul punto, GÓMEZ MONTORO A. J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, cit., 390 ss.; TRUJILLO RINCÓN M. A., *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid 1995, 300.

configura una vera e propria omissione, ma piuttosto un cattivo esercizio di una competenza propria che finisce per ripercuotersi negativamente sull'ambito di attribuzione di un altro organo. In tal caso, però, la decisione indebitamente assunta si materializza pur sempre in un atto e, di conseguenza, nessun problema si pone per la formalizzazione del conflitto, da cui vanno escluse le mere omissioni.

Deve considerarsi, in ultimo, che al conflitto di attribuzione – come nei conflitti di competenza – non si accede direttamente, essendo richiesta la previa diffida all'organo che ha adottato la decisione viziata di incompetenza affinché si intenti una risoluzione convenzionale della controversia. Solo quando, espressamente o implicitamente, l'organo diffidato si sia rifiutato, nei termini imposti dalla LOTC, di revocare la decisione alla quale si ascrive l'indebita assunzione di attribuzioni, sarà possibile formalizzare un conflitto dinanzi al *Tribunal Constitucional*.

Il conflitto in difesa dell'autonomia locale

Tra i conflitti costituzionali la LOTC ricomprende anche il conflitto in difesa dell'autonomia locale (Titolo IV, Capitolo IV, artt. 75 *bis* a 75 *quinquies*).

Questo processo costituzionale, al pari dei conflitti di attribuzione, non è stato previsto direttamente dal costituente, ma è stato introdotto dal legislatore organico sulla base dell'abilitazione concessa dall'art. 161.1 d) CE per assegnare al Tribunale Costituzionale “*las demás materias*” che non siano già di sua competenza per espressa attribuzione costituzionale. Rispetto, però, ai conflitti di attribuzione, che il legislatore organico ha disciplinato già nel testo originario della LOTC, per il conflitto in difesa dell'autonomia locale si dovrà

attendere la modifica realizzata dalla LO 7/1999 sulla base degli accordi raggiunti nel cd. Patto Locale⁴⁹⁶.

L'opportunità di introdurre una specifica via di accesso alla giustizia costituzionale, che permettesse agli enti locali di reagire direttamente contro eventuali violazioni del proprio ambito di autonomia perpetrate dal legislatore, era difesa da tempo dalle associazioni di rappresentanza di comuni e province, constatato che l'autonomia locale, sebbene rappresentasse una garanzia istituzionale (artt. 137, 140 e 141 CE), non godeva del medesimo sistema di protezione riconosciuto alle Comunità Autonome. A quest'ultime, infatti, il costituente aveva riconosciuto la possibilità di difendere il proprio ambito di autonomia anche contro le decisioni del legislatore, legittimandole ad agire direttamente dinanzi al *Tribunal Constitucional* (artt. 161.1 e 162.1 CE). Al contrario, gli enti locali non venivano abilitati ad agire direttamente in sede costituzionale per la tutela del proprio ambito di autonomia, non essendo stati legittimati né al ricorso né ai conflitti. Gli enti locali non avrebbero potuto agire in sede costituzionale nemmeno mediante *amparo*, non essendo l'autonomia locale ricompresa tra le situazioni giuridiche suscettibili di ricorso individuale diretto⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Il cd. Patto Locale rappresenta l'accordo politico di maggiore rilevanza per gli enti locali dopo quello che ha portato all'approvazione della Legge 7/1985, *reguladora de las Bases de Régimen Local* (LBRL). Sulla base del Patto Locale furono promossi sei progetti di legge per la modifica: della Legge Organica 1/9992, *sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*; della Legge 7/1985, *reguladora de las Bases del Régimen Local*; della Legge Organica 9/1983, *reguladora del Derecho de reunión*; della Legge Organica 5/1985, del *Régimen Electoral General*; della Legge Organica 2/1979, del *Tribunal Constitucional*; e della Legge Organica 8/1985, *reguladora del Derecho a la Educación* (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 129-1 a 136-1). Questi progetti di legge saranno convertiti nelle Leggi Organiche 7 a 10, e nelle leggi ordinarie 10 e 11, tutte del 21 Aprile 1999 (*Boletín Oficial del Estado* n. 96, de 22 de abril).

⁴⁹⁷ Negli AATC 21/1980; 269/1983; 583/1983; 867/1987 il Tribunale Costituzionale ha espressamente escluso l'esistenza di un possibile collegamento tra l'autonomia locale e i diritti di partecipazione politica ex art. 23.1 CE, al fine di consentire una tutela di *amparo* anche all'autonomia locale.

In un tale contesto, gli enti locali potevano agire direttamente solo dinanzi alla giurisdizione ordinaria, e in particolare a quella contenzioso-amministrativa, per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi⁴⁹⁸. Questo sistema permetteva una tutela diretta contro gli atti non legislativi, ma non assicurava un'analoga forma di difesa dell'autonomia locale contro gli atti del legislatore, tanto statale come autonomico. Contro gli atti legislativi, considerati lesivi dell'autonomia locale, comuni e province avrebbero potuto agire solo indirettamente, o sollecitando agli organi giudiziari una questione di incostituzionalità o ricorrendo alla *Comisión Nacional de Administración Local*, affinché sia questa a richiedere ai soggetti legittimati la proposizione di un ricorso di incostituzionalità⁴⁹⁹.

Non sono mancati autori che hanno addirittura sostenuto che questo meccanismo di accesso indiretto e mediato alla giurisdizione costituzionale costituisca l'unica forma possibile di partecipazione alla giustizia costituzionale degli enti locali⁵⁰⁰. Va comunque rilevato che la mancata previsione di un'espressa legittimazione in favore degli enti territoriali minori non ha impedito che questioni relative alla difesa dell'autonomia locale giungessero al

⁴⁹⁸ GÓMEZ BARRO G., *Posibilidades de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional por los entes locales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 57/1999, 165 ss.

⁴⁹⁹ Questo meccanismo di partecipazione degli enti locali ai ricorsi di incostituzionalità è previsto dall'art. 63.3 della Legge 7/1985, *reguladora de las Bases de Régimen Local*.

⁵⁰⁰ Si veda, ad esempio, GARCÍA ROCA J., *Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por su propios titulares ante el Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1997, 25 secondo cui «La existencia de una garantía institucional conduce, evidentemente, a la necesidad de controlar al legislador, que no puede vaciar de contenido la previsiones constitucionales. Más dudoso es que deba llevar a la articulación de legitimaciones para que los entes protegidos por dicha garantía puedan impugnar directamente las leyes que les afecten. Una argumentación de este tipo debería llevar a que, asimismo, se establecieran acciones para que pudieran acudir al Tribunal Constitucional las Universidades, los Colegios Profesionales, las Fundaciones, las familias y todas las demás instituciones que gozan de una garantía de esta naturaleza». Nella medesima linea JIMÉNEZ CAMPO J., *Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53/1998, 41 ss.

Tribunale Costituzionale, e che quest'ultimo elaborasse una dottrina sulla portata dell'autonomia costituzionalmente garantita agli enti locali. E ciò indipendentemente dai meccanismi di partecipazione alla giurisdizione costituzionale concessi agli enti locali, se si considera, ad esempio, lo scarso ricorso alla Commissione Nazionale dell'Autonomia Locale ex art. 63.3 LBRL, dovuto anche al fatto che comuni e province vantano al riguardo un mero diritto di petizione che non garantisce in ogni caso l'accesso al *Tribunal Constitucional*.

Ciononostante gli enti locali hanno sempre difeso l'opportunità di una specifica via di accesso al Tribunale Costituzionale finalizzata a tutelare il proprio ambito di autonomia da eventuali compressioni da parte del legislatore. Ne è prova il fatto che alcuni enti locali, sfruttando la peculiare configurazione istituzionale, hanno addirittura tentato la strada del ricorso di incostituzionalità per reagire contro norme legislative ritenute contrarie al proprio ambito di autonomia. Si pensi, ad esempio, al ricorso di incostituzionalità promosso dalla città autonoma di Ceuta contro la Legge Organica 1/1995, di approvazione del relativo Statuto di Autonomia. Il ricorso fu promosso dal sindaco della città autonoma in rappresentanza dell'Assemblea. Questi motivava la sua legittimazione per analogia con quella che il costituente e il legislatore organico riconoscono agli organi delle Comunità Autonome. Nell'ATC 320/1995 il Tribunale Costituzionale nega espressamente che le città autonome possano qualificarsi come Comunità Autonome all'effetto di promuovere un ricorso di incostituzionalità. In concreto, si esclude che agli organi delle città autonome si possa riconoscere la legittimazione attiva al ricorso al pari di quanto avviene con quelli delle Comunità Autonome vere e proprie. Allo stesso tempo, si avverte che non esiste una relazione necessaria tra le garanzie costituzionalmente riconosciute e la legittimazione a promuovere un ricorso di incostituzionalità (FJ 3). A giudizio del Tribunale Costituzionale la disciplina del ricorso di incostituzionalità prevede un *numerus clausus* tassativo di soggetti legittimati che vieta “*que la inconstitucionalidad pueda ser pedida*

directamente por los ciudadanos a título individual y por cualquiera otras personas jurídicas, públicas o privadas, fuera de las expresamente previstas” (FJ 2).

La circostanza che nel sistema spagnolo gli enti locali non potessero agire direttamente dinanzi al Tribunale Costituzionale per denunciare atti legislativi che considerassero contrari al proprio ambito di autonomia veniva avvertita dagli enti territoriali minori e da una parte della dottrina come un vuoto normativo a cui il legislatore avrebbe dovuto porre rimedio⁵⁰¹. In questo dibattito politico non poco peso hanno avuto le esperienze straniere, soprattutto quella tedesca e austriaca, dove le autonomie locali possono difendersi dinanzi ai corrispondenti Tribunali Costituzionali mediante un ricorso diretto, che potrebbe avere ad oggetto anche norme di rango legislativo⁵⁰².

Oltre alle esperienze di diritto comparato i sostenitori di un ricorso diretto in sede costituzionale a tutela dell'autonomia locale richiamavano anche la Carta europea dell'Autonomia locale, del 15 Ottobre 1985, ratificata in Spagna nel 1988, il cui articolo 11 stabilisce che *“le entità locali devono disporre di una via di ricorso giurisdizionale finalizzata ad assicurare il libero esercizio delle loro competenze e il rispetto dei principi di autonomia locale consacrati nella Costituzione o nella legislazione interna”*⁵⁰³.

Nonostante, però, da più parti si auspicasse l'introduzione di una specifica via di accesso al Tribunale Costituzionale per la tutela dell'autonomia locale, e a tal fine si raggiunse un accordo politico, il processo di definizione di un nuovo canale di partecipazione alla giustizia costituzionale è stato tutt'altro che rapido e lineare. A ciò ha concorso, evidentemente, il timore che la previsione di un

⁵⁰¹ Si veda in particolare PAREJO ALFONSO L., *La protección jurídica de la autonomía local en el Derecho español*, in *El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, Barcellona 1997.

⁵⁰² Sul punto, PÉREZ TREMPS P., *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1998, 49 ss.; GALINSOGA JORDA A., BLANC ALTEMIR A., NOVELL FABREGAT, *La autonomía local en el marco jurídico-internacional europeo*, in *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 237/1988, 881 ss.

⁵⁰³

nuovo processo costituzionale, per di più in mano degli enti locali, avrebbe potuto sovraccaricare di un numero eccessivo di ricorsi il Tribunale Costituzionale, già saturato dalle migliaia di domande di *amparo*. A parte ciò, la principale difficoltà che ha incontrato il legislatore nel disciplinare un processo costituzionale per la tutela dell'autonomia locale è stata senza dubbio quella di giustificare l'inquadramento degli enti locali tra i soggetti legittimati a ricorrere gli atti legislativi dinanzi al Tribunale Costituzionale, alla luce di una disciplina costituzionale particolarmente rigorosa in tema di legittimazione (artt. 162.1 e 163 CE). Secondo una parte della dottrina, l'espressa previsione a livello costituzionale dei soggetti legittimati a promuovere un controllo di costituzionalità delle leggi costituisce un limite che vincola anche l'abilitazione *ex art. 161.1 d) CE*; con la conseguenza che il legislatore non può assegnare al *Tribunal Constitucional* competenze che implicino una modificazione del sistema di legittimazione stabilito dal costituente⁵⁰⁴. Al riguardo, lo stesso organo di giustizia costituzionale ha affermato che l'enumerazione a livello costituzionale dei soggetti legittimati al ricorso di incostituzionalità costituisce un *numerus clausus* tassativo che impedisce “*que la inconstitucionalidad pueda ser pedida directamente por los ciudadanos a título individual y por cualquiera otras personas jurídicas, públicas o privadas, fuera de las expresamente previstas*” (ATC 320/1995, FJ 2).

Questa circostanza ha influito non poco sulla configurazione del nuovo processo costituzionale a tutela dell'autonomia locale, non potendo il legislatore organico, senza una modifica costituzionale del sistema di legittimazione, disciplinare l'accesso degli enti locali come ricorso diretto contro le leggi. Per questo furono proposte diverse alternative sia in sede dottrinale che politica sulla configurazione del nuovo processo costituzionale voluto dal cd. Patto

⁵⁰⁴ JIMÉNEZ CAMPO J., *Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español*, cit., 33 ss.; GARCÍA ROCA J., *Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por sus propios titulares ante el Tribunal Constitucional*, cit., 25 ss.

Locale⁵⁰⁵. Per evitare problemi di costituzionalità si scelse, però, di configurare l'impugnazione di atti legislativi lesivi dell'autonomia locale come conflitto costituzionale. La LO 7/1999 ha modificato, infatti, il Titolo IV della LOTC relativo ai conflitti costituzionali, inserendo in esso un nuovo Capitolo, quello sul conflitto in difesa dell'autonomia locale. Per evitare, inoltre, di confondere l'azione degli enti locali contro leggi ritenute lesive dell'autonomia locale con il ricorso di incostituzionalità si scelse di articolare il conflitto in difesa dell'autonomia locale in due fasi. La prima fase è propria di una controversia costituzionale, in quanto finalizzata esclusivamente ad accertare l'esistenza o meno della lesione dell'autonomia locale denunciata. A norma, infatti, dell'art. 75 quinquies, comma 5, LOTC *“la sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, es su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de Derecho creadas en lesión de la autonomía local”*. In sede di conflitto, dunque, il Tribunale Costituzionale non si pronuncia sulla costituzionalità della legge impugnata, ma solo sull'eventuale lesione dell'autonomia locale. Nel caso in cui, però, si accerti che la legge viola l'autonomia locale costituzionalmente garantita, è possibile che si apra una seconda fase, eventuale ed interna al *Tribunal Constitucional*, finalizzata a risolvere formalmente la relativa questione di costituzionalità della legge. A tal fine, l'art. 75 quinquies, comma 6, stabilisce, infatti, che *“la declaración, es su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local”*. La norma introduce un altro caso di questione interna di

⁵⁰⁵ GROPPI T., *La garanzia dell'autonomia costituzionale degli enti locali: un'analisi comparata*, in *Le Regioni*, n. 5/1998, 1044 ss.; SÁNCHEZ MORÓN M., *Art. 75 bis*, in REQUEJO PAGÉS J. L., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 1180 ss.

incostituzionalità, simile a quello regolato dall'art. 55.2 LOTC in sede di *amparo*. Diversamente da quest'ultima fattispecie di questione interna, che a seguito della modifica del 2007 si è trasformata in una vera e propria questione incidentale, la questione interna che può sorgere in sede di conflitto in difesa dell'autonomia locale, rimane successiva alla decisione sulla lesione dell'autonomia locale; con la conseguenza che il giudizio di costituzionalità della legge dipende praticamente da quello sull'esistenza di una lesione dell'autonomia locale.

Questa peculiare configurazione del conflitto in difesa dell'autonomia locale non ha, però, risolto i dubbi sollevati rispetto ad un'azione costituzionale degli enti locali contro la legge e, in particolare, sulla sua possibile confusione con il ricorso di incostituzionalità, dal quale gli enti territoriali minori sono stati esclusi dal proprio costituente. Al contrario, la dottrina si mostra generalmente critica verso la disciplina legislativa del conflitto in difesa dell'autonomia locale. Secondo l'orientamento maggioritario si tratta di una disciplina complessa, in alcuni punti anche confusa, che non riesce a dissimulare la vera natura giuridica del nuovo processo costituzionale che, al di là della sua configurazione come conflitto, costituisce in realtà un ricorso diretto contro la legge che si avvicina più ai procedimenti di controllo astratto delle norme⁵⁰⁶. Si è parlato al riguardo di un conflitto atipico nel quale il concetto di conflitto deve intendersi in senso ampio di controversia o litigio tra parti, mentre il processo

⁵⁰⁶ GARCÍA ROCA J., *El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local*, in *Revista de derecho Administrativo*, n. 1/2000, edizione straordinaria, 5 ss.; JIMÉNEZ CAMPO J., *Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59/2000, 22; PORRAS RAMÉREZ J. M., *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107/2000, 373 ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El conflicto en defensa de la autonomía local: Justificación, configuración jurídica y funcionalidad*, in *Anuario del gobierno local 2001. Configuración jurídica de la autonomía local. Municipio y transformaciones sociales. Urbanismo e inmigración*, Madrid, 2001, 55 ss.

configura un vero e proprio un mezzo di impugnazione e di controllo astratto delle leggi, simile al ricorso di incostituzionalità⁵⁰⁷.

Nonostante, infatti, la previsione di un doppio processo, uno sulla lesione dell'autonomia locale, ad istanza degli enti locali, ed uno sulla costituzionalità della legge, ad iniziativa del proprio *Tribunal Constitucional*, è evidente che la legge costituisce l'oggetto del giudizio in entrambi le fasi del conflitto e, come già anticipato, la decisione sulla sua costituzionalità della legge, pur se non richiesta formalmente dagli enti locali, dipende praticamente da quella emessa in relazione alla denunciata lesione dell'autonomia locale.

Inoltre, il conflitto in difesa dell'autonomia locale non presuppone sempre, come negli altri conflitti costituzionali, una *vindicatio potestatis*, dal momento che l'autonomia locale non si sostanzia solo nel riconoscimento di determinate competenze agli enti locali e nella loro garanzia giurisdizionale, ma comprende anche altre situazioni giuridiche meritevoli di tutela in sede costituzionale. Si pensi, ad esempio, alla garanzia del carattere democratico degli enti locali (Artt. 140 e 141 CE), al riconoscimento di potestà pubbliche e di un sistema di relazioni istituzionali, ai principi di autonomia finanziaria (art. 142 CE); aspetti questi dell'autonomia locale costituzionalmente garantiti e certamente tutelabili contro eventuali lesioni operate dal legislatore⁵⁰⁸. Pertanto, potrà certamente aversi un conflitto in difesa dell'autonomia locale in cui gli enti locali non rivendicano una competenza propria usurpata dal legislatore, ma denuncino semplicemente la lesione di una diversa garanzia costituzionale. Questa circostanza è stata presa in considerazione dal proprio legislatore organico al momento di disciplinare il contenuto della sentenza emessa in sede di conflitto in difesa dell'autonomia locale. Infatti l'art. 75 *quinquies*, comma 5, LOTC configura il pronunciamento sulla titolarità o attribuzione della competenza

⁵⁰⁷ GARCÍA ROCA J., *El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local*, cit., 27.

⁵⁰⁸ Sul punto si veda, GARCÍA MORILLO J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid-Barcellona, 1998.

controversa come meramente eventuale, “*según proceda*” dalla domanda di parte.

Va, poi, rilevato che diversamente dai conflitti di competenza e di attribuzione, nel conflitto in difesa dell'autonomia locale una sola delle parti della controversia è legittimata a promuovere il procedimento⁵⁰⁹. Il conflitto in difesa dell'autonomia locale è, infatti, strumento in mano dei soli enti locali per reagire contro eventuali menomazioni dell'autonomia costituzionalmente garantita ad opera del legislatore. Questa circostanza pone in evidenza la natura più impugnatoria che conflittuale del processo a tutela dell'autonomia locale.

Per dissimulare la vera essenza del nuovo processo costituzionale il legislatore organico ha scelto una disciplina particolarmente complessa e rigorosa sia in punto di legittimazione che di procedimento da seguire. Le strette possibilità di impugnazione della legge per ragioni attinenti alla difesa dell'autonomia locale sono dovute anche al timore che il Tribunale Costituzionale, già sommerso da migliaia di ricorsi di *amparo*, venisse sobbarcato anche di un eccessivo numero di conflitti. Invece, dal '99 ad oggi sono stati promossi meno di trenta conflitti in difesa dell'autonomia locale. Di questi la maggior parte sono stati dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione o perché manifestamente infondati. Di quelli dichiarati ammissibili, invece, nessuno è stato ancora accolto⁵¹⁰.

A ciò ha contribuito, oltre alla disciplina particolarmente rigorosa, anche una giurisprudenza costituzionale decisamente restrittiva. Pertanto, pur costituendo il conflitto in difesa dell'autonomia locale uno strumento di protezione degli

⁵⁰⁹ JIMÉNEZ CAMPO J., *Política de la constitucionalidad*, cit., 18 parla a proposito di «*conflictos unidireccionales*».

⁵¹⁰ Stando ai dati delle memorie del Tribunale Costituzionale al 2015 i conflitti in difesa dell'autonomia locale promossi sono stati 26. Per un'analisi della relativa giurisprudenza si vedano FERNÁNDEZ MIRANDA J., *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el conflicto en defensa de la Autonomía Local*, in AA.VV. (a cura di), *Administración y justicia: una análisis jurisprudencial*, 2012 177 ss.; POMED SÁNCHEZ L., *Jurisprudencia constitucional sobre autonomía local. Primera sentencia dictada en conflicto en defensa de la autonomía local*, in *Anuario de Gobierno Local*, Madrid 2006, 233 ss.

enti locali aggiuntivo rispetto agli ordinari meccanismi di tutela, non può tacersi che questo processo costituzionale riveste carattere decisamente residuale.

Innanzitutto, il conflitto in difesa dell'autonomia locale è riservato all'impugnazione delle sole norme e disposizioni legislative, tanto statali come autonome, ritenute lesive dell'autonomia locale (art. 75 *bis*). Questa limitazione trova giustificazione nel fatto che gli enti locali risultavano privi di tutela proprio rispetto a tali norme, mentre rispetto agli atti di rango inferiore alla legge comuni e province già potevano reagire in sede di giurisdizione ordinaria, e particolarmente in quella contenzioso-amministrativa.

Gli enti locali non possono, però, impugnare in astratto qualunque norma legislativa che considerino contraria alla Costituzione, in quanto l'accesso alla sede costituzionale è consentito per un'unica e specifica finalità: la difesa dell'autonomia locale. Ciò significa che gli enti territoriali minori potranno impugnare le sole norme legislative che considerino lesive dell'ambito di autonomia costituzionalmente garantito al livello locale (artt. 137, 140 e 141 CE). Che il conflitto in difesa dell'autonomia locale può essere promosso per un unico motivo lo ha riconosciuto il proprio *Tribunal Constitucional* nella STC 240/2006, che costituisce la prima sentenza resa in un conflitto in difesa dell'autonomia locale. In questa occasione l'organo di giustizia costituzionale affermava che *“el conflicto en defensa de la autonomía local constituye una “vía para la defensa específica de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional”, tal como reza la citada exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/1999. Dicha especificidad se manifiesta en que el conflicto sólo puede ser promovido frente a normas legales con base en un único motivo de inconstitucionalidad, la lesión de “la autonomía local constitucionalmente garantizada”; en consecuencia no podrán alegarse en él otros motivos fundados en la infracción de preceptos constitucionales que no guarden una relación directa con la autonomía que la Constitución garantiza a los entes locales”* (FJ 3). Nella stessa prospettiva la STC 27/2016, conferma che *“la impugnación de una norma con rango de ley, a través del conflicto en defensa*

de la autonomía local, puede producirse sólo si la norma impugnada tiene una incidencia directa en el ámbito de autonomía propio del ente o entes locales que entablan el conflicto, si produce una situación material de menoscabo de dicho ámbito de la que derive el interés del impugnante en el restablecimiento de su competencia, y si, a esa afectación de la propia esfera, se suma el cumplimiento estricto de los requisitos formales de representatividad” (FJ 4).

Oltre a queste limitazioni nell’oggetto la disciplina legislativa del conflitto in difesa dell’autonomia locale stabilisce restrizioni anche in relazione al regime di legittimazione (art. 75 *ter*)⁵¹¹. Si vuole in tal modo evitare che il Tribunale Costituzionale venga sovraccaricato di processi. Si stabilisce, però, una normativa complessa ed ambigua che rende difficile in alcuni casi l’individuazione dei soggetti concretamente legittimati al conflitto.

In primo luogo, si abilita al conflitto “*el municipio o provincia que sea destinatario único de la ley*” [art. 75 *ter*, lett. a)]⁵¹². Questa regola di legittimazione è prevista specificamente per il caso, non frequente ma possibile, delle cd. *leyes singulares* o *de destinatario único*, che violassero l’ambito di autonomia dell’ente cui sono rivolte⁵¹³.

La legittimazione al conflitto in difesa dell’autonomia locale è, poi, riconosciuta a un gruppo di comuni o province che soddisfino determinate condizioni; ovvero che rappresentino un certo ambito territoriale e allo stesso tempo una

⁵¹¹ Sui requisiti di legittimazione CABELLO FERNÁNDEZ M.D., *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Madrid 2003, 143 ss.; PÉREZ TREMPES P., *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, cit., 75 ss.; VELASCO CABALLERO F., *Conflictos en defensa de la autonomía local*, in MUÑOS MACHADO S. (a cura di), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid 2011, 617 ss.

⁵¹² A norma della Disposizione addizionale terza della LOTC risultano legittimate al conflitto anche le isole. La disposizione stabilisce: «Las referencias a las provincias contenidas en esta Ley se entenderán realizadas a las islas en las Comunidades Autónomas de las Illes Balears y Canarias.

Además de los sujetos legitimados de acuerdo con el artículo 75 *ter*.1 lo estarán también, frente a leyes y disposiciones normativas con rango de Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias, tres Cabildos, y de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, dos Consejos Insulares, aun cuando en ambos casos no se alcance el porcentaje de población exigido en dicho precepto».

⁵¹³ ATC 486/2004; STC 37/2014.

certa popolazione. In concreto, possono promuovere conflitto “*un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente*” [art. 75 ter, lett. b)] e “*un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial*” [art. 75 ter, lett. c)]⁵¹⁴. La previsione di un doppio criterio di rappresentatività non crea particolari problemi in tema di legittimazione, in quanto risulta chiaramente finalizzato ad evitare che pochi enti con una popolazione elevata o diversi enti di piccole dimensioni possano da soli impugnare norme legislative. Ciò che, invece, crea non pochi problemi è la circostanza che la rappresentanza degli enti locali necessaria ad avviare un conflitto è definita in relazione all’ “*ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley*”. Al riguardo occorre rilevare che se nella maggior parte dei casi le leggi hanno un’efficacia generale nel territorio dello Stato o delle Comunità Autonome, potrebbe però anche darsi che la loro applicazione venga limitata ad un ambito più ristretto (ad esempio, zone turistiche, aree montane). In tali casi, le percentuali necessarie a costituire una valida legittimazione devono calcolarsi in relazione al concreto ambito di applicazione della legge, ma se questo viene

⁵¹⁴ Le fattispecie di legittimazione individuate dalla LOTC devono considerarsi tassative, dal momento che il proprio Tribunale Costituzionale ha escluso che potessero agire in sede di conflitto in difesa dell’autonomia locale entità diverse dai comuni e province. Si veda al riguardo l’ATC 359/2004 che risolve un conflitto promosso dall’entità metropolitana di trasporto congiuntamente a un gruppo di comuni contro la legge catalana 31/2002, *de medidas fiscales y administrativas*. La decisione del Tribunale si concentra su due aspetti: la legittimazione dell’entità metropolitana di trasporto a promuovere un conflitto e la possibilità di un suo intervento nel processo costituzionale come rappresentante dei comuni ricorrenti. Al riguardo, il Tribunale esclude la legittimazione attiva di tale entità considerando che l’art. 75 ter.1 LOTC stabilisce un sistema di legittimazione chiuso e tassativo (ATC 359/2004, FJ 2). In relazione alla seconda questione si veda POMED SÁNCHEZ L., *Jurisprudencia constitucional sobre administración local*, in *Anuario del Gobierno Local*, Madrid 2004, 272 ss.

individuato in modo generico ed ambiguo, è chiaro che la determinazione della legittimazione potrebbe risultare complessa, al punto da incidere sulle concrete possibilità di accesso alla giustizia costituzionale. È quanto avvenuto, ad esempio, nel conflitto n. 5027-2010 promosso da diversi comuni contro alcuni precetti della Legge 10/2009, *de uso, protección y promoción de las lenguas propias de Aragón*. Il conflitto fu dichiarato inammissibile mediante ATC 108/2010 per carenza di legittimazione. La carenza di legittimazione era dovuta in tal caso dall'indeterminatezza della Legge 10/2009 sul suo ambito di applicazione, dal momento che la concretizzazione delle misure legislative veniva rimessa ad una posteriore azione del governo autonomico. Al riguardo il *Tribunal Constitucional* segnalava che “*el legislador autonómico ha optado por no establecer directamente el ámbito territorial que abarcarían las distintas zonas de utilización de las lenguas protegidas, ni tampoco, por consiguiente, los municipios que se integran en cada una de las tres previstas, o, lo que viene a ser lo mismo, no ha determinado expresamente cuál es el ámbito territorial sobre el que habrán de aplicarse muchos de sus mandatos que son de aplicación en esas tres zonas, pues la concreción de las mismas ha quedado deferida a la posterior decisión del Gobierno autonómico*” (FJ 3). Di conseguenza, si riconosceva che “*este hecho... de por sí obstaculiza el adecuado examen de la concurrencia de los requisitos de legitimación exigidos para promover un proceso de este tipo*”. Pertanto, il *Tribunal Constitucional* concludeva “*que el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto incurre en un defecto de procedibilidad insubsanable*”; che comunque “*no cierra el paso para que, si en el desarrollo de la Ley pudiera eventualmente vulnerarse la autonomía local de los municipios afectados, puedan éstos acudir a la tutela judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que, a su vez, si tal hipotética vulneración pudiese, en su caso, ser imputable a la Ley, permitiría al órgano jurisdiccional que conociese del recurso contencioso-administrativo plantear ante este Tribunal Constitucional la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, de modo que la inadmisión de este conflicto*

no deja cerrada definitivamente la posibilidad de control constitucional de la Ley objeto del actual conflicto” (FJ 4).

Una diversa questione che si è posta in sede dottrinale e giurisprudenziale si riferisce, poi, alla possibilità per le province di agire non solo per la difesa del proprio ambito di autonomia, ma anche a tutela dell'autonomia municipale⁵¹⁵.

Questa eventualità è stata espressamente esclusa dal Tribunale Costituzionale nella STC 27/2016 che risolve il conflitto in difesa dell'autonomia locale promosso da quattro province andaluse rispetto al Decreto-legge della *Junta de Andalucía 5/2012, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía*.

Il Tribunale Costituzionale parte dalla premessa che per l'ammissione di un conflitto in difesa dell'autonomia locale è *“indispensable que la norma impugnada tenga una incidencia directa en el ámbito de autonomía propio del ente o entes locales que entablan el conflicto”* (FJ 4)⁵¹⁶. Da ciò consegue che *“la legitimación de la provincia para entablar el conflicto en defensa de la autonomía local, como destinataria única o conjunta de la norma impugnada, exige que la disposición discutida tenga una incidencia directa en su propio ámbito de atribuciones. No puede, pues, admitirse que una diputación provincial impugne, a través de este proceso constitucional, una norma con rango de ley para denunciar una vulneración de intereses o competencias exclusivamente municipales como tampoco puede admitirse que, a la inversa, sean los municipios los que utilicen este cauce procesal para tratar de depurar una violación de una competencia estrictamente provincial”* (FJ 4). Non

⁵¹⁵ In senso positivo si esprimeva SÁNCHEZ MORÓN M., Art. 75 ter, in REQUEJO PAGÉS J. L., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001 1197.

⁵¹⁶ Il Tribunale precisa, inoltre, che è *«exigible, por ello, la concurrencia de una situación material de menoscabo de dicho ámbito, que sea atribuible a la norma impugnada y de la que derive el interés del impugnante en el restablecimiento de su competencia. Y, a esa afectación de la propia esfera se ha de sumar, después, el cumplimiento estricto de los requisitos formales de representatividad, de modo que sea un número relevante de los entes afectados y de la población que éstos representan, el que tenga acceso a la tutela cualificada del Tribunal Constitucional»*.

possono, dunque, gli enti locali agire in sede costituzionale per la difesa de competenze altrui. Nel caso delle province, il Tribunale Costituzionale esclude addirittura che la legittimazione processuale per impugnare, attraverso un conflitto in difesa dell'autonomia locale, norme legislative lesive di competenze esclusivamente comunali possa derivare dalla loro funzione di garanzia delle attribuzioni municipali. A giudizio del Tribunale *“las funciones provinciales de asistencia sirven para asegurar el ejercicio íntegro de las competencias municipales, pero en modo alguno atribuyen a las diputaciones provinciales la capacidad de sustituir unilateralmente la voluntad de los municipios a efectos de entablar un proceso judicial (FJ 5).*

Pertanto, solo gli enti locali, che siano diretti destinatari delle norme legislative considerate lesive del relativo ambito di autonomia possono agire dinanzi al Tribunale Costituzionale, rispettando i criteri di rappresentanza stabiliti dal legislatore organico per costituire la legittimazione attiva al conflitto.

A tal fine la LOTC esige anche che la decisione di agire in sede costituzionale sia adottata formalmente da ciascuna assemblea plenaria degli enti ricorrenti, a maggioranza assoluta dei propri componenti (art. 75 *ter*, comma 2). Le singole votazioni dovranno avere lo stesso oggetto, o comunque un oggetto sostanzialmente coincidente, dal momento che, salvo il caso di leggi singolari o a destinatario unico, gli enti locali non possono impugnare individualmente norme legislative, ma devono concorrere a definire la legittimazione collettiva voluta dal legislatore.

Le difficoltà di accesso al conflitto in difesa dell'autonomia locale non si esauriscono nelle regole sulla legittimazione, ma risultano anche dalla disciplina del procedimento di formalizzazione del suddetto processo costituzionale. Il legislatore organico ha, infatti, previsto due filtri all'accesso: il giudizio previo del Consiglio di Stato o del corrispondente organo consultivo delle Comunità Autonome (art. 75 *ter*, comma 3) e il giudizio di ammissibilità dinanzi al Tribunale Costituzionale (art. 75 *quinqüies*, comma 1).

Il previo giudizio del corrispondente organo consultivo sulla proposta di conflitto, anche se non ha carattere vincolante, presenta una chiara finalità dissuasiva, in quanto volto ad evitare che si promuovano conflitti privi di qualunque fondamento giuridico⁵¹⁷.

Allo stesso modo, in sede di ammissibilità, il Tribunale Costituzionale può impedire l'accesso al conflitto qualora verifichi un difetto di legittimazione⁵¹⁸ o di qualunque altro requisito formale non sanabile⁵¹⁹, o eventualmente consideri manifestamente infondata la controversia sottopostagli⁵²⁰.

Le considerazioni che precedono dimostrano la complessità della disciplina del conflitto in difesa dell'autonomia locale e le evidenti difficoltà di accesso alla sede costituzionale per gli enti locali. Se a ciò si aggiungono i ritardi della giustizia costituzionale è evidente che la via di accesso consentita agli enti locali presenta un alto grado di inefficienza. Ad ogni modo, occorre rilevare che nei pochi casi in cui il Tribunale Costituzionale è entrato ad esaminare nel merito un conflitto in difesa dell'autonomia locale non è mai giunto ad accertare la incostituzionalità delle norme impugnate⁵²¹.

L'impugnazione di disposizioni normative non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome ex art. 161.2 CE

L'impugnazione di disposizioni normative non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome da parte del Governo centrale è disciplinata come

⁵¹⁷ SÁNCHEZ MORÓN M., *Art. 75 ter*, cit., 1200, parla al riguardo di un «*requisito de seriedad*» finalizzato a promuovere o la rinuncia al processo o una modifica dei termini del conflitto.

⁵¹⁸ Si vedano, ad esempio, AATC 236 e 277/2014; 108/2010; 322/2007; 363/2005; 360/2005; 46/2004; 419/2003. Si considerino, inoltre, anche le SSTC 27/2016; 142/2013 che dichiarano inammissibili due conflitti in difesa dell'autonomia locale, nonostante questi avessero superato il vaglio di ammissibilità previo.

⁵¹⁹ Si veda, ad esempio, l'ATC 419/2003. Si consideri, inoltre, anche la STC 152/2016 che dichiara parzialmente inammissibile un conflitto in difesa dell'autonomia locale che aveva già superato il vaglio di ammissibilità previo.

⁵²⁰ AATC 206/2016; 9/2013; 251/2009.

⁵²¹ SSTC 152/2016; 92/2015; 132/2014; 95/2014; 37/2014; 121/2012; 240/2006.

autonomo processo costituzionale nel Titolo V della LOTC (artt. 76 e 77). Questa ulteriore via di accesso alla giurisdizione costituzionale viene regolata sulla base della previsione contenuta nell'art. 161.2 CE, il quale stabilisce che “*el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas*”. La previsione costituzionale stabilisce, inoltre, che “*la impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses*”.

L'art. 161.2 CE è stata una delle disposizioni più discusse del testo costituzionale. La genericità della sua formulazione, tanto in relazione al tipo di atti impugnabili (*disposiciones y resoluciones*) come a quello del fondamento della pretesione, aveva addirittura indotto una parte influente della dottrina a considerare la disposizione come un precetto “*vacio*”⁵²². Secondo questa iniziale interpretazione dottrinale l'art. 161.2 CE non introduce un nuovo e specifico processo costituzionale rispetto a quelli previsti alle lettere a), b) e c) dell'art. 161.1 CE, ma si limita a richiamare tutte le possibili forme di impugnazione costituzionale delle disposizioni e risoluzioni autonome da parte del Governo centrale già regolate, precisando che in questi casi si produce un effetto sospensivo automatico. Secondo alcuni autori sarebbe proprio il richiamo all'effetto sospensivo ciò che dota di alcun contenuto e significato la menzionata disposizione costituzionale⁵²³. Questo in considerazione del fatto che le disposizioni non legislative e risoluzioni autonome che violano l'ordine costituzionale di riparto delle competenze dovranno essere impugnate mediante conflitto positivo di competenza. A loro volta, le disposizioni di rango legislativo che lo Stato consideri viziate per qualunque motivo di

⁵²² RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, in *Revista de Estudios políticos*, n. 7/1979, 161 ss.

⁵²³ Che la finalità dell'art. 161.2 CE sia esclusivamente quella di precisare l'effetto sospensivo che produce l'impugnazione statale delle disposizioni e risoluzioni autonome lo ha sostenuto anche GARRIDO FALLA F., *Comentario al art. 161.2 CE*, in Id. (a cura di) *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1985, 2638.

incostituzionalità andranno impugnate mediante ricorso di incostituzionalità. Se poi il motivo dell'impugnazione di disposizioni non legislative e risoluzioni autonome non è la incostituzionalità, ma la loro illegalità, la via processuale sarà data dal contenzioso amministrativo. La possibilità di interpretare il 161.2 CE come norma che permette al Governo centrale di agire in sede costituzionale anche per questioni di mera legalità, scavalcando la giurisdizione contenzioso-amministrativa, è stata esclusa tanto in dottrina come in sede giurisprudenziale.

Sebbene la dottrina fosse critica verso la menzionata disposizione costituzionale, la LOTC ha adottato un'interpretazione ampia ed estensiva dell'art. 161.2 CE, individuandolo come fondamento di un nuovo ed autonomo processo costituzionale, seppure di carattere residuale e sussidiario, in quanto riservato a alle sole impugnazioni di disposizioni e risoluzioni autonome che, in ragione dell'oggetto e del fondamento della pretesione, non possono essere incamminate né mediante ricorso di incostituzionalità né mediante conflitto di competenza⁵²⁴. Questa configurazione risulta essere stata accolta

⁵²⁴ Coerentemente alla critica sollevata all'art. 161.2 CE RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, in GARCÍA de ENTERRÍA E., PREDIERI A (a cura di), *La Constitución Española de 1978*, Madrid 1980, 851 ss. si mostrarono critici anche verso la disciplina legislativa dell'impugnazione di disposizioni e risoluzioni autonome, spingendosi fino a sostenere la incostituzionalità degli artt. 76 e 77 LOTC. Successivamente, però, Manuel Aragón Reyes ha attenuato la sua posizione e ha riconosciuto che l'art. 161.2 CE non è una norma ridondante, ma introduce una "medida de cierre" del sistema di garanzie costituzionali. Al riguardo, ARAGÓN REYES M., *Comentario al art. 161 CE*, in ALZAGA VILLAAMIL O. (a cura di), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1998, 248, afferma che «*la figura se encuentra establecida y, a margen de la crítica, se impone encontrar el significado más correcto que quepa atribuirle. Ese significado no puede ser otro que el de consistir en una medida de cierre del sistema...por la cual, aparte de las vías de impugnación directa de las leyes de las Comunidades Autónomas (recurso de inconstitucionalidad) o del planteamiento del conflicto de competencias, el Gobierno puede, en los demás supuestos de actos o disposiciones inconstitucionales autonómicos, acudir por una vía rápida ante el Tribunal Constitucional, con el consiguiente privilegio, además, de la suspensión automática*».

dallo stesso *Tribunal Constitucional* che, in occasione della STC 16/1984⁵²⁵, ratificò l'argomentazione proposta dall'Avvocato di Stato in questi termini: “*la LOTC dibuja en su título V, y en virtud del artículo 161.2 de la CE, un procedimiento residual de impugnación, que sume así un carácter subsidiario o de cierre en el sentido de que en él se incluyen todos los supuestos de impugnación ante el T.C. de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas que no puedan escudarse en los recursos de inconstitucionalidad – por no tratarse de leyes o actos con fuerza de ley – o en los conflictos de competencia – por no tener la impugnación su fundamento en un juicio de competencia. El título V establece, en todo caso, un procedimiento jurisdiccional constitucional, como este Tribunal ha declarado expresamente en su Sentencia 54/1982, de 26 de julio, y como se deduce de argumentos de Derecho comparado*” [Antecedente 2 e)].

Il processo costituzionale regolato nel Titolo V della LOTC permette al Governo centrale di impugnare dinanzi al Tribunale Costituzionale “*las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas*”, nei due mesi seguenti alla data della loro pubblicazione o, eventualmente, di quella in cui si è avuta effettiva conoscenza di tali atti (art. 76). L'impugnazione in oggetto, “*sea cual fuere el motivo en que se base, se formulará y sustanciará por el procedimiento previsto en los artículos 62 a 67 LOTC*” e “*producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia*” (art. 77).

⁵²⁵ La Sentenza risolve un'impugnazione ex Titolo V LOTC e un ricorso di *amparo* ex art. 42 LOTC. L'impugnazione si dirigeva contro la decisione del Presidente del Parlamento di Navarra che proponeva al Re la nomina del Presidente della Comunità Autonoma. L'*amparo* era stato, invece, proposto da un candidato per considerare che la mancata comunicazione della proposta di nomina formulata dal Presidente del Parlamento violasse i propri diritti di partecipazione politica ex art. 23 CE.

Che ci troviamo di fronte ad un autonomo e specifico processo costituzionale emerge con una certa evidenza dalla STC 64/1990, nella quale si afferma che *“los arts. 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional configuran a tal fin un procedimiento que, aun cuando coincidente en sus trámite con el conflicto de competencia...encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos en el que el gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de la Comunidad Autónoma – o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos – un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la norma impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad, únicamente procedente contra “disposiciones normativas o actos con fuerza de ley” [art. 2.1 a) de la LOTC], ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencia, legalmente contraído a las controversias que opongan el Estado a las Comunidades Autónomas o a estas entre sí acerca de la titularidad de las competencias...dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas (art. 59 LOTC)”* (FJ 1).

Si tratterebbe, secondo autorevole dottrina⁵²⁶, di un *“tipo de conflicto singularizado por adoptar la forma impugnatoria”* che completa il sistema di controllo dell'attività delle Comunità Autonome stabilito all'art. 153⁵²⁷. Chiaramente non siamo di fronte a un vero e proprio conflitto costituzionale, nel senso di una controversia derivata dalla distribuzione del potere.

⁵²⁶ GARCÍA de ENTERRIA E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, in AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981, 52.

⁵²⁷ Art. 153 CE: El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá: a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley. b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150. c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias. d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

L'impugnazione ex art. 161.2 CE, analogamente al conflitto in difesa dell'autonomia locale, possiede una diversa natura giuridica, ma questo non osta che il suo approfondimento avvenga in questa sede.

Come il conflitto in difesa dell'autonomia locale, anche l'impugnazione ex art. 161.2 CE, configurandosi come processo residuale, riveste una scarsa rilevanza pratica, essendo stata utilizzata in poche occasioni (meno di una ventina). Ciò, però, non ha impedito al *Tribunal Constitucional* di precisare l'effettiva portata di questa ulteriore e specifica via di accesso alla giustizia costituzionale⁵²⁸.

La disciplina legale dell'impugnazione ex art. 161.2 CE, contenuta negli artt. 76 e 77 della LOTC, non ha mancato, infatti, di creare una serie di questioni interpretative, dovute principalmente all'uso di espressioni ampie e generiche che hanno provocato non poca incertezza sull'ambito applicativo del suddetto processo costituzionale.

I dubbi non riguardano in questo caso la legittimazione, che tanto la Costituzione come la LOTC assegnano al Governo centrale, riconoscendogli una posizione di evidente predominio nel controllo dell'attività normativa delle Comunità Autonome, resa ancora più forte dal privilegio della sospensione automatica degli atti impugnati. La previsione dell'impugnazione ex art. 161.2 CE, in aggiunta al ricorso di incostituzionalità e al conflitto di competenza, determina comunque un'evidente asimmetria processuale tra lo Stato e le Comunità Autonome nel controllo dell'attività normativa⁵²⁹. Mentre, infatti, il primo può ricorrere contro qualunque attività normativa delle Comunità Autonome, con la possibilità peraltro di paralizzarla, sia pure solo

⁵²⁸ Per una rassegna della giurisprudenza relativa all'impugnazione ex art. 161.2 CE si veda, ad esempio, PÉREZ FRANCESCH J. L., *El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley previsto en el artículo 161.2 CE y en el Título V de la LOTC*, in *Revista de Derecho político*, n. 71/2008, 397 ss.

⁵²⁹ LÓPEZ GUERRA L., *Algunas propuestas sobre conflictos positivos de competencia*, cit., 211 ss.

temporaneamente, le Comunità Autonome non vantano le stesse possibilità di azione in sede costituzionale, né di tutela preventiva⁵³⁰.

Questa disparità trovava, in principio, fondamento nella necessità che lo Stato delle Autonomie si sviluppasse secondo le intenzioni proprie dei costituenti. Di conseguenza, si ergeva lo Stato a difensore della Costituzione permettendole di controllare e di paralizzare qualunque attività normativa delle Comunità Autonome. Fermo restando questa legittima interpretazione delle funzioni degli enti territoriali è evidente che nel momento in cui lo Stato delle Autonomie ha raggiunto un certo grado di completezza il mantenimento di una supremazia statale nel controllo costituzionale dell'attività normativa è quanto mai dubbio, trattandosi peraltro non solo di un problema processuale, ma anche di un problema politico, giacché un uso eccessivo o addirittura abusivo delle facoltà riconosciute dall'art. 161.2 CE potrebbe ripercuotersi negativamente sul sistema di autogoverno delle Comunità Autonome⁵³¹.

Ad ogni modo, l'attenzione della dottrina e del proprio Tribunale Costituzionale si è concentrata piuttosto sulla delimitazione dell'oggetto del processo regolato nel Titolo V della LOTC, e in particolare sul tipo di atti che concretamente possono essere impugnati e sul fondamento della pretesa deducibile in questa sede costituzionale. Al riguardo, ad esempio, si ci è chiesti se gli atti

⁵³⁰ Si pensi, ad esempio, che conforme alla regola generale stabilita dall'art. 30 LOTC il ricorso promosso dalle Comunità Autonome contro norme legislative statali non produce mai la sospensione degli atti impugnati. A loro stesso modo, l'impugnazione di atti statali di rango inferiore alla legge, per motivi di competenza, condurrà alla sospensione solo se le Comunità Autonome denuncino, e il *Tribunal Constitucional* accerti, pregiudizi di impossibile o difficile riparazione (art. 64 LOTC). Al contrario, l'impugnazione degli atti, legislativi e non, delle Comunità Autonome promossa dallo Stato produrrà sempre la sospensione delle norme impuginate, con la mera invocazione nella domanda dell'art. 161.2 CE.

⁵³¹ PÉREZ FRANCESCH J. L., *El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley previsto en el artículo 161.2 CE y en el título V de la LOTC*, cit., 399 ss.; PASCUAL MEDRANO A., *La suspensión de actos y normas de las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional: el art. 161.2 de la Constitución española*, Pamplona 2001, 160 ss.; NAVARRO MUNUERA A. E., *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, in *Revista de Administración Pública*, n. 14/1987, 211 ss.

emessi nel corso di un procedimento legislativo costituiscono risoluzioni idonee ad essere impugnate mediante il procedimento in oggetto. Distinta è la questione relativa ai motivi di impugnazione. La possibilità riconosciuta dall'art. 77 LOTC di agire "*sea cual fuere el motivo en que se base*" l'impugnazione ha posto il problema di stabilire se le disposizioni normative non legislative e le risoluzioni delle Comunità Autonome possono essere impugnate per qualunque motivo, sia esso di incostituzionalità o mera illegalità, o se, al contrario, si impone una diversa interpretazione della disposizione legislativa che tenga conto del complesso sistema di tutela giurisdizionale, e in particolare del controllo di legalità esercitato dalla giurisdizione ordinaria.

Le questioni ora menzionate sono state affrontate direttamente dal *Tribunal Constitucional* in sede giurisprudenziale, tenendo conto anche del fatto che l'oggetto dell'impugnazione *ex* Titolo V LOTC generalmente coincide con quello proprio del contenzioso-amministrativo. È, pertanto, alla giurisprudenza costituzionale sul tema che si deve rinviare per comprendere le concrete possibilità di accesso alla giustizia costituzionale stabilite dagli articoli 76 e 77 LOTC.

Con riguardo, innanzitutto, alla questione dei motivi che possono spingere il Governo ad impugnare disposizioni non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome mediante la via stabilita dal Titolo V della LOTC il *Tribunal Constitucional* ha provveduto a delimitare in un duplice senso la generica previsione contenuta nell'art. 77 LOTC secondo cui il procedimento del conflitto di competenza si applicherà "*sea cual fuere el motivo en que se base*" l'impugnazione governativa. L'espressione ha dato luogo a diversi orientamenti dottrinali, indirizzati a chiarire se le ragioni dell'impugnazione debbano fondarsi sempre ed esclusivamente in vizi di incostituzionalità o se, al contrario, l'indeterminatezza della formulazione normativa permetta al Governo di utilizzare il meccanismo processuale *ex* Titolo V LOTC anche per sollevare in

sede costituzionale questioni di mera legalità⁵³². Si tratterebbe in quest'ultimo caso di un ricorso *per saltum* che permette allo Stato di scavalcare la giurisdizione ordinariamente competente, ovvero quella contenzioso-amministrativa, per sollevare la questione immediatamente in sede costituzionale⁵³³.

Non pare, ad ogni modo, che la giurisdizione costituzionale, pur se intesa in termini molto ampi, possa arrivare a coprire questioni che non abbiano una relazione diretta con le norme costituzionali. Di conseguenza deve escludersi un'interpretazione dell'art. 77 LOTC che permetta fondare l'impugnazione anche su motivi mera di legalità. L'impugnazione *ex* Titolo V dovrà avere, dunque, sempre un fondamento giuridico-costituzionale⁵³⁴.

Questa è la posizione assunta espressamente anche dal *Tribunal Constitucional* (SSTC 54/1982; 16/1984; 44/1986; 64/1990). A giudizio del Tribunale “*la indefinición legal de los motivos impugnatorios que en él pueden hacerse valer – sea cual fuere el motivo en que se base, dice el art. 77 – permite al Gobierno impugnar disposiciones autonómicas de rango infralegal por razones no competenciales (STC 44/1986, FJ 1), siempre, claro es, que las supuestas vulneraciones en que se base la impugnación sean constitucionales – versen sobre materia constitucional (STC 16/1984, FJ 4) – y no meramente legales, pues no ha de olvidarse que la competencia de este Tribunal «se circunscribe al examen de la constitucionalidad y no de la legalidad» (STC 54/1982, FJ 7)» (STC 64/1990, FJ 1).*

Delimitato l'ambito applicativo dell'impugnazione *ex* Titolo V LOTC alle questioni di costituzionalità delle disposizioni non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome, il Tribunale Costituzionale ha anche precisato – seppure attraverso una giurisprudenza non sempre lineare – che non tutti i vizi di

⁵³² FERNÁNDEZ FARRERES G., *Art. 76*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001, 1225 ss.

⁵³³ Questa è la posizione assunta da GARCÍA de ENTERRIA E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1991, 152 ss.

⁵³⁴ FERNÁNDEZ FARRERES G., *Art. 76*, cit., 1225.

incostituzionalità sono deducibili nella sede costituzionale in oggetto, ma solo quelli che non si riferiscono ad una violazione dell'ordine costituzionale di distribuzione delle competenze. I vizi di competenza delle disposizioni non legislative e risoluzioni autonome possono, infatti, farsi valere mediante lo specifico processo costituzionale del conflitto positivo di competenza. Ciò risulta ancora una volta dalla STC 64/1990, FJ 1 secondo cui l'impugnazione *ex* Titolo V della LOTC *“encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos en los que el gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de una Comunidad Autónoma – o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos – un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la norma impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad...ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias, legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las Comunidades Autónomas o a estas entre sí acerca de la titularidad de las competencias asignadas...”*.

Questa decisione chiarisce che in sede di impugnazione *ex* Titolo V LOTC il Tribunale Costituzionale non procede ad esaminare controversie sull'interpretazione delle norme che attribuiscono competenze, ma si limita a valutare la costituzionalità degli atti impugnati sotto profili diversi⁵³⁵.

⁵³⁵ Particolarmente interessante risulta al riguardo anche la STC 148/1992 che risolve un conflitto positivo di competenza promosso dal Governo centrale contro il Decreto del governo del País Vasco 130/1986 sulla vendita in saldo. Il Tribunale considera che la disposizioni autonoma invade le competenze statali e, allo stesso tempo, viola i principi costituzionali di unità del mercato e di libertà di impresa (art. 38 CE). Tuttavia, la Sentenza risolve solo la controversia relativa al riparto di competenze, giacché considera che le altre questioni sollevate dovrebbero formare oggetto di un'impugnazione *ex* Titolo V LOTC e, di conseguenza, non procede ad esaminarle nel merito. Pur trattandosi, dunque, di una decisione che risolve un conflitto di competenza, la Sentenza conferma la volontà del Tribunale di separare i due procedimenti in funzione del loro oggetto.

Ciononostante, non sono mancati casi in cui il Tribunale confonde i due ambiti, finendo per pronunciarsi sulla titolarità delle competenze anche in sede di impugnazione ex Titolo V LOTC. È quanto è accaduto, ad esempio, nella STC 184/1996 nella quale il Tribunale Costituzionale si trovava “*ante la peculiaridad de que una controversia sobre la titularidad de las competencias que resultan del bloque de constitucionalidad discurre por un cauce procesal, el del Título V de la LOTC*”. In tale occasione, il Tribunale affermava che “*dada la remisión que el art. 77 LOTC efectúa a los arts. 62 a 67 también de la LOTC, que regulan los conflictos de competencia; nada impide que resolvamos en este proceso la controversia planteada declarando la titularidad de la competencia controvertida*” (FJ 1).

Maggiore chiarezza il Tribunale Costituzionale ha, invece, mostrato rispetto alla diversa questione degli atti suscettibili di impugnazione mediante il procedimento regolato negli artt. 76 e 77 LOTC.

Al riguardo, il legislatore organico, precisando la generica formulazione dell’art. 161.2 CE, ha delimitato l’impugnazione alle disposizioni non legislative e risoluzioni adottate dagli organi delle Comunità Autonome. L’espressione, seppur si riferisce con evidenza agli atti di rango inferiore alla legge, non ha mancato di creare problemi interpretativi.

In primo luogo, perché l’ambito del processo costituzionale in oggetto, come quello dei conflitti di competenza, pare coincidere con quello proprio della giurisdizione contenzioso-amministrativa⁵³⁶. In linea di principio, infatti, le disposizioni regolamentari e le risoluzioni amministrative adottate dagli organi delle Comunità Autonome possono essere impugnate, anche simultaneamente, sia in sede di giurisdizione costituzionale che in quella contenzioso-amministrativa. È possibile, dunque, che le due giurisdizioni, pur esercitando un tipo di giudizio diverso – di costituzionalità, la prima; e di legalità, la seconda – si estendano sul medesimo oggetto. Va, però, segnalato che la coincidenza tra i

⁵³⁶ Articoli 1.1, 1.2 b), 1.3 a), 19.1 c), 25.1 e 2, Legge 29/1998, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*.

due ambiti non è assoluta perché la giurisdizione contenzioso-amministrativa non si estende a tutti gli atti e risoluzioni adottati da qualunque organo delle Comunità Autonome, ma solo a quelli soggetti al Diritto amministrativo. Pertanto, seppure non frequenti, possono aversi casi in cui la risoluzione autonoma sia impugnabile in sede costituzionale, ma non in sede contenzioso-amministrativa, per non essere soggetta al diritto amministrativo. È il caso, ad esempio, degli atti parlamentari, sottratti al regime ordinario di controllo giurisdizionale degli atti dei pubblici poteri.

Al riguardo, la questione che si è posta è quella di stabilire quando un atto parlamentare configura una risoluzione idonea ad essere impugnata mediante il processo regolato nel Titolo V della LOTC. Il problema è stato affrontato in relazione agli atti emessi nel corso di un procedimento legislativo. La loro idoneità a formare oggetto di un'impugnazione *ex artt. 76 e 77 LOTC* è stata, infatti, molto discussa per l'evidente rischio che l'effetto sospensivo connesso al menzionato processo costituzionale possa compromettere il dibattito politico in seno alle assemblee parlamentari autonome⁵³⁷. Rischio che, ovviamente, non sussiste nel caso in cui i suddetti atti vengano impugnati mediante ricorso di *amparo ex art. 42 LOTC*, in quanto considerati lesivi dei diritti di partecipazione politica garantiti all'art. 23 CE.

Un simile dibattito non ha riguardo, invece, gli atti interni al procedimento amministrativo, dal momento che il Tribunale Costituzionale li ha riconosciuti come atti idonei a formare oggetto di un processo costituzionale, sia per il

⁵³⁷ TENORIO SÁNCHEZ P. J., *Impugnación por el Gobierno de disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas por motivos de inconstitucionalidad no competencial*, in *Revista de Derecho Político*, n. 60/2004, 111 ss.; PÉREZ FRANCÉS J. L., *El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley*, cit., 421 ss.

tramite di un'impugnazione *ex* Titolo V della LOTC (SSTC 16/1984⁵³⁸; 44/1986⁵³⁹) che per quello dei conflitti di competenza (STC 143/1985)⁵⁴⁰.

Nel caso degli atti adottati nel corso di un procedimento legislativo, il Tribunale costituzionale ha mostrato un maggiore rigore. La questione è stata affrontata per la prima volta nell'ATC 135/2004 che dichiara inammissibile l'impugnazione promossa contro le decisioni del governo e del Parlamento Vasco inerenti la proposta di riforma dello Statuto di Autonomia (cd. *Plan Ibarretxe*), perché “*no concurre el presupuesto procesal insubsanable de constituir objetos idóneos de la impugnación regulada en el art. 161.2 CE y en el título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*” (FJ 8). A giudizio del Tribunale Costituzionale “*la impugnación del título V queda descartada, por principio, si pretende dirigirse contra el acto de trámite antes de que el procedimiento concluya, pues, según se ha dicho, el título V, en un entendimiento sistemático de la Ley en la que se incluye, establece un procedimiento de control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones imputables a la Comunidad Autónoma por conducto de los órganos expresivos de su voluntad institucional, supuesto en el que manifiestamente no pueden comprenderse los actos que se insertan en un procedimiento de gestación (incierto) de esa voluntad. Y debe también excluirse una vez finalizado el procedimiento, si éste lo hace con una norma con rango de ley*”. In questa prospettiva si afferma, inoltre, che “*la eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sólo es relevante cuando concluyen con una resolución,*

⁵³⁸ La Sentenza risolve l'impugnazione promossa contro una proposta di nomina del Presidente della Comunità Autonoma.

⁵³⁹ La Sentenza risolve l'impugnazione promossa contro una risoluzione della *Generalitat de Catalunya* che ratificava l'accordo di cooperazione sottoscritto con il Presidente del Consiglio regionale di *Murcia*.

⁵⁴⁰ Nell'ambito dei conflitti di attribuzione non c'è un'espressa pronuncia al riguardo. Tuttavia, l'orientamento costituzionale pare negare l'idoneità degli atti endoprocedimentali a formare oggetto di un conflitto di attribuzione, dal momento che esige che questo si diriga contro «*decisiones o actos de otros órganos constitucionales que supongan una efectiva y actual invasión de atribuciones en menoscabo del órgano que debería haberlos adoptados*» (STC 45/1986, FJ 2).

disposición o acto que se integra en el Ordenamiento (...) o cuando, sin finalizar el procedimiento en el que se insertan, producen una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el procedimiento. Aquel control se verificará por vía del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad; éste mediante el recurso de amparo” (FJ 8).

Dalla menzionata giurisprudenza emerge chiaramente che le risoluzioni adottate dagli organi parlamentari delle Comunità Autonoma saranno suscettibili di impugnazione mediante il processo in oggetto sempre che siano manifestazione della volontà istituzionale dell'ente e, nonostante il loro carattere politico, siano idonee a produrre effetti giuridici, giacché – come afferma il Tribunale Costituzionale – *“el simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal”* (ATC 315/2004, FJ 2). Diversamente, l'impugnazione opererebbe come una via di controllo preventivo di costituzionalità capace di paralizzare il dibattito politico prima che questo si traduca, eventualmente, in atti giuridici.

Nell'ambito dei processi relativi alle vicende indipendentiste in Catalogna il Tribunale Costituzionale è tornato sulla questione affermando al riguardo che *“para que una resolución sea, a los efectos del proceso constitucional regulado en los arts. 76 y 77 LOTC, imputable a una Comunidad Autónoma es condición necesaria que se trate de un acto jurídico y que constituya expresión de la voluntad institucional de aquella, por lo que la impugnación que examinamos solo será admisible si, además, puede apreciarse, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos, ya que el simple enunciado de una proposición contraria a la Constitución no constituye objeto de enjuiciamiento por este Tribunal (AATC 135/2004, 85/2006)”* (STC 42/2014, FJ 2)⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Dottrina confermata nella STC 259/2015, FJ 2: «para que una resolución de una Comunidad Autónoma pueda ser objeto de impugnación a través del referido proceso constitucional es necesario que posea naturaleza jurídica; que sea, además, manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma, esto es, que proceda de órganos capaces de expresar la voluntad de ésta y no se presente como un

In definitiva, per il tramite dell'art. 161.2 CE lo Stato non può bloccare le aspirazioni politiche che venissero manifestate dai soggetti politici nel dibattito parlamentare, ma può soltanto agire contro gli atti giuridici in cui quelle aspirazioni eventualmente si materializzano.

Conclusioni

I processi costituzionali esaminati in questo Capitolo rivestono una grande importanza teorica nel complessivo sistema delle garanzie giurisdizionali. Tuttavia, l'esperienza dimostra che essi hanno assunto una scarsa o quasi nulla rilevanza pratica, essendo stati utilizzati molto poco rispetto agli altri processi costituzionali.

Di tutti i processi sopra studiati quello maggiormente utilizzato è il conflitto positivo di competenza, a causa dell'elevata conflittualità verticale che ha sempre caratterizzato l'ordinamento spagnolo, una volta assunta la peculiare configurazione di Stato delle Autonomie. I conflitti positivi di competenza permettono, infatti, al Tribunale Costituzionale di affrontare e risolvere le numerose problematiche derivate dalla distribuzione territoriale del potere, ovviamente quando il controllo dell'attività normativa non abbia ad oggetto atti legislativi. In tal caso, la controversia andrà sottoposta al Tribunale per la via del ricorso di incostituzionalità, che rimane ad ogni modo la via preferenziale per la risoluzione dei conflitti costituzionali di competenza e, dunque, il principale strumento per la concretizzazione dello Stato delle Autonomie. Ciononostante non può tacersi che anche attraverso lo specifico meccanismo del conflitto positivo di competenza il Tribunale costituzionale ha contribuito, e non poco, a plasmare il sistema di riparto delle competenze tra Stato e Comunità Autonome.

acto de trámite en el procedimiento de que se trate; y, por último, que tenga, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos».

Con riguardo, invece, alla distribuzione funzionale del potere si registra uno scarsissimo utilizzo dei conflitti di attribuzione. Ciò, oltre ad una disciplina legislativa in materia di accesso particolarmente rigorosa, è dovuto soprattutto una quasi nulla conflittualità orizzontale. Le relazioni tra gli organi costituzionali che compongono i poteri dello Stato si sono, infatti, tradizionalmente sviluppate in maniera armonica. Questa circostanza dipende in larga misura dalla stabilità che ha caratterizzato il sistema parlamentare spagnolo nell'era del bipartitismo. Tuttavia, dopo le elezioni politiche del 2016, che hanno consegnato un quadro politico-partitico frammentato e difficilmente componibile, la situazione pare destinata a cambiare, con un inevitabile accrescimento della conflittualità orizzontale. Resta, però, la configurazione particolarmente restrittiva del conflitto di attribuzione, concepito come un processo residuale e chiuso che non permette l'accesso alla sede costituzionale in situazioni diverse da quelle tassativamente disciplinate. Questa peculiare configurazione del conflitto di attribuzione non è avvertita come un problema in un sistema che comunque assicura diverse possibilità di accesso alla sede costituzionale.

Non altrettanto può dirsi del conflitto in difesa dell'autonomia locale che costituisce l'unica via di impugnazione diretta degli atti legislativi da parte degli enti territoriali minori. L'accesso degli enti locali alla giustizia costituzionale è risultato, infatti, fortemente condizionato da una disciplina legislativa complessa ed ambigua. In concreto, sono state le regole sulla legittimazione e quelle sui requisiti previsti alla formalizzazione del conflitto ad ostacolare l'utilizzo di questo processo costituzionale specificamente previsto per la tutela dell'autonomia locale costituzionalmente garantita. La previsione di una disciplina particolarmente rigorosa è, però, la prova del compromesso politico e sociale su cui si basa il conflitto in difesa dell'autonomia locale. Il riconoscimento agli enti locali di una specifica via di accesso alla giustizia costituzionale, pur se avvertito come una necessità nel contesto europeo, non smette di essere una soluzione controversa e problematica per l'inevitabile

rischio di compromettere la funzionalità dell'organo di giustizia costituzionale con un eccessivo carico di lavoro. In Spagna, dove il Tribunale Costituzionale già soffriva gli effetti di un ricorso individuale diretto a tutela dei diritti fondamentali, il rischio di un eccessivo numero di ricorsi da parte degli enti locali a tutela del proprio ambito di autonomia, non ha impedito che si configurasse uno specifico processo costituzionale, ma ha comunque indotto il legislatore a disciplinarlo in maniera tale da compromettere le effettive possibilità di accesso alla giustizia costituzionale formalmente riconosciute agli enti locali.

Questa circostanza dimostra che nell'ordinamento spagnolo l'autonomia locale, pur avendo ottenuto garanzie giurisdizionali maggiori rispetto ad altri ordinamenti, non gode però della medesima protezione garantita all'ambito proprio delle Comunità Autonome.

Va comunque segnalato che, a loro volta, anche le Comunità Autonome non godono delle medesime possibilità di accesso alla sede costituzionale riconosciute allo Stato. Al contrario, le disparità sono particolarmente evidenti e, in alcuni casi, difficilmente giustificabili. Nel sistema spagnolo, infatti, solo lo Stato può attivare un controllo costituzionale su ogni manifestazione dell'attività normativa di livello territoriale. In questa prospettiva, il legislatore organico ha previsto, in aggiunta al procedimento di controllo diretto della costituzionalità delle leggi e ai meccanismi di controllo degli atti non legislativi per motivi di competenza, un ulteriore strumento processuale - l'impugnazione di disposizioni non legislative e risoluzioni delle Comunità Autonome *ex* Titolo V della LOTC - che, permettendo di impugnare atti non legislativi per motivi di incostituzionalità diversi dalla competenza, completa le possibilità di azione in sede costituzionale riconosciute allo Stato. Si tratta in definitiva di un processo costituzionale a carattere residuale e sussidiario che, però, concorre a definire e rafforzare la posizione di predominio dello Stato sul controllo dell'attività normativa di carattere territoriale.

La posizione di predominio vantata dallo Stato sul controllo dell'attività normativa è resa, poi, ancora più evidente dal riconoscimento del potere di impugnare qualunque atto delle Comunità Autonome con effetto sospensivo automatico (art. 161.2 CE).

Le disparità nell'accesso alla giustizia costituzionale tra Stato e Comunità Autonome vengono tradizionalmente giustificate richiamando la funzione dello Stato di garante dell'interesse generale su tutto il territorio nazionale. Sarebbe, pertanto, questa posizione istituzionale dello Stato a motivare l'esigenza che sia esso *in primis* ad agire per garantire la supremazia normativa della Costituzione.

Ciononostante, va segnalato che un eventuale uso improprio delle facoltà di accesso alla giustizia costituzionale da parte dello Stato potrebbe condizionare il normale funzionamento dell'attività normativa e dello stesso Stato delle Autonomie.

Spetterà al Tribunale Costituzionale vigilare affinché gli strumenti di giustizia costituzionale non vengano desnaturalizzati. Al riguardo, va segnalato che la scarsa utilizzazione dei processi costituzionali esaminati in questo Capitolo non ha impedito che il *Tribunal Constitucional* elaborasse una propria dottrina al riguardo, fissando dei punti fermi in materia di accesso alla giustizia costituzionale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007;

AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2007;

AA.VV., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1985;

ADAMO U., *La Corte europea dei diritti dell'uomo avalla la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del Tribunal Constitucional*, in www.forumcostituzionale.it del 5 marzo 2015;

AGUIAR de LUQUE L., *Control previo de tratados internacionales*, en *Enciclopedia Jurídica básica*, Madrid 1995;

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO N., *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid 1933;

ALENDIA SALINA M., *La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español: ¿un insoluble enigma?*, in *Revista Latinoamericana de Derecho y Religión*, n. 1/2015;

ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional*, Madrid 1980;

ALMAGRO NOSETE J., *Justicia constitucional*, Valencia 1989;

ALMAGRO NOSETE J., *Respuestas a la encuesta*, in AA.VV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006;

ÁLVAREZ CONDE E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid 2005;

ÁLVAREZ GARCÍA H., *La naturaleza política del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda república española*, in *Revista de Derecho Político*, n. 80/2011;

ÁLVAREZ OSSORIO MICHEO F., *Tutela de derechos o justicia constitucional*, Madrid 2015;

ANGIOLINI V., *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino 1998;

ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

ANZON A., *Presentazione. Accesso alla giustizia costituzionale e ruolo della Corte: quali rapporti?*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

ANZON DEMMIG A., *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014;

ARAGÓN REYES M., *Acto con fuerza de ley*, in *Enciclopedia Jurídica básica*;

ARAGÓN REYES M., *Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo*, in AA.VV. (a cura di), *La democracia constitucional*, Madrid 2002;

ARAGÓN REYES M., *Comentario al art. 161 CE*, in ALZAGA VILLAAMIL O. (a cura di), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid 1998;

ARAGÓN REYES M., *Comentario al art. 162. Legitimación en los procesos constitucionales*, in ALZAGA O. (a cura di), *Comentarios a la Constitución española del 1978*, Madrid 1999;

ARAGÓN REYES M., *Consideraciones sobre el recurso de amparo*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino 1994;

ARAGÓN REYES M., *El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28/2011;

ARAGÓN REYES M., *El sistema español de justicia constitucional*, in ALZAGA O. (a cura di), *Comentarios a las leyes políticas*, Madrid 1988;

ARAGÓN REYES M., *Estudios de derecho constitucional*, Madrid 2013;

ARAGÓN REYES M., *La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85/2009;

ARAGÓN REYES M., *La STC 37/2012, de 19 de marzo. Cuestión de inconstitucionalidad sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in DÍEZ PICAZO L. (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Navarra 2014;

ARAGÓN REYES M., *Prólogo*, GÓMEZ MONTORO A.J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid 1992;

ARAGÓN REYES M., RUBIO LLORENTE F., *La giurisdizione costituzionale nella costituzione spagnola del 1978*, in GARCÍA DE ENTERRÍA E., PREDIERI A. (a cura di), *La Costituzione spagnola del 1978*, Milano 1982;

ARIAS RODRÍGUEZ, J.M., *La constitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: la sentencia 185/1990, de 15 de noviembre, y algunas de sus consecuencias*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n. 1.647/1992;

AZZENA L., *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006;

AZZENA L., *Valorizzazione degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, in MALFATTI E., ROMBOLI R., ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002;

BABEL G., *Probleme der abstrakten Normenkontrolle*, Berlino 1965;

BALAGUER CALLEJÓN M.L., *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid 2001;

BASSOLS COMA M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Madrid 2010;

BASSOLS COMA M., *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, Madrid 1981;

BELADIEZ ROJO M., *La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ*, in AA.VV. (a cura di), *El Juez del derecho administrativo*, Madrid 2015;

BENITO ALONSO, F., *Nulidad de actuaciones: una importante carencia legislativa*, in *La Ley*, n. 4/1991;

BIANCHI P., MALFATTI E., *L'accesso in via incidentale*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

BIENTINESI F., *Il ricorso delle minoranze parlamentari alle Corti costituzionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1996;

BILBAO UBILLOS J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid 1997;

BLANCO VALDÉS R., *Il Tribunale costituzionale spagnolo: disegno giuridico e pratica politica*, in GAMBINO S. (a cura di), *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale*, Milano 2012;

BONET NAVARRO A., *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Zaragoza 1982;

BORRAJO INIESTA I., *Amparo frente a leyes (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)*, in *Revista de Administración pública*, n. 98/1982;

BORRAJO INIESTA I., *Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes*, in *Teoría & Derecho*, n. 3/2008;

BORRAJO INIESTA, *Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo*, in *Revista de pensamiento jurídico*, n. 3/2008;

BRAGE CAMAZANO J., *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador (un sucinto inventario de algunas sentencias “atípicas”)*, in FERRER MacGREGOR E. (a cura di), *Interpretación constitucional*, Città del Messico 2005;

BUSTOS GISBERT R., *¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución española?*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4/1999;

CAAMAÑO DOMINGUEZ F., *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, Madrid 1994;

CABAÑAS GARCÍA J.C., *El recurso de amparo que queremos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 88/2010;

CABELLO FERNÁNDEZ M.D., *El conflicto en defensa de la autonomía local*, Madrid 2003;

CAPPELLETTI M., *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17/1986;

CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1979;

CARBALLO ARMAS P., *Constitución y derechos de los extranjeros. La posición del Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad*, in MIRAUT MARTÍN L. (a cura di), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid 2004;

CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova 1998;

CARRASCO DURÁN M., *La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 95/2012;

CARRILLO M., *Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios*, in AA.VV (a cura di), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años del Tribunal Constitucional español*, Madrid 2007;

CARRILLO M., *La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 81/2008;

CARRILLO M., *La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis*, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia 2008;

CARRILLO M., ROMBOLI R., *La reforma del recurso de amparo*, Madrid 2012;

CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006;

CASCAJO CASTRO J. L., *Kelsen y la Constitución española de 1931*, in *Revista de estudios políticos*, n. 1/1978;

CASTELLÀ ANDREU J. M., *La intervención de las partes del juicio a quo en la cuestión de inconstitucionalidad. El artículo 37.2 LOTC y la incidencia de la STEDH de 23 de junio de 1993*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 4/1999;

CELOTTO A., *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*, Relazione al Seminario VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional, 2003;

CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008;

CHELI E., *Intervento conclusivo*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova 1998;

CORDÓN MORENO F., *El proceso de amparo constitucional*, Madrid 1992;

FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional Español*, Madrid 1992;

CRUZ VILLALÓN P., *Acotaciones al proyecto de reforma de justicia constitucional*, in AAVV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006;

CRUZ VILLALÓN P., *Dos años de jurisprudencia constitucional española*, in *Rivista di Diritto politico*, n. 17/1983;

CRUZ VILLALÓN P., *El control previo, a los veinte años de su supresión*, en *Fundamentos*, n. 4/2006;

CRUZ VILLALÓN P., *El recurso de amparo constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Los procesos constitucionales*, Madrid 1992;

CRUZ VILLALÓN P., *Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en la delimitación de las competencias territoriales*, in HINOJOSA MARTÍNEZ E. (a cura di), *Jurisdicción ordinaria y distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Granada 1998;

CRUZ VILLALÓN P., *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad, 1918-1939*, Madrid 1987;

CRUZ VILLALÓN P., *Sobre el amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 41/1994;

D'AMICO M. e CATALANO S., *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1/2014 in materia elettorale*, Milano 2014;

D'AMICO M., *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007;

D'ORAZIO G., *Opposizione parlamentare e ricorso al giudice delle leggi*, Milano 1996;

DE ESTEBAN J., *Prólogo a GARCÍA RUIZ J. L., El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid 1980;

DE OTTO I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcellona 1987;

DE OTTO I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1987;

DELGADO RAMOS D., *La legitimación del Presidente del Gobierno en la interposición del recurso de inconstitucionalidad*, in *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 24/2011;

DI CIOLO V., CIAURRO L., *Il diritto parlamentare nella teoria e nella prassi*, Milano 2013;

DIEZ PICASO L., *Sistemas de derechos fundamentales*, Madrid 2008;

DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ I., *La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras*, in *Tribunales de Justicia*, n. 2/1998;

DIEZ PICAZO L. M., *Consideraciones críticas sobre los conflictos entre órganos judiciales y asambleas legislativas*, in AA.VV. (a cura di), *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid 2008;

DIEZ PICAZO L. M., *Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 14/1994;

DIEZ PICAZO L. M., *Sistemas de derechos fundamentales*, Madrid 2003;

DOMINGUEZ VILA A., PÉREZ SÁNCHEZ G., *Algunas cuestiones del control por el Tribunal Constitucional sobre el Poder Legislativo*, in AA. VV. (a cura di), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años del Tribunal Constitucional español*, IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional, Madrid 2007;

DONCEL LUENGO J. A., *El Modelo Español de Justicia Constitucional. Las decisiones más importantes del Tribunal Constitucional español*, in *Revista Subjude-Justicia e Sociedade*, n. 20/2001;

ESPIN TEMPLADO E., *Art. 29*, in REPEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

ESPIN TEMPLADO E., *Art. 32*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

FAVOREU L., *Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2004;

FAVOREU L., *Les Cours Constitutionnelles, Que sais-je?*, Parigi 1986;

FERNÁNDEZ CARNICERO C. J., *Los Reglamentos parlamentarios y el ordenamiento jurídico*, in *Revista de Derecho público*, n. 9/1981;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *Art. 76*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

FERNANDEZ FARRERES G., *Comentarios al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra 2006;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *El conflicto en defensa de la autonomía local: Justificación, configuración jurídica y funcionalidad*, in *Anuario del gobierno local 2001. Configuración jurídica de la autonomía local. Municipio y transformaciones sociales. Urbanismo e inmigración*, Madrid, 2001;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III LOTC*, Madrid 1994;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *El sistema de conflictos de competencias entre Estado y las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 12/1984;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81/2007;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81/2007;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *Proceso contencioso-administrativo y procesos constitucionales: alternatividad, simultaneidad, interferencias*, in AA.VV. (a cura di), *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento y garantía jurisdiccional): Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, Madrid 1993;

FERNÁNDEZ FARRERES G., *Tribunal Constitucional y jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de los conflictos de competencia*, in *Autonomies*, n. 15/1992;

FERNÁNDEZ MIRANDA J., *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el conflicto en defensa de la Autonomía Local*, in AA.VV. (a cura di), *Administración y justicia: una análisis jurisprudencial*, Madrid 2012 177 ss.;

FERNANDEZ RODRIGUEZ J. J., *la justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid 2002;

FERNÁNDEZ SEGADO F., *Algunos aspectos de la reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo en España*, in HÄBERLE P., GARCÍA BELAUNDE D. (a cura di), *El control del poder*, Lima 2013;

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid 1989;

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo: reflexiones en torno a la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2008;

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de enero 2004, una flagrante quiebra de la Constitución*, in *Revista de estudios políticos*, n. 129/2005;

FERNÁNDEZ T.R., *Reflexiones en torno al art. 161.2 de la Constitución*, in *Boletín del Departamento de Derecho político UNED*, n. 3/1979;

FERRER MAC-GREGOR E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, México D. F., 2000;

FIGUERUELO BURRIEZA A., *Algunos problemas que suscita la auto-cuestión de inconstitucionalidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21/1987;

FOSSAS ESPADALER E., *El proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007*, Valencia 2008;

GALINSOGA JORDA A., BLANC ALTEMIR A., NOVELL FABREGAT A. L., *La autonomía local en el marco jurídico-internacional europeo*, in *Revista de Estudios de la Administración Local*, n. 237/1988;

GARCÍA CARRERO J., in AA.VV., *Diez años de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo. Problemas y perspectivas*, Madrid 1992;

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *El sistema autonómico español: formación y balance*, in *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, n. 39/2003, 136 ss.;
BALAGUER CALLEJÓN F., *La constitucionalización del Estado Autonómico*, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9/1997;

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma jurídica*, in PREDIERI A., GARCÍA DE ENTERRÍA E. (a cura di), *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Madrid 1981;

GARCÍA DE ENTERRIA E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid 1991;

GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Pamplona 2006;

GARCÍA DE ENTERRIA E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, Madrid 1981;

GARCÍA DE ENTERRIA E., *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas*, in AA.VV., *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981;

GARCÍA GALLO A., *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1973;

GARCÍA MARTÍNEZ M. A., *El recurso de inconstitucionalidad*, Madrid 1992;

GARCÍA MARTÍNEZ M. A., *Las disposiciones de la presidencia de la Cámara interpretativas del Reglamento y la problemática de su impugnación ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 35/1995;

GARCÍA MORILLO J., *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid-Barcellona, 1998;

GARCÍA PELAYO M., *El status del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1/1981;

GARCÍA ROCA J., *Art. 60*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000;

GARCÍA ROCA J., *Art. 67*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000;

GARCÍA ROCA J., *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid 1987;

GARCÍA ROCA J., *El nuevo conflicto en defensa de la autonomía local*, in *Revista de derecho Administrativo*, n. 1/2000, edizione straordinaria;

GARCÍA ROCA J., *El Tribunal Constitucional como Tribunal de conflictos: los conflictos constitucionales*, in AA.VV. (a cura di), *La experiencia constitucional*, Madrid 2000;

GARCÍA ROCA J., *La experiencia de 25 años de jurisdicción constitucional en España*, in PÉREZ TREMPES P. (a cura di), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia 2008;

GARCÍA ROCA J., *Los conflictos de competencia entre Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid 1993;

GARCÍA ROCA J., *Sobre la posibilidad de configurar una acción para la defensa de la autonomía local por su propios titulares ante el Tribunal Constitucional*, in AA.VV. (a cura di), *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1997;

GARCÍA RUIZ J. L., *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid 1980;

GARCÍA TORRES J., JIMÉNEZ BLANCO A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid 1986;

GARNICA MARTÍN, J. F., *Nulidad procesal sin recurso: Nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso*, in *La Ley*, n. 4/1993;

GARRIDO FALLA F., *Comentario al art. 161.2 CE*, in Id. (a cura di) *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1985;

GARRORENA MORALES Á., *El debate justicia constitucional-democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 91/2011;

GARRORENA MORALES Á., *La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica*, in AA.VV. (a cura di), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Valencia 2008;

GHERA F., *La sentenza 1/2014 della Corte costituzionale: profili processuali e “sostanziali”*, in *Diritti Fondamentali* del 28.05.2014;

GIL ROBLES A., *El control parlamentario de la Administración (El Ombudsman)*, Madrid 1981;

GÓMEZ BARRO G., *Posibilidades de defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional por los entes locales*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 57/1999;

GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 59*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000;

GÓMEZ MONTORO A. J., *Art. 73*, in REQUEJO PAGÉS J. L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2000;

GÓMEZ MONTORO A.J., *El control previo de constitucionalidad de proyectos de Estatutos de Autonomía y demás leyes Orgánicas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 22/1988;

GÓMEZ MONTORO J., “Dimensión constitucional” de los conflictos de competencia y jurisdicción del Tribunal Constitucional, in HINOJOSA MARTÍNEZ E. (a cura di), *Jurisdicción ordinaria y distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, Granada 1998;

GONZÁLEZ ALONSO A., RUIZ-RISUEÑO MONTOYA F. M., *El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (a propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 54/2015;

GÓRRIZ GÓMEZ B., *Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)*, in *La Ley*, n. 8275/2014;

GROPPI T., *La garanzia dell'autonomia costituzionale degli enti locali: un'analisi comparata*, in *Le Regioni*, n. 5/1998;

GUTIÉRREZ ORTEGA D., *La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de Junio*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 25/2010;

HÄBERLE P., *Introduzione*, in HÄBERLE P. (a cura di) *Verfassungsgerichtsbarkeit*;

HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The view of the Constitution of Judiciary Department, in relation to the tenure of the good behaviour*, in *The Federalist*, n. LXXVIII. Oxford 2005;

HERNÁNDEZ RAMOS M., *¿Admisión discrecional de los recursos de amparo por el Tribunal Constitucional? Balance de cuatro años del nuevo trámite de admisión*, in *Revista de las Cortes Generales*, n. 81/2010;

HERNÁNDEZ RAMOS M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid 2009;

HERNÁNDEZ RAMOS M., *El Tribunal Constitucional alemán aún a la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 88/2010;

HERNÁNDEZ RAMOS M., *Incertidumbre jurídica del recurrente en amparo en España. La mejorable interpretación del Tribunal Constitucional español del nuevo trámite de admisión*, in AA.VV. (a cura di), *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, Lima 2014;

HERRERA GARCÍA A., *¿Cuestión interna de inconstitucionalidad o interpretación de la ley? Una revisión a las formas de resolver el amparo indirecto frente a leyes*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 87/2009;

HERRERO TEJEDOR A. F., *La intervención de las partes en la cuestión de inconstitucionalidad*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, T. I 2000;

JIMÉNEZ CAMPO J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid 1999;

JIMÉNEZ CAMPO J., *El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, in JIMÉNEZ CAMPO J., RUBIO LLORENTE F. (a cura di), *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998;

JIMENEZ CAMPO J., *La legge organica 6/2007 di riforma del Tribunal costituzionale, un anno dopo*, Relazione tenuta al corso di Dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Pisa, 19 giugno 2008;

JIMÉNEZ CAMPO J., *Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad*, en VV.AA., *Los procedimientos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Madrid 1992;

JIMÉNEZ CAMPO J., *Notas sobre la protección de la autonomía local frente al legislador en el Derecho español*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53/1998;

JIMÉNEZ CAMPO J., *Política de la constitucionalidad (una reflexión ante los nuevos modos de impugnar la ley)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 59/2000;

KELSEN H., *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, in AA.VV. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Milano 1981;

KELSEN H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, n. 45/1928;

KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione* in AA.VV. (a cura di) *La giustizia costituzionale*, Milano 1981;

LÓPEZ AGUILAR J.F., *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid 1991;

LÓPEZ GUERRA L., *Algunas propuestas sobre los conflictos positivos de competencia*, in AA.VV. (a cura di), *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid 1995;

LÓPEZ GUERRA L., *La justicia constitucional en España*, in *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*, n. 1/1997;

LÓPEZ ULLA J.M., *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español*, Madrid 2000;

MARAÑA SÁNCHEZ J. Q., *El recurso de amparo y requisito de la especial trascendencia constitucional. STEDH de 20 de enero de 2015*, in *Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n. 9/2015;

MATIA PORTILLA F.J., *La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86/2009;

MEDINA FERNÁNDEZ, F., *Nulidad de actuaciones: La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, in *Revista General de Derecho*, n. 643/1998;

MEDINA GUERRERO M., *Art. 30*, in REQUEJO PAGÉS J.L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

MEILÁN GIL J. L., *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 92/1996;

MENÉNDEZ VILLAVERDE I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid 1997;

MEZZETTI L., *Sistemas y modelos de justicia constitucional a los albores del siglo XXI*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, n. 6/2010;

MIERES MIERES L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales (especial referencia al incidente en el recurso de amparo)*, Madrid 1998;

MONTILLA MARCOS J. A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid 2002;

MONTORO PUERTO, *El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional*, in AA.VV (a cura di), *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981;

MORALES ARROYO J. M., *Un avance en la jurisprudencia constitucional sobre el control de las resoluciones parlamentarias*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46/1996;

MORTATI C., *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova 1969;

MUÑOZ MACHADO S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Madrid 1984;

MUÑOZ MACHADO S., *Informe sobre España*, Barcelona 2012;

NAVARRO MUNUERA A. E., *La suspensión de las disposiciones y resoluciones autonómicas impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional prevista en el art. 161.2 de la Constitución*, in *Revista de Administración pública*, n. 114/1987;

OLIVA SANTOS de la A., DÍEZ PICASO GIMÉNEZ I., *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid 1996;

OLIVA SANTOS de la A., *La perversión jurídica del amparo constitucional en España*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 124/2009;

OLIVER ARAUJO J., *El amparo constitucional en España*, in PALOMINO MANCHEGO J. F., REMOTTI CARBONELL J. C. (a cura di), *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*, Lima 2016;

OLIVER ARAUJO J., *El recurso de amparo*, Palma di Majorca 1986;

ONIDA V., *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla prima cattedra in Europa*, Padova 1998;

PÁEZ MAÑA J., *El requisito de la especial trascendencia constitucional en los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional español*, in AA.VV. (a cura di), *El derecho en la sociedad telemática*, Santiago de Compostela 2012;

PALADIN L., *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in CARLASSARE L. (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova 1988;

PANZIERI L., *L'allargamento del contraddittorio nel giudizio in via principale: qualche riflessione sul tema alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P., (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007;

PARDO FALCÓN J., *Art. 27*, in REQUEJO PAGÉS J.L. (a cura di), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

PAREJO ALFONSO L., *La protección jurídica de la autonomía local en el Derecho español*, in *El acceso de los entes locales al Tribunal Constitucional y la protección de la autonomía local*, Barcellona 1997;

PASCUAL MEDRANO A., *La suspensión de actos y normas de las Comunidades Autónomas en la jurisdicción constitucional: el art. 161.2 de la Constitución española*, Pamplona 2001;

PATRONI GRIFFI A., *La riforma del recurso de amparo y la Ley Orgánica 6/2007 vistas desde Italia. El alcance expansivo del recurso individual directo (como acceso sustancialmente alternativo a la vía incidental)*, in *Revista de Derecho Constitucional Español*, n. 10/2013;

PATRONI GRIFFI A., *La tutela dei diritti fondamentali in Spagna: esperienze a confronto con l'Italia su alcuni diritti*, in MALFATTI E., ROMBOLI R.,

ROSSI E., (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino 2002;

PECES BARBA G., *El Tribunal Constitucional. Trabajos parlamentarios*, Madrid 1980;

PECES MORATE, J.E. *La objeción de conciencia en la jurisprudencia española*, in www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1248356064_peces_morate.pdf, 2009;

PÉREZ DE LOS COBOS F., *El requisito de la especial trascendencia constitucional para la admisión del recurso de amparo*, in CANOSA USERA R., RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOS J. (a cura di), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, Madrid 2014;

PÉREZ FRANCESCH J. L., *El procedimiento de impugnación de disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley previsto en el artículo 161.2 CE y en el Título V de la LOTC*, in *Revista de Derecho político*, n. 71/2008;

PÉREZ ROYO J., *Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 6/1986;

PÉREZ ROYO J., *Curso de derecho Constitucional*, Madrid 1999;

PÉREZ ROYO J., *Inconstitucionalidad por omisión*, in *Enciclopedia jurídica básica*, 1995;

PÉREZ ROYO J., *La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad*, in AA.VV. (a cura di), *El Tribunal Constitucional*, Madrid 1981;

PEREZ ROYO J., *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid 1988;

PÉREZ SERRANO G., *Naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario*, in *Revista de Estudios políticos*, n. 105/1959;

PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo constitucional: aspectos procesales*, in AAVV. (a cura di), *Los procesos constitucionales*, Madrid 1992;

PÉREZ TREMPS P., *El recurso de amparo*, Valencia 2015;

PÉREZ TREMPS P., *El sistema español de protección de los derechos fundamentales y la práctica del Tribunal Constitucional (El recurso de amparo)*, in *Anuario de Derechos Humanos*, n. 1/1982;

PÉREZ TREMPS P., *La defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1998;

PÉREZ TREMPS P., *La legitimación de los ejecutivos autonómicos para impugnar leyes de su Comunidad Autónoma: crónica de un precepto perdido*, in *Revista Aranzaldi*, n. 305/1997;

PÉREZ TREMPS P., *Los órganos jurisdiccionales y la protección del sistema de reparto de competencias entre Estado y las Comunidades Autónomas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 46/1996;

PÉREZ TREMPS P., *Sistema de justicia constitucional*, Pamplona 2010;

PÉREZ TREMPS P., *Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios: perspectivas del sistema de justicia constitucional en España*, México 2005;

PÉREZ TREMPS P., *Tribunal constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador*, in AAVV (a cura di), *La reforma del recurso de amparo*, Valencia 2004;

PÉREZ TREMP S P., *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*, Valencia 2002;

PÉREZ-UGENA M., *El Defensor del Pueblo en los procesos de tutela constitucional*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 84/1995;

PIÑEIRO HERNÁIZ A., *Consideraciones generales sobre el conflicto constitucional de atribuciones y la problemática que suscita su ámbito subjetivo de aplicación: Un caso particular, el Tribunal de Cuentas*, in *Revista Española de Control Externo*, n. 46/2014;

PINELLI C., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale e nozione di giudice a quo*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

PIZZORUSSO A., “zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in D’ATENA A. (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano 2012;

PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1982;

POMED SÁNCHEZ L., *Jurisprudencia constitucional sobre administración local*, in *Anuario del Gobierno Local*, Madrid 2004;

POMED SÁNCHEZ L., *Jurisprudencia constitucional sobre autonomía local. Primera sentencia dictada en conflicto en defensa de la autonomía local*, in *Anuario de Gobierno Local*, Madrid 2006;

PORRAS NADALES A.J., *Conflictos entre órganos constitucionales del Estado y principio de división de poderes*, in *Revista de estudios políticos*, n. 52/1986;

PORRAS RAMÉREZ J. M., *El conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 107/2000;

PUNSET BLANCO R., *Conflicto entre órganos constitucionales*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid 1995;

QUADRA T., FERNÁNDEZ del CASTILLO S., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid 1981;

REQUEJO PAGÉS J. L., *Democracia parlamentaria y principio minoritario*, Barcelona 2000;

REQUEJO PAGÉS J. L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*, Madrid 1995;

RODRÍGUEZ ALANA J.F., *La suspensión de leyes autonómicas por la vía del artículo 161.2 de la Constitución*, in *La Ley*, n. 1/1989, 954 ss.;

RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La nulidad de actuaciones (ni «incidente» ni «excepcional»)*, in *La Ley*, n. 8766/2013;

RODRÍGUEZ ÑALVAREZ J. L., *Seleccionar lo importante (la reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 41/1994;

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ J., *Los Reglamentos parlamentarios y su posición en el sistema de fuentes del Derecho español*, Madrid 1985;

ROMBOLI R., *Giudici comuni e Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV (a cura di), *50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años del Tribunal Constitucional español*, Madrid 2007;

ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015;

ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985;

ROMBOLI R., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, Torino 2002;

ROMBOLI R., *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. oggettivizzazione dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, Relazione al Seminario de *Derecho y Jurisprudencia*, organizzato dalla *Fundación colloquio jurídico europeo*, Madrid 12 Novembre 2009;

ROMBOLI R., *La riforma dell'amparo costituzionale in Spagna e l'introduzione di un ricorso individuale diretto in Italia*, in TARCHI R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino 2012;

ROURA GÓMEZ S. A., *Federalismo y justicia constitucional en la constitución española de 1978: el Tribunal Constitucional y las comunidades autónomas*, Madrid 2003.

ROVIRA VIÑAS A., *Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo*, Navarra 2002;

RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad*, in *Revista de Estudios políticos*, n. 7/1979;

RUBIO LLORENTE F., ARAGÓN REYES M., *La jurisdicción constitucional*, in PREDIERI A., GARCÍA de ENTERRIA E. (a cura di), *La Constitución española del 1978*, Madrid 1981;

RUBIO LLORENTE F., *El recurso de amparo constitucional*, in RODRÍGUEZ PIÑERO M., FERRER B. (a cura di), *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994*, Madrid 1995;

RUBIO LLORENTE F., *El recurso de amparo*, in RUBIO LLORENTE F., JIMÉNEZ CAMPO J. (a cura di), *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998;

RUBIO LLORENTE F., *El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 60/1988;

RUBIO LLORENTE F., JIMÉNEZ CAMPO J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid 1998;

RUBIO LLORENTE F., *Los poderes del Estado*, in RUBIO LLORENTE F. (a cura di), *La forma del poder*, Madrid 1997;

RUBIO LLORENTE F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 35/1992;

RUBIO LLORENTE F., *Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa*, en VV.AA. (coord.), *La forma del poder*, Madrid 1997;

RUGGERI A., *Note minime in tema di «accesso» ai giudizi di costituzionalità*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009;

RUIZ LAPEÑA R. M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Barcellona 1982;

RUIZ-GIMÉNEZ J., *Defensor del Pueblo. Recursos ante el Tribunal Constitucional. 1983-1987*, Madrid 1987;

SALAZAR C., *L'accesso al giudizio in via principale e la "parità delle armi" tra Stato e Regioni: qualche considerazione sul presente e uno sguardo sul possibile futuro*, in ANZON A., CARETTI P., GRASSI S. (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino 2000;

SÁNCHEZ AGESTA L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid 1980;

SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA A., *Crónica de una experiencia fallida: el Tribunal de Garantías de la II República*, in *Debate abierto*, n. 8/1992;

SÁNCHEZ MORÓN M., *Art. 75 bis*, in REQUEJO PAGÉS J. L., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

SÁNCHEZ MORÓN M., *Art. 75 ter*, in REQUEJO PAGÉS J. L., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid 2001;

SÁNCHEZ MORÓN M., *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*, Madrid 1987;

SÁNCHEZ MORÓN M., *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, n. 9/1983;

SÁNCHEZ NAVARRO A., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid 1995;

SANDULLI A.M., *Intervento*, in MARANINI G. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Bologna 1966;

SANTAOLALLA LÓPEZ F., *Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad*, in *Revista de Derecho político*, n. 18/1983;

SCARCIGLIA R., *La justicia constitucional además de los modelos históricos*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 17/2013;

SCHMITT C., *Il custode della Costituzione*, Milano 1981;

SCHNEIDER H.P., *Jurisdicción constitucional y separación de poderes*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 5/1982;

SICLARI M., *Il procedimento in via incidentale*, in BALDUZZI R., COSTANZO P. (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, vol. I, Torino 2007;

SORRENTINO A. C., *La “giurisdizione domestica” delle Camere del Parlamento alla prova del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*, in *Osservatorio Costituzionale*, luglio 2015;

SOSPEDRA NAVAS F. J., *Justicia constitucional y procesos constitucionales*, Pamplona 2011;

STAIANO S., *Introduzione al volume Genesi ed evoluzione dei sistemi di giustizia costituzionali. Italia, Francia e Spagna*, in *Quaderni del Dottorato di ricerca in Diritto ed Economia*, Napoli 2012;

STAIANO S., *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, *ibidem*, n. 2/2014;

TAJADURA TEJADA J., *El control previo de constitucionalidad: una propuesta de reforma constitucional*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 43/2014;

TENORIO SÁNCHEZ P. J., *Impugnación por el Gobierno de disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas por motivos de inconstitucionalidad no competencial*, in *Revista de Derecho Político*, n. 60/2004;

TOLIVAR ALAS L., *El control del Estado sobre las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1981;

TORRES MURO I., *La legitimación en los procesos constitucionales*, Madrid 2007;

TRUJILLO RINCÓN M. A., *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado*, Madrid 1995;

URÍAS MARTÍNEZ J.P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid 1996;

VALDÉS DAL-RÉ F., *El incidente de nulidad de actuaciones: su controvertida reforma por la Ley 6/2007*, in *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 2/2015;

VECINA CIFUENTES J., *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid 1993;

VELASCO CABALLERO F., *Articulación de las jurisdicciones constitucional y judicial ante lesiones de derechos fundamentales originadas por particulares*, in VIVER PI-SUNYER C. (a cura di), *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Valencia 2006;

VELASCO CABALLERO F., *Conflictos en defensa de la autonomía local*, in MUÑOS MACHADO S. (a cura di), *Tratado de Derecho Municipal*, Madrid 2011;

VILLAVERDE I., *Decidir qué no decidir o qué hacer con los amparos. El trámite de admisión de los recursos de amparo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 11/2003;

VILLAVERDE MENÉNDEZ I., *El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 49/2014;

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977.