

Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?



**COM VINCULEN LES SENTÈNCIES CONSTITUCIONALS
EL LEGISLADOR?**

Col·lecció
Institut
d'Estudis
Autonòmics

79

COM VINCULEN LES SENTÈNCIES CONSTITUCIONALS EL LEGISLADOR?

SEMINARI

Barcelona, 28 d'octubre de 2011

María Ángeles Ahumada Ruiz
Víctor Ferreres Comella
Luis López Guerra
Carles Viver Pi-Sunyer



Generalitat de Catalunya
Departament de Governació
i Relacions Institucionals
Institut d'Estudis Autònoms

BARCELONA

2012

Biblioteca de Catalunya. Dades CIP:

Com vinculen les sentències constitucionals el legislador? : seminari :
Barcelona, 28 d'octubre de 2011. – (Col·lecció Institut d'Estudis Autònomic ; 79)
Referències bibliogràfiques. – Textos en català i castellà
ISBN 9788439388913
I. Ahumada Ruiz, Marian II. Institut d'Estudis Autònomic (Catalunya) III.
Col·lecció: Institut d'Estudis Autònomic (Col·lecció) ; 79
1. Jurisprudència constitucional – Espanya – Congressos 2. Dret – Espanya
– Interpretació – Congressos 3. Poder legislatiu – Espanya – Congressos
342(460)(063)

La publicació d'aquest llibre no implica cap responsabilitat sobre el seu contingut per part de l'IEA.

No es permet la reproducció total o parcial d'aquesta publicació, inclòs el disseny, ni l'emmagatzement ni la transmissió per qualsevol forma o mitjà sense l'autorització prèvia del titular del *copyright*.

Fotografia de la coberta: Palau Centelles, Barcelona (segle XVI).
Detall de l'escut heràldic dels Centelles-Carròs. A l'escultura del patge que es troba al segon replà de l'escala principal.

© **2012 Generalitat de Catalunya. Institut d'Estudis Autònomic**

Primera edició: juliol de 2012

Tiratge: 700 exemplars

ISBN: 978-84-393-8891-3

Dipòsit legal: B. 24105-2012

Impressió: El Tinter, SAL (empresa certificada ISO 9001, ISO 14001 i EMAS)



Imprès en paper certificat FSC®

SUMARI

PRESENTACIÓ	
MERCÈ CORRETTJA TORRENS	9
¿CÓMO VINCULA LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AL LEGISLADOR?	
VÍCTOR FERRERES COMELLA	11
LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURIS- DICCIÓN CONSTITUCIONAL	
LUIS LÓPEZ GUERRA	27
CÓMO VINCULA LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LOS LEGISLA- DORES	
MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ	39
DEBAT	59
ELS EFECTES VINCULANTS DE LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTI- TUCIONAL SOBRE ELS LEGISLADORS: PODEN REITERAR PRECEPTES LE- GALS PRÈVIAMENT DECLARATS INCONSTITUCIONALS?	
CARLES VIVER PI-SUNYER	95

PRESENTACIÓ

L'Institut d'Estudis Autònoms va organitzar un seminari sota el títol «Com vincula la jurisprudència constitucional el legislador?» el dia 28 d'octubre de 2011. Més que oferir respostes, el seminari pretenia obrir un debat jurídic sobre un tema d'especial relleu teòric i pràctic que, malgrat que es va posar de manifest durant la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i ha continuat després de la Sentència, no es volia limitar únicament a la jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol i menys al cas esmentat, sinó que es volia plantejar en un context més ampli tot comptant amb referències d'altres ordenaments jurídics com el nord-americà o l'alemany o de Tribunals supraestats. Per això, el Seminari va comptar amb tres ponències principals de Víctor Ferreres, professor de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i professor visitant a la University of Texas in Austin, Maria Àngeles Ahumada, professora de dret constitucional de la Universitat Autònoma de Madrid i Luis López Guerra, catedràtic de dret constitucional i exmagistrat del Tribunal Constitucional, actualment magistrat del Tribunal Europeu de Drets Humans. L'actualitat del tema escollit i l'interès de la doctrina per aquest debat van quedar patents per la nombrosa concurrència de professors i catedràtics de dret constitucional i de dret administratiu de dins i de fora de Catalunya, així com per la presència d'advocats i advocades de la Generalitat i d'alts càrrecs de l'Administració de la Generalitat. El debat que es va suscitar va ser molt viu i de gran relleu i per això hem considerat oportú publicar-lo en aquest volum juntament amb les ponències.

D'altra banda, com a complement a les ponències i al debat de l'esmentat seminari i per la seva connexió amb les qüestions aquí tractades, hem volgut publicar dins del mateix volum la traducció al català de la ponència «Els efectes vinculants de les sentències del Tribunal Constitucional sobre els legisladors: poden reiterar preceptes legals prèviament declarats inconstitucionals?», que va presentar Carles Viver Pi-Sunyer, director de l'Institut d'Estudis Autònoms i catedràtic de dret constitucional de la Universitat Pompeu Fabra, al seminari organitzat per la Càtedra de Cultura Jurídica de la Facultat de Dret de la Universitat de Girona el desembre de

2011, i que serà publicada properament per l'editorial Marcial Pons en la seva versió castellana.

Esperem que el lector pugui trobar en les pàgines següents nous arguments i idees sobre la pregunta inicialment plantejada i complir així una de les principals funcions d'aquest Institut, que és la de promoure la recerca acadèmica i científica sobre qüestions relacionades amb l'autogovern de Catalunya i el seu desenvolupament.

MERCÈ CORRETJA TORRENS

*Responsable de l'Àrea de Recerca de l'Institut
d'Estudis Autònoms*

¿CÓMO VINCULA LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AL LEGISLADOR?

VÍCTOR FERRERES COMELLA

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra y Visiting Professor (University of Texas at Austin)

SUMARIO: 1. La tesis tradicional: la jurisprudencia carece de fuerza vinculante. 2. Objeciones a la tesis tradicional. 3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ¿vincula al legislador? 4. Los procedimientos para encauzar la discrepancia del legislador democrático. 5. Una nota de Derecho comparado.

En este trabajo me propongo reflexionar acerca del modo en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) constriñe al legislador.¹ ¿En qué medida debe el legislador democrático atenerse a la doctrina jurisprudencial del TC a la hora de ejercer sus potestades normativas? Para abordar adecuadamente este tema, es necesario encuadrarlo dentro de una problemática más general, acerca de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de los tribunales de justicia. La tesis que voy a defender es que, por regla general, el legislador debe abstenerse de aprobar leyes que entren en colisión con la doctrina del TC. Ello no significa, sin embargo, que no quepa articular procedimientos a través de los cuales los órganos democráticos puedan manifestar su disconformidad con las interpretaciones elaboradas por el TC en determinadas materias.

1 Este trabajo está basado en la ponencia presentada en el seminario que tuvo lugar el 28 de octubre de 2011 en el Institut d'Estudis Autònoms. Agradezco al director de la institución, el profesor Carles Viver Pi-Sunyer, la amable invitación que me cursó para participar en dicha sesión. Estoy en deuda con los asistentes al seminario, por sus interesantes sugerencias y críticas. He tratado de mantenerme fiel al estilo directo de la ponencia original, sin apartarme del núcleo de ideas con las que vertebré mi intervención. Por esta razón, la bibliografía que he incluido es mínima.

1 · La tesis tradicional: la jurisprudencia carece de fuerza vinculante

En España, los juristas suelen afirmar que la jurisprudencia del tribunal que se encuentra en la cúspide de la organización judicial (el Tribunal Supremo) carece de fuerza obligatoria para los tribunales inferiores. Esta tesis negatoria ha sido tradicionalmente mayoritaria en la doctrina, y sigue siéndolo en la actualidad.² De acuerdo con esta tesis, el conjunto de criterios que el Tribunal Supremo emplea a la hora de interpretar, integrar y aplicar el Derecho vigente no forman una jurisprudencia que resulte de obligado seguimiento para los órganos jurisdiccionales inferiores. Si éstos no comparten tales criterios, pueden perfectamente desviarse de ellos. La jurisprudencia orienta a los tribunales inferiores, pero no les fuerza a resolver en determinada dirección. Ciertamente, el Tribunal Supremo puede revocar las sentencias de los inferiores que no se hayan ajustado a las pautas jurisprudenciales. Pero el hecho de que el órgano superior pueda revocar la resolución del inferior en un caso concreto no significa, de acuerdo con la tesis mayoritaria, que el órgano superior esté autorizado para sentar criterios jurisprudenciales generales que deban ser observados por los diversos tribunales.

En defensa de esta manera de ver las cosas, es frecuente esgrimir razones de diversa índole. En primer lugar, se suele afirmar que, en un país como España, que pertenece a la familia romano-canónica del *civil law*, la jurisprudencia no puede ser vinculante porque no es «fuente del Derecho», a diferencia de lo que sucede en el ámbito de los países del *common law*, en que la jurisprudencia (integrada por «precedentes») sí tiene tal consideración. Más allá de este argumento de Derecho comparado, la tesis mayoritaria invoca un segundo argumento, basado en el principio de independencia judicial. Los jueces deben ser independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional, que consiste en decir el Derecho en el caso concreto. Por ello, se sostiene, deben interpretar, integrar y aplicar las disposiciones relevantes del modo que estimen correcto, sin sufrir interferencias de otros órganos. La independencia de los jueces se despliega, no sólo frente a institu-

2 Para una visión de las diversas posiciones defendidas en España en torno a este problema, pueden consultarse los trabajos reunidos en AAVV, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia* (Consejo General del Poder Judicial, 2001), así como el artículo de Gema Rosado Iglesias, «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia», *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, pp. 83-123.

ciones y actores situados fuera de la organización judicial, sino incluso frente a los órganos judiciales. Concretamente, el Tribunal Supremo no puede condicionar a los jueces a través del dictado de pautas generales. Si los jueces discrepan de la forma en que el tribunal superior ha entendido y aplicado el Derecho vigente, pueden apartarse de ella.

Si uno abraza la tesis tradicionalmente mayoritaria, entonces debe sostener, por coherencia, que tampoco la jurisprudencia del TC vincula al resto de órganos jurisdiccionales. No hay ninguna diferencia estructural entre el TC y el Tribunal Supremo que justifique tratar de manera distinta a la doctrina del TC.³ Si, de acuerdo con el planteamiento tradicional, la jurisprudencia no puede ser fuente del Derecho en los países que se inscriben en la cultura del *civil law*, tampoco la jurisprudencia del TC puede serlo. Y si la independencia judicial significa que el juez no está obligado a aplicar el Derecho vigente de acuerdo con los criterios establecidos por el Tribunal Supremo, esa misma independencia judicial debe significar entonces que el juez no está vinculado por la interpretación que el TC haya hecho de la Constitución. Para decirlo de modo sintético, si el juez está sometido únicamente al imperio de la ley, y no a la doctrina que el Tribunal Supremo haya fijado al interpretar la ley, por la misma razón el juez está sometido exclusivamente al imperio de la Constitución, y no a la doctrina que el TC haya formulado al interpretar ésta.⁴

Si uno suscribe esta posición, que niega carácter vinculante a la jurisprudencia del TC en relación con los jueces, es fácil concluir entonces que tampoco el legislador está vinculado. Sería, en efecto, totalmente ilógico sostener que la jurisprudencia del TC no es fuente del Derecho para los jueces ordinarios, pero sí lo es para el legislador. Y sería irrazonable reconocer a los jueces «independencia» para resolver los pleitos sin adecuarse a las pautas establecidas por el TC, pero negar al legislador una independencia equivalente a la hora de discutir y aprobar las leyes.

A partir de la concepción tradicional del papel de la jurisprudencia, pues, llegamos a la conclusión de que el legislador no está vinculado por la doctrina sentada por el TC. El legislador puede actuar sobre la base de su

3 Sobre esta cuestión, véase el riguroso análisis de Jesús María Santos Vijande, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios* (Comares, 1995).

4 En este sentido, el artículo 5.1 de la LOPJ es objetable, desde la perspectiva tradicional, en la medida en que obliga al juez ordinario a resolver los casos de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TC.

propia lectura de la Constitución, descartando de manera abierta lo que el TC haya dicho acerca de determinada materia. No hay ninguna irregularidad en tal proceder. Lo único que puede ocurrir es que las normas en las que se concrete la discrepancia del legislador sean finalmente invalidadas por el TC, si alguien las impugna o cuestiona en el marco de los procedimientos pertinentes.

2 · Objeciones a la tesis tradicional

Existen buenas razones para criticar el planteamiento tradicional, que niega fuerza de obligar a la jurisprudencia. Estas razones están ligadas a los valores de la igualdad y de la seguridad jurídica.⁵ En efecto, siendo inevitable que los distintos jueces diverjan en ocasiones acerca del modo en que debe ser aplicado el Derecho vigente, es necesario establecer mecanismos de unificación de criterios. La tarea del tribunal que ocupa la cúspide de la organización judicial es, precisamente, la de fijar pautas generales según va resolviendo casos, de manera que las disparidades que se puedan producir entre los distintos jueces se reduzcan finalmente a unidad, en la medida de lo posible. Gracias a la mayor uniformidad que se logra a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se refuerza la igualdad y la seguridad jurídica. Los ciudadanos no van a ser tratados de manera desigual, ante los mismos hechos relevantes a los que resulta aplicable el mismo bloque normativo, si los jueces se ajustan a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo. Del mismo modo, los ciudadanos (y los poderes públicos) podrán anticipar con mayor firmeza la conclusión a la que llegarán los tribunales en un caso concreto, si saben que éstos aplicarán los criterios jurisprudenciales ya elaborados.

5 Sobre la importancia de estos valores, y sobre la necesidad de asegurar la coherencia judicial en la aplicación del Derecho, llamó tempranamente la atención Luis López Guerra, en su artículo «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», incluido en *El Tribunal Constitucional* (Instituto de Estudios Fiscales, 1981), Tomo II, p. 1437. Para un desarrollo más detallado de los argumentos que enuncio en el texto, me permito remitir a tres trabajos míos: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* (Civitas, 2002); «El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado», que aparece en la nueva edición del libro de José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del Derecho* (Bosch, 2006), pp. 65-84; y «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en Víctor Ferreres/Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), pp. 43-80.

Ahora bien, para satisfacer adecuadamente la igualdad y la seguridad jurídica, no basta con la posibilidad de que el Tribunal Supremo revoque las sentencias de los inferiores que se aparten de su doctrina jurisprudencial. Pues sucede a menudo que, por razón de la materia o de la cuantía, no cabe recurso ante el Tribunal Supremo. Y aunque quepa recurso, supone una gran pérdida de tiempo y dinero, tanto para las partes como para el sistema en su conjunto, tener que acudir al más alto tribunal para obtener tutela. Una adecuada salvaguarda de la igualdad y la seguridad exige un sometimiento directo de los jueces a la jurisprudencia, sin que el Tribunal Supremo tenga que intervenir.

Ciertamente, un sistema que confiera a la jurisprudencia fuerza vinculante sólo puede ser operativo si el tribunal encargado de crearla está bien diseñado. Éste, en efecto, ha de poder organizar su trabajo de modo que se evite el surgimiento de contradicciones entre sus sentencias. Por ello, las diversas salas del Tribunal Supremo han de poder centrar su atención en un número relativamente reducido de casos, a fin de que la jurisprudencia que configuren exhiba una mínima calidad.

Si el poder judicial se estructura adecuadamente, en definitiva, la jurisprudencia está llamada a desempeñar un papel de primer orden a los efectos de asegurar ciertos niveles de igualdad y seguridad jurídica en sistemas jurídicos tan complejos como los actuales. Ello no significa que no puedan introducirse mecanismos para facilitar un diálogo interno, en el seno del poder judicial, acerca de la jurisprudencia existente. Así, se ha sugerido la posibilidad de crear un procedimiento que permita al juez dirigirse al Tribunal Supremo, en el supuesto de que disienta de la doctrina sentada por éste. La respuesta del Tribunal, confirmando, matizando o modificando su anterior doctrina, sería obligatoria para el juez promotor de la cuestión, así como para los demás jueces, de modo similar a lo que acontece con las cuestiones prejudiciales que los tribunales nacionales pueden formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Que también la jurisprudencia del TC debe ser vinculante es una consecuencia que fluye sin dificultad de este planteamiento general. Los mismos valores de la igualdad y la seguridad jurídica mencionados con anterioridad militan a favor de sujetar a los diversos órganos jurisdiccionales a la doctrina que el TC haya desarrollado al aplicar la Constitución. Y también aquí es necesario otorgar a la jurisprudencia fuerza vinculante directa. En muchos casos, en efecto, no existe ninguna vía abierta para reaccionar contra la resolución judicial que se separa del criterio interpretativo del

TC. El recurso de amparo puede ser utilizado cuando está en juego un derecho fundamental, pero no llega a tener la amplitud que tendría un recurso de casación por infracción de norma constitucional. Además, la nueva configuración del amparo tras la reforma de la LOTC de 2007 ha tratado de potenciar el papel del TC como productor de jurisprudencia. Si lo principal, a partir de la reforma, es formar criterios jurisprudenciales, pocas ocasiones tendrá el TC para controlar que los jueces ordinarios los apliquen correctamente. La reforma confía en la lealtad institucional de la jurisdicción ordinaria, que debe seguir las indicaciones interpretativas del TC.⁶

La jurisprudencia del TC es vinculante, pues, porque también lo es, con carácter general, y dentro de su ámbito normativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La doctrina del TC obliga a los jueces a la hora de interpretar la Constitución, del mismo modo que debe entenderse que la doctrina de la sala segunda del Tribunal Supremo, por ejemplo, es vinculante a los efectos de interpretar las leyes penales.

Dado que también los tribunales en general, y el Tribunal Supremo en particular, interpretan la Constitución, puede producirse, naturalmente, una colisión entre los criterios de la jurisdicción ordinaria y los del TC. Esta colisión debe resolverse a favor de la jurisprudencia del TC, por ser éste el máximo intérprete de la Constitución.

Problema distinto se produce cuando lo que se critica al TC no es la solución que ha dado a un problema de naturaleza constitucional, sino el haber entendido que el problema analizado tenía naturaleza constitucional, cuando en realidad era de pura legalidad ordinaria. Sin poder entrar aquí en

6 Naturalmente, es conveniente que el recurso de amparo sirva, *in extremis*, para respaldar institucionalmente el deber que pesa sobre los jueces ordinarios de observar la doctrina jurisprudencial del TC. Así, en la STC 155/2009, en que se fijan algunos criterios para determinar si un recurso de amparo tiene la necesaria «especial trascendencia constitucional» para ser admitido a trámite, el TC ha aprovechado la ocasión para introducir una válvula de seguridad en defensa de su autoridad interpretativa. Según el TC, constituye un supuesto de especial trascendencia «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)» (FJ 2). En coherencia con ello, el TC ha afirmado en ocasiones con gran rotundidad el necesario sometimiento de los jueces ordinarios a la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la STC 59/2011, tras constatar que el órgano judicial había procedido de manera contraria a la reiterada doctrina constitucional acerca de las respuestas judiciales estereotipadas, el TC se muestra taxativo: «Esta circunstancia no sólo pone de manifiesto la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo, sino que, además, debe servir de justificación para que este Tribunal haga una apelación directa a este órgano judicial para que haga un acatamiento estricto de la doctrina de este Tribunal sobre el particular» (FJ 8; la cursiva es nuestra).

esta delicada cuestión, baste decir que el TC debe poder definir los límites de su propia jurisdicción, a partir de la lectura que haga del alcance de las diversas disposiciones constitucionales. Sólo en casos extremos, en que haya razones de peso para sostener que el TC ha incurrido en una clara extralimitación, cabría abrir cierto espacio para que los tribunales se negaran a seguir las tesis del TC. Por razones funcionales, sin embargo, la regla general debe ser la estricta observancia de la doctrina del TC, incluso cuando el desacuerdo verse sobre la delimitación de las fronteras que separan la jurisdicción del TC de la de los jueces ordinarios.

3 · La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ¿vincula al legislador?

Si partimos, como creo que debemos partir, de la tesis que atribuye a la jurisprudencia del TC fuerza vinculante con respecto a los tribunales de justicia, el siguiente paso que debemos dar es tratar de ver si podemos extender esta tesis a las relaciones entre el TC y el legislador. ¿Debe el legislador observar la doctrina del TC, al igual que deben hacerlo los tribunales? La respuesta, según voy a proponer, es afirmativa. Para justificarla es necesario entrar en un análisis un tanto complejo, que obliga a sopesar consideraciones de diversa índole, como vamos a ver.

Es frecuente, sin embargo, fundar la respuesta afirmativa en un argumento más simple: la jurisprudencia del TC, se dice, vincula al legislador, *porque el TC es un «legislador negativo»*. En efecto, a diferencia de los tribunales ordinarios (incluido el Tribunal Supremo), que son sólo «tribunales», el TC es un órgano especial, que tiene atribuida la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. En su calidad de censor de las leyes, el TC actúa como legislador negativo. Por ello, según esta tesis, el parlamento, al ejercer sus poderes normativos, está obligado a respetar la jurisprudencia del TC.

Ahora bien, este argumento se funda en un error conceptual. La metáfora del TC como legislador negativo sirve para llamar la atención sobre dos rasgos típicos del sistema concentrado de justicia constitucional: a) sólo el TC tiene competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes; y b) las sentencias que declaran esa inconstitucionalidad producen efectos generales (*erga omnes*), de forma que las leyes afectadas son expulsadas del ordenamiento jurídico. Decimos que el TC es el legislador negativo del

sistema porque es el único órgano jurisdiccional encargado de invalidar leyes por razón de su inconstitucionalidad, y porque lo hace con efectos generales, como si el parlamento derogara una ley. La metáfora tiene sus limitaciones, que no podemos abordar aquí, pero resulta útil para poner de relieve los dos rasgos que acabamos de ver.

Pues bien, es importante señalar que la pregunta acerca de si la jurisprudencia constitucional tiene fuerza vinculante para el legislador es distinta de la pregunta relativa a si las sentencias que declaran la invalidez de una ley producen el efecto de eliminarla del ordenamiento jurídico. El hecho cierto de que el TC puede expulsar leyes por razones constitucionales nada dice acerca de si la doctrina jurisprudencial que el TC elabora para interpretar la Constitución vincula o no al legislador.

En este contexto, es crucial distinguir entre el fallo de las sentencias, por un lado, y los fundamentos jurídicos en los que se exponen las razones que justifican el contenido del fallo, por el otro. Cuando se impugna o cuestiona una ley ante el TC, el procedimiento tiene por objeto esa concreta ley. En congruencia con ello, el fallo de la sentencia se pronuncia acerca de la validez de la misma. Pero es en los fundamentos jurídicos de la sentencia, y no en el fallo, donde se formula la jurisprudencia constitucional. En ellos, en efecto, el TC da a conocer sus razones para entender que la ley enjuiciada es (o no es) válida. Esas razones, a su vez, derivan de una determinada manera de interpretar la Constitución. Pues, obviamente, las leyes son o no constitucionales, según cuál sea la interpretación que sea haga del texto constitucional. La jurisprudencia constitucional, que especifica el contenido que debe asignarse a la Constitución, se aloja en los fundamentos jurídicos. Lo mismo sucede, por lo demás, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: es en los fundamentos jurídicos de sus sentencias donde hallamos los criterios jurisprudenciales que el Tribunal va elaborando a lo largo del tiempo.

Pues bien, que el TC se comporte como «legislador negativo» cuando, a través de sus sentencias, expulsa las leyes que juzga inconstitucionales, no significa necesariamente que su jurisprudencia posea fuerza vinculante. Una cosa no lleva a la otra. El efecto jurídico del fallo (eliminar con efectos generales una determinada ley que ha sido impugnada) no debe confundirse con la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia expresada en los fundamentos jurídicos de la sentencia, acerca de cómo interpretar la Constitución. En este sentido, no incurren en contradicción quienes, siguiendo la tesis tradicional, sostienen que la jurisprudencia de los tribunales de jus-

ticia, en general, y la jurisprudencia del TC, en particular, carece de fuerza vinculante, pero reconocen, como no podría ser de otra manera, que el TC es capaz de expulsar del ordenamiento las leyes cuya inconstitucionalidad declara.⁷

Por ello, es preciso desarrollar un razonamiento más complejo para justificar la tesis según la cual la jurisprudencia sentada por el TC debe ser observada por el legislador. A favor de esta tesis, se pueden aducir los argumentos siguientes.

En primer lugar, es deseable que la doctrina del TC sea estable a lo largo del tiempo. Si una ley se declara inconstitucional, a la luz de determinados criterios elaborados por el TC al interpretar la Constitución, lo razonable es que esos mismos criterios se apliquen en el futuro, con respecto a otras leyes que planteen problemas parecidos. El TC tiene que ir construyendo doctrinas que medien entre el lenguaje típicamente abstracto y abierto de los preceptos constitucionales, por un lado, y los problemas específicos que suscitan las leyes, por el otro. Esas doctrinas no deben valer sólo para la concreta ley enjuiciada, sino que deben tener «vocación de futuro», proyectándose a leyes posteriores. Así se reduce la complejidad que supone legislar en un sistema jurídico en cuyo vértice se ha colocado una Constitución de alcance potencialmente muy amplio, y de interpretación altamente controvertida.

7 Las cosas no cambian, en lo que aquí interesa, cuando el TC opta por una sentencia «interpretativa», esto es, una sentencia por medio de la cual el TC, en lugar de decretar la nulidad de la ley impugnada, la somete a determinada interpretación para salvar su validez. A veces las «condiciones interpretativas» bajo las cuales la ley evita la quema constitucional aparecen en el propio fallo de la sentencia. Otras veces, el fallo se limita a remitir a las condiciones establecidas en los fundamentos jurídicos. En ocasiones, incluso, el fallo no dice nada acerca de la interpretación que hay que hacer de la ley, pero de los fundamentos jurídicos se desprende que el TC sólo acepta la validez de la ley si se cumplen determinados requisitos interpretativos. Pues bien, cualquiera que sea la modalidad de sentencia por la que opte el TC, sucede lo siguiente: para conocer qué interpretación *de la Constitución* hace el TC, debemos consultar los fundamentos jurídicos de la sentencia, no el fallo. Pues en el fallo encontraremos la decisión del TC sobre la concreta ley, y allí puede haber (directamente o por remisión) un mandato de interpretar *la ley* de determinada manera (o un mandato de evitar determinadas interpretaciones de la ley). Pero será inútil buscar en el fallo afirmaciones acerca de cómo interpretar *la Constitución*. Es en los fundamentos jurídicos de la sentencia donde se halla la visión constitucional del TC, y es allí donde se sienta la «jurisprudencia» sobre cuyo valor vinculante nos estamos preguntando. Que el fallo vincula (y que las condiciones interpretativas relativas a la ley vinculan a todos, incluido el legislador, a través del fallo) no ofrece duda razonable. Lo que es dudoso, y sobre ello nos estamos interrogando ahora, es si la *jurisprudencia constitucional* posee fuerza vinculante para el legislador.

La estabilidad no sólo es valiosa desde el punto de vista de la seguridad jurídica, sino también desde el punto de vista de la calidad de la jurisprudencia. Si el TC se compromete a aplicar en el futuro la doctrina general que sienta hoy, tenderá a ser más cuidadoso a la hora de perfilar esa doctrina. La carga de aplicar a casos semejantes el criterio formulado en el caso actual fuerza al TC a definir bien su criterio, y a asegurarse de su plausibilidad.

Además, hay que tener en cuenta que la existencia misma de un sistema de justicia constitucional presupone un determinado juicio comparativo acerca de las respectivas fortalezas y debilidades de las instituciones involucradas. Si hemos convenido en que las leyes del parlamento pueden ser descalificadas por razones constitucionales por un determinado tribunal, es porque pensamos que ese tribunal está en posición adecuada para realizar un buen trabajo a la hora de adscribir contenido concreto al texto constitucional y de valorar, bajo él, la legitimidad de las leyes. El tribunal es falible, desde luego, como también lo es el parlamento, pero hemos decidido, tras hacer un balance global, que la Constitución resulta mejor interpretada y garantizada si un tribunal puede invalidar las leyes, que si éstas gozan de inmunidad. Los fundamentos de la institución del control de constitucionalidad de las leyes están ligados, en última instancia, a argumentos de tipo instrumental, acerca de las ventajas que esa institución comporta desde el punto de vista de los resultados (lograr una adecuada interpretación y garantía de la Constitución). Esos fundamentos son más frágiles y discutibles de lo que suele reconocer el discurso «oficial» acerca de la bondad de los tribunales constitucionales. No es descartable que la experiencia muestre que, en un determinado país, la decisión de crear un sistema de justicia constitucional es un error. No podemos entrar aquí en esta cuestión.⁸ El punto importante que debemos retener, para el tema que nos ocupa ahora, es que la opción a favor del control de constitucionalidad de las leyes que hemos establecido en España sólo es inteligible si damos cierta prioridad a la interpretación del TC sobre la interpretación del parlamento. Que el parlamento, en principio, debe moverse dentro de los límites marcados por la jurisprudencia del TC es una consecuencia natural de las razones últimas en virtud de las cuales hemos decidido erigir un sistema de justicia constitucional.

⁸ Sobre este asunto, véase Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa* (Civitas, 2005), y Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad* (Marcial Pons, 2011).

En suma, por razones funcionales, debemos concluir que la jurisprudencia del TC vincula al legislador. Éste, en efecto, debe contribuir al buen funcionamiento del sistema, absteniéndose, por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional.

4 · Los procedimientos para encauzar la discrepancia del legislador democrático

Lo anterior no significa que no puedan arbitrarse procedimientos que permitan a los órganos políticos, con carácter excepcional, manifestar su divergencia con respecto a una determinada línea jurisprudencial del TC. Antes hemos visto, en relación con los jueces ordinarios, que cabría articular un mecanismo que permitiera a los jueces elevar una cuestión interpretativa al Tribunal Supremo, con el objeto de provocar la posible reconsideración de la jurisprudencia existente. Ahora bien, sería disfuncional, seguramente, que el parlamento, en el curso del procedimiento legislativo, pudiera plantear una cuestión semejante al TC, con la finalidad de que éste revisara su doctrina y dejara el campo expedito para la válida aprobación de una determinada ley. Hay que pensar, por ello, en otras posibilidades.

Una primera vía para expresar el desacuerdo de los órganos políticos con la jurisprudencia del TC es la reforma constitucional. Es sabido que, en otros países, la Constitución ha sido modificada en ocasiones para «superar» una sentencia adversa de los tribunales constitucionales.⁹ Este tipo de reforma presenta dos facetas. Por un lado, supone un total respeto a las reglas de juego. Quienes propugnan la reforma, en efecto, aceptan la autoridad de los tribunales que han hablado. Precisamente porque aceptan esa autoridad, entienden necesario modificar la Constitución. Por otro lado, los partidarios de la reforma pueden estar expresando, al mismo tiempo, su propio entendimiento del texto constitucional originario. La reforma puede

⁹ Ello ha ocurrido en cuatro ocasiones en la historia de los Estados Unidos (a través de las enmiendas 11, 14, 16 y 26). En Francia, se reformó la Constitución en 1993 y 1999, en materia de asilo y de paridad sexual en las listas electorales, respectivamente, para contrarrestar el efecto de varias decisiones del Consejo Constitucional. Lo mismo sucedió en Italia en 1999 y 2001, en lo relativo a las garantías del proceso penal, y a la paridad sexual. Y en Irlanda se reformó la Constitución en 1997, en lo tocante al secreto de las deliberaciones del gobierno, como reacción a la jurisprudencia.

verse entonces como la expresión de un desacuerdo interpretativo, aunque se acate la decisión de los tribunales.

En España, sin embargo, la reforma constitucional es una vía no transitada. Nuestra Carta Magna sólo se ha modificado en dos ocasiones, «por imperativo europeo», podríamos decir, y para dar respuesta a problemas muy puntuales. La reforma constitucional sigue siendo un tema tabú, por lo que resulta prácticamente inimaginable, al menos de momento, que se proceda un día a modificar el texto constitucional en respuesta a la jurisprudencia del TC.

La alternativa, entonces, es que sea el legislador ordinario, al aprobar nuevas leyes, quien ponga de manifiesto su disconformidad con la jurisprudencia del TC. ¿Cómo debería entenderse esta posibilidad? ¿Qué condiciones habría que exigir? ¿Qué efectos producirían esas leyes?

Ante todo, el legislador debe manifestar su discrepancia de modo franco y sincero. No se trata de buscar fórmulas que permitan burlar la jurisprudencia constitucional.¹⁰ Se trata de criticar derechamente la posición del TC en una determinada materia.

Este cuestionamiento, para ser aceptable desde un punto de vista institucional, debe venir acompañado de un notable esfuerzo argumentativo. Quienes apoyen la ley deben indicar con claridad ante la opinión pública qué elementos de la jurisprudencia constitucional no comparten, y qué razones ofrecen para justificar su posición crítica. Lo mismo deben hacer, en el proceso ante el TC, quienes asuman la carga de defender la ley, frente a la objeción de que ésta choca con la doctrina formulada en anteriores resoluciones.

Cuanto mayor haya sido el esfuerzo argumentativo desplegado por los partidarios de la ley, mayor cuidado debe entonces mostrar el TC. Éste no puede desconocer la lectura constitucional de la que es portadora la nueva ley. Puede, ciertamente, insistir en su anterior doctrina, pero no debe invocarla de manera automática. Es preciso que explore los fundamentos en los que descansa su posición jurisprudencial, y los sopesa de nuevo a la luz de los argumentos esgrimidos en defensa de la ley.

El hecho de que nuestro sistema de justicia constitucional sea concentrado facilita el adecuado tratamiento de este tipo de respuestas legislati-

10 En la STC 136/2011, por ejemplo, se plantea, una vez más, el problema de los límites materiales de la ley de presupuestos y de la ley de acompañamiento. La sentencia incluye un interesante voto particular del magistrado Manuel Aragón, quien censura que el legislador haya inventado la técnica de la ley de acompañamiento para «burlar» la doctrina del TC en materia de leyes de presupuestos (FJ 2).

vas. El juez ordinario, en efecto, no puede inaplicar las leyes por su propia autoridad, por muy clara que sea la colisión entre esas leyes y la jurisprudencia constitucional. En juez debe elevar cuestión al TC, aunque la nueva ley sea muy parecida a otra que en su día fue declarada inconstitucional (STC 23/1988).

Es esperable, y así ha sucedido en España, que sean pocos los casos en que el legislador dé el paso de cuestionar la jurisprudencia constitucional. Pero que sean pocos no quita relevancia a esta estrategia como potencial contrapeso democrático. La nueva regulación del aborto de 2010, por ejemplo, establece un sistema de plazos que entra en tensión con la doctrina del TC establecida en la sentencia 53/1985. El legislador puede tener buenas razones para que se revise la lectura de la Constitución por la que el TC se inclinó hace más de 27 años, y que se expresó en una sentencia que sólo fue apoyada por la mitad de los magistrados (razón por la cual el presidente del TC tuvo que hacer uso del voto de calidad para deshacer el empate). De modo análogo, la nueva regulación sobre la prescripción penal contenida en la reforma del Código Penal de 2010 entra en colisión, al menos en parte, con la jurisprudencia del TC en la materia (véase la STC 63/2005, entre otras). En este caso, la legitimidad de la reacción legislativa viene reforzada por el hecho de que la Fiscalía General del Estado y el Tribunal Supremo mantuvieron serias discrepancias técnicas con las tesis del TC.

En un país como España, en que la vía de la reforma constitucional está cerrada en la práctica como contrapeso al TC, hay que reconocer cierto margen para que se desarrollen estas respuestas legislativas. El TC ha de afrontarlas de modo constructivo, como ocasión para profundizar en el diálogo constitucional, sin ver en ellas un atentado a su autoridad interpretativa.

En este sentido, por ejemplo, el TC pecó de automatismo al enjuiciar el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su sentencia 31/2010. Con independencia de lo que opinemos acerca de los criterios sentados por el TC a lo largo de su jurisprudencia, el Estatuto, como portador de una nueva lectura de la Constitución en varios puntos importantes (lectura de la que se hicieron eco otros Estatutos aprobados con posterioridad), merecía un mejor trato argumentativo por parte del TC. No debió éste remitir, sin más, a la jurisprudencia existente. La ocasión obligaba a un razonamiento más profundo, en que se hiciera balance de los argumentos sustantivos en los que se basó en su día la construcción jurisprudencial cuestionada en parte por

la nueva norma estatutaria. También es verdad, por otro lado, que los promotores y defensores del Estatuto relativizaron en ocasiones de manera excesiva la novedad de planteamientos (la «radicalidad», si se quiere) del nuevo texto estatutario. Habría sido más útil para el debate político y jurídico que se hubieran indicado con franqueza los puntos en los que el Estatuto aspiraba a una manera distinta de ver la Constitución, preconizando, en consecuencia, una revisión parcial de la jurisprudencia elaborada hasta el momento por el TC.

5 · Una nota de Derecho comparado

Quisiera concluir estas reflexiones con una breve nota de Derecho comparado. Algún autor ha observado que la idea de «pluralismo interpretativo» en materia constitucional (esto es, la idea de que son varios los actores que participan en el proceso de especificar el contenido de los preceptos constitucionales) se concreta de modo distinto en Europa que en los Estados Unidos.¹¹ En Europa, tiende a aceptarse la supremacía interpretativa de los tribunales constitucionales frente a los órganos políticos. El carácter especializado de estos tribunales, y la existencia de un claro título en el texto constitucional para fundar jurídicamente su existencia y atribuciones, invita a concebirlos como máximos intérpretes de la Constitución. En el plano horizontal, pues, no hay mucho margen para el pluralismo. En el plano vertical, en cambio, se afirma la necesidad de que exista un diálogo entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de los principios fundamentales que son comunes a las tradiciones constitucionales de los diversos Estados, y que la Unión Europea abraza. Ni el Derecho de la Unión Europea ha adquirido la supremacía sobre el Derecho estatal que es típica de una organización federal, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede pretender una autoridad interpretativa tan rotunda como la que tendría en un Estado federal.¹²

11 Véase Daniel Halberstam, «Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States», en Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge University Press, 2009), pp. 326-355.

12 Sobre el pluralismo interpretativo en Europa en materia de derechos fundamentales, véase Aida Torres Pérez, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication* (Oxford University Press, 2009).

En los Estados Unidos, en cambio, el pluralismo interpretativo se manifiesta en la dimensión horizontal, más que en la vertical. Las lecturas de la Constitución efectuadas por el Tribunal Supremo son objeto de constante escrutinio por los órganos políticos, hasta el punto de que es perfectamente natural que los representantes políticos critiquen abiertamente las doctrinas judiciales con las que están en desacuerdo, y es frecuente que ensayen estrategias legislativas para minar la fuerza de esas doctrinas. Además, los debates y votaciones en el Senado en torno a los nombramientos judiciales propuestos por el Presidente permiten canalizar las presiones políticas en favor de un cambio de orientación jurisprudencial. En este contexto, no ha arraigado la noción de que el Tribunal Supremo es el intérprete «supremo» de la Constitución. La interpretación constitucional es vista como un proceso abierto y complejo en el que participan los órganos políticos, además de los tribunales.¹³ En cambio, en lo tocante a las relaciones verticales entre la federación y los Estados, los americanos han logrado afianzar el principio de supremacía federal, de modo que el Derecho federal prevalece sobre el estatal, y la interpretación de ese Derecho efectuada por los jueces federales, encabezados por el Tribunal Supremo, se impone claramente a la que elaboren los jueces estatales.

El contraste entre Europa y Estados Unidos es inevitable, dadas las distintas tradiciones de las que parten. Pero quizás convenga «americanizar» un poco las prácticas europeas en esta materia. Tal vez debamos hacer un esfuerzo por «jerarquizar» las relaciones entre el ordenamiento europeo y los ordenamientos estatales, reforzando, entre otras cosas, la autoridad interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En cambio, puede ser conveniente relajar la supremacía interpretativa de los tribunales constitucionales en el plano interno. Aunque la regla general, según hemos visto antes, debe ser la deferencia en favor del criterio del Tribunal Constitucional, es legítimo que, bajo ciertas condiciones, los órganos políticos expresen su disconformidad con la jurisprudencia existente.

En el caso concreto de España, es necesario poner énfasis en la distinción entre supremacía interpretativa e indiscutibilidad. Podemos suscribir la noción de supremacía interpretativa que consagra el artículo 1 de la LOTC:

13 Para una buena panorámica de las teorías de diversos autores estadounidenses que han puesto énfasis en esta idea, y de sus repercusiones en el debate sobre el aborto, puede consultarse Robert Post & Reva Siegel, «Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash», 42 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (2007), pp. 373-433.

«El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución...». Ahora bien, precisamente porque el TC cuenta con instrumentos para imponer su criterio frente a los órganos políticos, debe ser especialmente cuidadoso a la hora de fijar y confirmar ese criterio. Justamente porque es el supremo intérprete de la Constitución, sus posiciones deben estar sujetas a la crítica. El TC debe ser sensible a los movimientos legislativos que expresan una nueva visión constitucional de las cosas. Aunque siempre puede insistir en su doctrina consolidada, debe antes reexaminar la cuestión controvertida con apertura de miras.

En este sentido, no deja de chirriar la afirmación del TC en la sentencia 31/2010, cuando dice que «en su condición de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e *indiscutible*— de las categorías y principios constitucionales» (FJ 57; la cursiva es nuestra). El TC parece presentar su supremacía interpretativa como si fuera equivalente a infalibilidad, lo que no es correcto.¹⁴

Una mayor disponibilidad al diálogo con los órganos democráticos es sumamente recomendable para reforzar la legitimidad de la justicia constitucional. La jurisprudencia, en definitiva, es vinculante, pero ello es compatible con la existencia de vías por medio de las cuales los órganos políticos pueden empujar a los tribunales a reorientar su jurisprudencia en nuevas direcciones.

14 Sobre ello, Carles Viver Pi-Sunyer, «El Tribunal Constitucional, ¿«siempre, només... i indiscutible»? La funció constitucional dels Estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, número 12 (2011), pp. 363-402.

LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid.
Juez del Tribunal Europeo de Derechos
Humanos*

La protección por la jurisdicción constitucional de la supremacía de la Constitución sobre el resto de las normas implica, lógicamente, que los poderes públicos, y notablemente el legislador, queden vinculados por las decisiones al respecto del Tribunal Constitucional. Esta exigencia lógica se ve por otra parte plasmada en nuestro Derecho positivo en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece que «*las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad (...) vincularán a todos los poderes públicos*».¹ Esa vinculación se extiende también al poder legislativo, y la presente exposición se refiere a un aspecto reflejo de la misma, como es la posición de la jurisdicción constitucional como eventual garante de la sujeción del legislador a las decisiones declaratorias de la inconstitucionalidad de una norma legal.

Desde luego, una primera consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma debiera ser la desaparición de ésta del mundo jurídico, con las precisiones que son del caso: bien en forma inmediata, bien dentro de un plazo, bien de manera establecida formalmente, bien como consecuencia práctica de la declaración de inconstitucionalidad, aun si permanece la norma *on the books*. Pero evidentemente, y al menos a primera vista, parece que, en virtud de la declaración de inconstitucionalidad, la norma legal no sólo debería dejar de existir, sino que, además, no podría ser reintroducida válidamente en el ordenamiento, en tanto se mantuviera el mismo

¹ Ver al respecto A. Gomez Montoro, «Comentario al artículo 38» en VVAA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE, 2001, pp. 553 y ss.

marco constitucional. En otras palabras, podría suponerse que la declaración de inconstitucionalidad impide al legislador volver a aprobar una norma idéntica a la así declarada. Si así lo hiciera, de todas formas, la norma en cuestión incurriría (o mejor dicho, seguiría incurriendo) en tacha de inconstitucionalidad, declarable de nuevo por la jurisdicción constitucional.

Así y todo, la experiencia muestra que en muchos casos, al entrar en conflicto la voluntad del legislador, o su interpretación de la Constitución, con la interpretación dada previamente por la jurisdicción constitucional, el legislador no ha dudado en reproducir en sus disposiciones normas declaradas inconstitucionales. Ello coloca a la jurisdicción constitucional en tales circunstancias ante la necesidad de enfrentarse con un nuevo examen de constitucionalidad.

Debe precisarse que la línea lógica expuesta (declaración de inconstitucionalidad, desaparición de la norma, prohibición de reintroducción de la misma, eventual nueva declaración de inconstitucionalidad si así se hiciera) no puede predicarse como válida en todos los casos, ya que otros factores pueden interferirse en el proceso, haciendo posible que el legislador vuelva a aprobar una norma con el mismo contenido que la declarada inconstitucional, sin que ello conduzca a una nueva declaración de inconstitucionalidad. Cabe, por ejemplo, que desaparezca la premisa mayor, esto es, la previsión constitucional afectada, mediante la correspondiente reforma constitucional:² cabe también que el ordenamiento jurídico permita expresamente al poder legislativo desoír la decisión de la jurisdicción constitucional.³

Un ejemplo de esta segunda posibilidad es el representado por la llamada *notwithstanding clause* (*clausule dérogatoire*, en la versión francesa) incluida en el artículo 33 de la Carta canadiense de Derechos y Libertades. De acuerdo con esta cláusula, el parlamento nacional, o las legislaturas provinciales, pueden declarar expresamente en un texto legal que ese texto tendrá vigor, aún en contradicción con los derechos reconocidos en los artículos 2 y 7 a 15 de la Carta.⁴ Ello quiere decir que en virtud de tal decla-

2 Ver por ejemplo las consideraciones de V. Ferreres en «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas» en VVAA, *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 11-41, esp. pp. 21-24, apartado «El control democrático a través del poder de reforma».

3 Además, naturalmente, de que no se ejerza acción alguna de inconstitucionalidad, directa o indirectamente.

4 Una exposición al respecto puede encontrarse en T. Kahana, «Understanding the Notwithstanding Mechanism» en *University of Toronto Law Journal*, 52(n.2) 2002, pp. 221-274.

ración ese texto se convertirá en inmune a todo control judicial de constitucionalidad en relación con esos artículos; y aún más, que si hubiera ya una declaración judicial de inconstitucionalidad respecto de una disposición legal por contradicción con los mismos, la cláusula *notwithstanding* permite al Parlamento o legislatura aprobar una nueva ley con el mismo contenido, a pesar de la previa declaración de inconstitucionalidad. Esa ley quedará blindada, durante el periodo de vigencia de la cláusula (cinco años, renovables indefinidamente) frente a todo juicio de inconstitucionalidad. Como ejemplo, tras la declaración por el Tribunal Supremo de Canadá, en los casos *Ford c. Quebec* y *Devine c. Quebec* (1988) estimando inconstitucional la disposición contenida en una ley de Quebec relativa al uso exclusivo del idioma francés en los rótulos externos de establecimientos comerciales, la legislatura de la provincia aprobó una nueva ley, con idéntica disposición, invocando la *clausule dérogatoire*. En consecuencia, la ley de Quebec, pese a oponerse directamente al tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo, quedó exenta de toda revisión jurisdiccional, hasta su posterior reforma por la Asamblea de la provincia.

Aún así, no parece que este tipo de soluciones (del tipo de la reforma constitucional o de la *notwithstanding clause*) sean suficientes para evitar que los Tribunales Constitucionales hayan de enfrentarse con nuevos exámenes de constitucionalidad de normas ya revisadas anteriormente. En cuanto a la *notwithstandig clause*, se trata de un mecanismo que sin duda constituye una peculiaridad del sistema constitucional canadiense y representa una forma un tanto exótica y difícilmente aplicable de solucionar posibles confrontaciones entre la voluntad parlamentaria y la interpretación de la Constitución efectuada por la jurisdicción constitucional. Por lo que se refiere a la reforma constitucional como vía de remediar tal tipo de confrontación, en muchos casos representa una vía sumamente dificultosa, tanto en cuanto a los trámites que exige como en cuanto al apoyo político o electoral que requiere. En no pocos casos, pues, ante una eventual persistencia de legislador la jurisdicción constitucional tendrá que enfrentarse de nuevo a una tarea de reexamen.

En ausencia de una reforma constitucional, si una asamblea legislativa aprueba de nuevo una norma declarada inconstitucional, lo más probable es que ello se deba a la confianza (o al menos la esperanza) de que el Tribunal Constitucional haya cambiado su opinión sobre la interpretación que deba darse a la Constitución, y considere ahora como acorde con el texto constitucional lo que en su momento consideró contrario al mismo. Ello supone plantear al Tribunal Constitucional la posibilidad de un cambio de doctrina.

Quizás no sea del todo impertinente a este respecto una pequeña digresión en relación con la práctica española. Las oportunidades del legislador de conseguir un cambio en la posición del Tribunal Constitucional respecto de normas ya declaradas inconstitucionales serían mucho más reducidas si el Tribunal hubiera admitido la tesis de la reforma constitucional encubierta que se le planteó en relación con el caso *Estatuto de Cataluña* (2006). Como se recordará, el Tribunal hubo de pronunciarse sobre una demanda de amparo planteada por el Grupo Popular del Congreso frente a la calificación por la Mesa del Congreso como propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de un proyecto que los recurrentes consideraban contrario a la Constitución, que por lo tanto, representaba en realidad, y en su opinión, una propuesta de reforma constitucional (aunque encubierta) y que por ello, debería seguir un trámite distinto del legislativo. Si el Tribunal hubiera admitido (y eventualmente estimado) este recurso de amparo, ello hubiera supuesto una notable dificultad, en el futuro, para que pudieran presentarse, para su discusión y aprobación parlamentaria mediante el correspondiente procedimiento legislativo, proyectos de ley que recogieran normas ya declaradas inconstitucionales, ya que siempre cabría aducir que en realidad, lo que se perseguiría sería una reforma constitucional encubierta. Sólo podrían tramitarse esos proyectos, dentro de la mencionada lógica, por los cauces de la reforma constitucional.

El rechazo e inadmisión del recurso de amparo supuso que una posible vía de escape del Tribunal para evitar pronunciarse sobre mandatos ya declarados inconstitucionales no fuera ya utilizable. Como consecuencia, y de mantenerse la doctrina sentada en el caso citado, cabe concluir que no habrá obstáculo formal para que el Parlamento pueda tramitar como normas legislativas proyectos que contengan mandatos ya declarados contrarios a la Constitución, sin necesidad de seguir el procedimiento de reforma constitucional.

Volviendo al planteamiento general del tema (esto es, el reexamen por la jurisdicción constitucional de una norma legislativa que contenga mandatos ya declarados inconstitucionales), en términos de estricta lógica formal, la nueva norma debiera seguir el mismo destino de la anteriormente declarada inconstitucional, si tiene el mismo contenido que ésta. No obstante, la realidad muestra que éste no es siempre el caso. La justificación (desde el punto de vista del legislador) para introducir una norma de éste tipo, consistente en confiar en un cambio de opinión del Tribunal no se ha visto desmentida en todo caso. Pues efectivamente, la alteración, a veces radical, de las líneas

jurisprudenciales no es en modo alguno un fenómeno desconocido en Derecho español y comparado.

La separación de los propios precedentes por parte de la jurisdicción, y en concreto por parte de la jurisdicción constitucional, ha sido materia objeto de amplio estudio por la doctrina constitucionalista. Como es lógico, debido a la más prolongada experiencia en este tema, es el ejemplo norteamericano el más citado. Son numerosos los estudios sobre la práctica del *overruling*, y puede decirse que existe un cierto consenso (tanto en los ámbitos académicos como judiciales) en cuanto a las condiciones para su admisibilidad.⁵

El punto de partida es bien conocido. La coherencia por parte de un Tribunal en cuanto al contenido de sus decisiones aparece como un elemento esencial para su propia legitimidad. Si bien es posible que un mismo texto sea interpretado en forma distinta, la garantía de que la interpretación aplicada en cada caso por el mismo Tribunal no es fruto de la arbitrariedad o el favor es sin duda la consistente en que, una vez establecida la posición del Tribunal, tal posición se mantendrá en forma uniforme.⁶ Queda así preservado el principio de seguridad jurídica, así como la necesaria apariencia de imparcialidad del Tribunal, sujeto a las mismas líneas interpretativas en los diversos casos que haya que resolver.⁷ El principio *stare decisis* (tanto en su versión estricta de autovinculación del mismo Tribunal, como en su versión amplia, que añade la vinculación de los Tribunales a los principios sentados por los Tribunales superiores)⁸ se revela así como condición inherente a un sistema judicial conforme a Derecho.

5 Me remito en gran manera, en las consideraciones que siguen a un ya clásico artículo sobre la cuestión, el de A. P. Blaustein y A. H. Field, «Overruling Opinions in the Supreme Court» en *Michigan Law Review*, 2 (57) 1958, pp. 151-194. Para visiones posteriores, J. D. Noland, «Stare Decisis and the Overruling of Constitutional Decisions in the Warren Years» *Valparaiso University Law Review*, 1 (4) 1969, pp. 101-135, y R. Post y R. Soegel, *Roe Race: Democratic Constitutionalism and Backlash» en Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42 (2007) pp. 373-433.

6 En expresivos términos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Chapman v. U.K* (2001), párr. 70: «Sin estar formalmente obligado a seguir alguna de sus decisiones anteriores el Tribunal considera que en interés de la seguridad jurídica, de la previsibilidad y de la igualdad ante la ley, no debe apartarse, sin un motivo válido, de sus precedentes».

7 Sobre esta cuestión, G. Rosado Iglesias, «Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia» en *Cuadernos de Derecho Público*, 28 (2006) pp. 83-123.

8 El autor de estas líneas se ha ocupado con alguna anterioridad de esta cuestión: ver su trabajo «El Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis*», en VVAA, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II, pp. 1437-1455. Como comentario crítico al mismo, ver E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 165 y ss.

Ahora bien, también parece evidente que ello no debe conducir a una petrificación absoluta de la jurisprudencia. Ni los ordenamientos positivos establecen tal petrificación (más bien, al contrario, prevén los supuestos y condiciones para su alteración: así, el artículo 13 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, o, implícitamente, el artículo 30 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) ni la práctica de los Tribunales la consagra. No cabe negar la conveniencia y en ocasiones la necesidad de que los Tribunales alteren o incluso contradigan su anterior jurisprudencia. El problema, desde luego, es cómo conjugar esa conveniencia o necesidad con las exigencias derivadas tanto de la seguridad jurídica como de la necesaria apariencia de imparcialidad de los Tribunales. Por ello, el cambio jurisprudencial debe estar sólidamente razonado, para evitar sospechas de arbitrariedad y para garantizar la solidez y permanencia de los nuevos criterios jurisprudenciales adoptados.

No faltan exposiciones sobre los motivos que pueden legítimamente justificar un cambio de jurisprudencia. Siguiendo un análisis ya clásico,⁹ pueden diferenciarse varios tipos de *overruling*, y sus correspondientes justificaciones.

Se distingue así, primeramente, aquellos supuestos en que el cambio de jurisprudencia se revela como necesario, incluso en estrictos términos de seguridad jurídica. Tal podía ser el caso de existencia de precedentes contradictorios, que exijan la consolidación de una posición definitiva, despejando la discrepancia entre interpretaciones anteriores. También sería el caso cuando el precedente anterior resultase absolutamente impracticable, o cuando derivara de un error manifiesto y reconocido. Otro supuesto sería aquella situación derivada de una progresiva introducción de matizaciones y precisiones de una jurisprudencia anterior que la fueran convirtiendo en irreconocible (lo que se ha llamado deterioración de la jurisprudencia) y que forzaría a una clarificación definitiva.

Un segundo tipo de *overruling* sería el que apareciera justificado, si no como estrictamente necesario, sí como muy conveniente, a la vista de innegables cambios en las circunstancias sociales, económicas o culturales de una sociedad. Los ejemplos que suelen aducirse, en la literatura norteamericana, serían por ejemplo, las alteraciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materias de segregación racial (caso *Brown v. Topeka* frente a *Plessy v. Ferguson*) y de intervención del Estado en la vida econó-

⁹ Blaustein y Field, *cit.*

mica (casos *New Deal*) derivados de una evolución, admitida con generalidad, en las condiciones de la vida económica, o en la evolución de la conciencia moral de la comunidad.

Ambos tipos de alteración de la jurisprudencia (*overruling* necesario o conveniente) serían compatibles, debidamente motivados, con la seguridad jurídica y el necesario prestigio de los Tribunales. Desde luego, y sobre todo en lo que se refiere al segundo tipo de cambios, siempre cabrá la objeción de que las supuestas alteraciones de las circunstancias sociales y económicas que los justifican responderían a apreciaciones subjetivas o ideológicas de los miembros del Tribunal, que se convertiría así, frente al principio de seguridad jurídica, en instrumento de las opciones políticas, ideológicas o partidistas del momento. Ciertamente, un cambio jurisprudencial de este tipo, que trasladara al campo jurisdiccional la alternancia en el poder de las opciones políticas en presencia, parece difícilmente justificable. Lo que en el plano de los poderes legislativo y ejecutivo es aceptable, y aún necesario en todo sistema democrático, esto es, la alternancia en cuanto a las opciones a adoptar por los poderes públicos, no lo es en lo que se refiere a la aplicación judicial de las normas, y especialmente las normas constitucionales, si se quiere mantener una comunidad en que los conflictos planteados ante los Tribunales se basen en la preeminencia del Derecho, y no en consideraciones de oportunidad o preferencia ideológica o partidista. Desde luego, siempre cabrán dudas sobre si un cambio de jurisprudencia es resultado de una reflexión en profundidad por parte del Tribunal o si es un mero resultado de cambios coyunturales en su composición. Ahora bien, no faltan elementos para comprobar si el cambio jurisprudencial obedece a factores objetivos y verificables, y a no a una mera traslación de la alternancia en los poderes legislativo o ejecutivo.

Por ejemplo, un cambio jurisprudencial se vería objetivamente justificado si, como se apuntó más arriba, apareciera como culminación de una evolución jurisprudencial que hubiera ido matizando la jurisprudencia anterior. Igualmente, la aparición y frecuencia de votos particulares sería un síntoma de la posibilidad y conveniencia de un cambio. Por otra parte, el distanciamiento temporal respecto de los precedentes afectados sería muestra de que el cambio no se debe a preferencias ideológicas del momento. En los ejemplos que suelen citarse, respecto de la práctica norteamericana, se distinguen supuestos en que el cambio jurisprudencial se produce respecto de decisiones muy anteriores (a veces más de cien años: caso del cambio que supuso la sentencia *Pollock v. Farmers' Loan and*

Trust, de 1895, frente a *Hylton v. U.S.*, de 1796) de otros en que se alteran líneas jurisprudenciales sentadas con muy poca anticipación, o bien en que en corto espacio de tiempo se produce una sucesión de alteraciones contrapuestas de los propios precedentes.

Los ejemplos de cambios de jurisprudencia no son difíciles de encontrar, también en supuestos más cercanos. En el caso español, cabe señalar por ejemplo el cambio que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1991 (caso *Riaño*) respecto de la número 22/1984 (caso *Tomás Pravia*), en materia de necesidad de autorización judicial adicional, para ejecutar una decisión de la jurisdicción contencioso administrativa; así como la modificación que la STC 69/1988 (caso *Etiquetaje*) representó frente a la 32/1981 (caso *Diputaciones catalanas*) en cuanto a la exigencia de requisitos formales de la legislación básica; o bien la alteración que la sentencia 341/1993, caso *Ley de Seguridad Ciudadana*, supuso respecto de la STC 98/1986 (caso *Hernández Rodero*) o la que llevó a cabo la STC 158/1997 (caso *Ley Hipotecaria II*) respecto de la STC 6/1992 (caso *Ley Hipotecaria I*), en lo que atañe a la posibilidad de intervención de terceros arrendatarios en el proceso ejecutivo hipotecario abreviado.

En otro nivel, similares cambios de jurisprudencia pueden encontrarse en la práctica del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Valga citar como ejemplo la variación que supuso la sentencia en el caso *Scoppola c. Italia* (2009) frente a jurisprudencia anterior, en cuanto a los efectos retroactivos de normas penales más favorables: o la sentencia *Batyatyan c. Armenia* (2011) reformando la posición anterior del Tribunal respecto de la cobertura, por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a la libertad religiosa) de la objeción de conciencia por motivos religiosos al servicio militar.¹⁰

Ahora bien, una consideración adicional es necesaria. En lo que se refiere a la revisión de la constitucionalidad de normas legislativas, cabe distinguir dos supuestos distintos. El más usual es aquel en que la jurisdicción constitucional, sobre todo en materia de derechos fundamentales, viene a limitar la libertad de acción del legislador, considerando que determinadas conductas, antes consideradas compatibles con la Constitución, han deve-

¹⁰ Para un análisis de los cambios en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Dragoljub Popovic, *The Emergence of the European Human Rights Law. An Essay on Judicial Creativity*, La Haya, Eleven International Publishing, 2011, Capítulo V «Overruling Precedents» pp. 91-110.

nido incompatibles con ella. El caso clásico es el representado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano respecto de la segregación racial en las escuelas, de acuerdo con la cláusula «separados pero iguales»; si la sentencia *Plessy v. Ferguson* aceptó la constitucionalidad de este tipo de normas segregadoras en 1896, en su decisión en el caso *Brown v. Topeka*, en 1956, vino a suprimir la libertad del legislador en este aspecto. En estos supuestos, el papel activo o innovador, en el proceso de *overruling*, corresponde al juez, que introduce respecto de normas preexistentes, un nuevo elemento, el juicio de inconstitucionalidad.

Pero puede darse otro tipo de supuestos; aquellos en que, por el contrario, el órgano de la jurisdicción constitucional amplía la libertad de acción del legislador, al considerar acordes con la Constitución normas que previamente había declarado contrarias a ella. En estos casos, la iniciativa, por así decirlo, para el cambio en la jurisprudencia constitucional le corresponde al legislador, en cuanto procede a reintroducir en el ordenamiento una norma previamente anulada (formal o prácticamente) por la jurisdicción constitucional. Si esa norma no tiene el carácter formal de reforma o enmienda constitucional, corre evidentemente el riesgo de volver a ser declarada inconstitucional, a menos que la jurisdicción constitucional altere su criterio anterior. Esta alteración se produjo, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos, ya citada, *Pollock v. Farmers Loan and Trust* (1895), que alterando radicalmente la jurisprudencia sentada en 1796, en *Hylton v. U.S.*, hizo posible la introducción del impuesto directo sobre la renta. Más conocido es el supuesto de las sentencias del Tribunal Supremo que, revocando su doctrina previa, en el sentido de considerar inconstitucionales (a nivel federal o estatal) diversas medidas de intervención del legislador en la vida económica y social, vinieron a reafirmar la legislación del *New Deal* que de nuevo introducía, a nivel federal, esas medidas: tal sería el caso, por ejemplo, de la sentencia dictada en *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) que dejaba sin efecto la doctrina sentada en *Lochner v. New York* en 1905.

En este tipo de casos, el legislador, apoyándose en la existencia de circunstancias que deberían posibilitar un cambio de jurisprudencia (como necesario, o al menos como muy conveniente, según la clasificación arriba expuesta) corre un evidente riesgo, como es el de que la jurisdicción constitucional, manteniendo su posición anterior, vuelva a declarar inconstitucional la (nueva) norma. El legislador, por tanto, para adoptar su decisión, deberá ponderar la presencia o no de los factores arriba expuestos, como

son la existencia de cambios sociales y económicos que el Tribunal puede tener en cuenta en su labor interpretativa, y la posible evolución en la opinión del Tribunal, manifestada en votos particulares, en precisiones o matizaciones de su jurisprudencia anterior, o en cambios en la composición del Tribunal que puedan traducir a la práctica esta evolución.¹¹

A estos factores deba posiblemente añadirse otro, a la vista de la misma naturaleza de la jurisdicción constitucional, y de las funciones que debe cumplir. Cabe suponer que el cambio en la jurisprudencia constitucional será más difícil en aquellas materias que se refieran al contenido y las garantías de los derechos individuales (sobre todo cuando el cambio sea en dirección ampliatoria de la libertad del legislador, esto es, aceptando como ajustada a la Constitución la obra legislativa que anteriormente se consideró contraria a ella) y más fácil en temas relativos a la estructura y funcionamiento de los poderes del Estado, esto es, lo que usualmente se denomina la parte orgánica de la Constitución. Parece claro que el régimen de derechos y libertades constitucionales afecta de manera directa y general a la misma esfera personal de los ciudadanos, de manera que debe gozar de especial seguridad y firmeza. A ello debe unirse la evidente tendencia, manifestada, al menos a largo plazo, en la cultura política democrática, a una progresiva ampliación de los ámbitos de libertad y autonomía de decisión de los ciudadanos. Por ello, resulta mucho más previsible que la jurisdicción constitucional actúe en forma expansiva de tales derechos y libertades, más que en forma restrictiva. En otras palabras, parece más probable que la jurisdicción constitucional vaya progresivamente cerrando el ámbito de capacidad restrictiva de esos derechos de los poderes públicos, considerando inconstitucionales restricciones que anteriormente consideró acordes con la Constitución (y aquí podríamos traer de nuevo el ejemplo clásico de *Plessy v. Ferguson*) que en forma contraria, esto es, aceptando de nuevo la legitimidad constitucional de restricciones vetadas anteriormente. En la filosofía subyacente al constitucionalismo, los derechos de las personas forman parte del núcleo esencial del ordenamiento, y por ello, su definición (constitucional, legal o jurisprudencial) debe ser lo más precisa y estable que sea posible, si se quiere mantener el necesario nivel de segu-

11 Para la actuación del legislador como estímulo respecto de una eventual alteración de la jurisprudencia constitucional, ver Carles Viver Pi-Sunyer, «El Tribunal Constitucional, ¿“siempre sólo...e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011) pp. 319-351, esp. p. 343 y bibliografía allí citada.

ridad jurídica que exige un Estado de Derecho. Toda modificación jurisprudencial de su contenido (y más si se trata de una modificación restrictiva) debe por tanto considerarse como necesitada de especial justificación; justificación que, además, y dada la entidad valorativa de los derechos y libertades, difícilmente podrá apoyarse en consideraciones basadas en la apreciación de circunstancias económicas o sociales.

Otra es la situación de las decisiones, tanto legislativas como jurisdiccionales, relativas a la parte orgánica de la Constitución. Aun cuando, desde luego, esas decisiones tendrán considerables consecuencias en la situación de los ciudadanos, tales consecuencias serán usualmente de índole más general e indirecta que las referentes a los derechos individuales. Por ello, resultará más relevante para un posible cambio jurisprudencial al respecto la apreciación de las circunstancias o el contexto social en que esas decisiones se produzcan. Las objeciones al cambio jurisprudencial serán menos intensas en lo que se refiere a la interpretación jurisdiccional de las disposiciones orgánicas de la Constitución, por cuanto este tipo de preceptos, y frente a lo que ocurre respecto de derechos y libertades, tiene en gran manera un carácter instrumental o utilitario, y por ello su interpretación se encuentra más condicionada por la apreciación de la evolución de las circunstancias y contexto en que deben aplicarse. Valga como ejemplo la evolución, en la jurisprudencia norteamericana, de la interpretación de las cláusulas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre Federación y Estados, a medida que aumentaba la interrelación y complejidad de la vida económica del país: evolución, que por otra parte, debe señalarse que no se ha producido en forma unidireccional (en beneficio siempre de los poderes de la Federación) sino en forma muy matizada, atendiendo a las peculiaridades del caso, y teniéndose en cuenta, incluso, por el Tribunal Supremo, un principio de deferencia al legislador estatal, llegando el Tribunal Supremo a alterar su doctrina previa para tener en cuenta en forma preferente las decisiones adoptadas en el nivel estatal.¹²

¹² Blaustein y Field, *op. cit.* p. 169.

CÓMO VINCULA LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LOS LEGISLADORES

MARÍA ÁNGELES AHUMADA RUIZ

*Profesora de Derecho Constitucional
de la Universidad Autónoma de Madrid
y letrada del Tribunal Constitucional*

SUMARIO: Presentación. 1. El legislador y el intérprete supremo de la Constitución. Breve referencia al caso americano. 2. La «vinculación de todos los Poderes Públicos» a las decisiones del Tribunal Constitucional. 3. El efecto de la «cosa juzgada» de las sentencias constitucionales y el legislador. 4. El seguimiento legislativo de las decisiones y la doctrina del Tribunal Constitucional. 5. La «prohibición de repetición» de leyes iguales a otras declaradas inconstitucionales. 6. El intérprete supremo y la «reserva de interpretación constitucional».

Presentación

¿Está el legislador obligado a adecuar las leyes a la jurisprudencia constitucional? ¿Puede la ley modificar o alterar la jurisprudencia constitucional? La ley que se aparta o no sigue la jurisprudencia constitucional, ¿es por este motivo inconstitucional? ¿En qué medida la vinculación del legislador a la Constitución resulta intervenida o interferida por la jurisprudencia constitucional? Por último, si la jurisprudencia constitucional vincula de algún modo al legislador, ¿cómo se controla y se hace efectiva tal vinculación?

Todas estas preguntas están implícitas en la cuestión que da título a este trabajo y de ellas se trata en las páginas que siguen. Es una primera aproximación, como se verá, que si algo deja en claro es que no hay respuestas tajantes.¹ Esto no es decir que sea un puro terreno de opiniones que

1 El seminario «Com vincula la jurisprudencia constitucional els legisladors?» organizado por el Institut d'Estudis Autonòmics y celebrado el 28 de octubre de 2011 en el Palau Centelles fue la

deba desalentar cualquier intento de racionalización. Todo lo contrario. La cuestión de la vinculación del legislador a la jurisprudencia constitucional tiene indudable trascendencia teórica y práctica y entronca con algunos de los «grandes temas» de la jurisdicción constitucional, como la relación del Tribunal Constitucional y el legislador, o la posición del Tribunal Constitucional entre los poderes del Estado y, particularmente, frente a las «ramas políticas del gobierno». Precisamente, advertir esta conexión nos pone sobre aviso del peso que los prejuicios teóricos —también «ideológicos»— tienen en nuestro asunto, pero igualmente nos indica que en su tratamiento se impone cierta obligación de coherencia.

Es opinión ampliamente compartida entre los estudiosos de la justicia constitucional que introducir la jurisdicción constitucional implica encontrarse, antes o después, con un sistema de «supremacía judicial».² Si esto debe considerarse algo consustancial al funcionamiento del sistema, un mal menor o una patología, es otra cuestión, sobre la que el debate está lejos de agotarse.³ En el plano teórico, entonces, la función de un Tribunal Constitucional puede caracterizarse en términos más o menos ambiciosos o, por el contrario, modestos y limitados. Lo que ahora interesa resaltar es que esa caracterización inicial de la función del Tribunal condicionará —siquiera por razones de coherencia— algunas de las respuestas a las preguntas que hemos formulado. Desde luego va a incidir en la noción que se acoja de la

ocasión de debatir sobre estas cuestiones. El presente texto tiene en cuenta las observaciones, consideraciones y argumentos que se pusieron de manifiesto durante la discusión.

- 2 «*Judicial review becomes judicial supremacy when the Court's opinion is taken to be final*» [«El control judicial de constitucionalidad se convierte en supremacía judicial cuando la opinión del Tribunal Supremo es considerada concluyente»], R.J. Lipkin, «What's wrong with judicial supremacy? What's right about judicial review?», *Widener Law Review*, vol. 14:1 (2008), p. 6. La conclusión se resume en la frase famosa de Charles Evans Hughes, «estamos sujetos a la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es» (pronunciada, por cierto, cuando era Gobernador de Nueva York, antes de convertirse en juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos). La teorización del fenómeno, considerado de alcance global y conectado con el «nuevo constitucionalismo» en Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press (2004).
- 3 Un resumen del debate americano en Abner S. Greene: «Against Interpretive Obligation (To the Supreme Court)», *Fordham Law Review*, vol. 75:3 (2006), pp.1661 y ss.; y, desde otro punto de vista, Frederick Schauer, «Judicial Supremacy and the Modest Constitution», *California Law Review*, vol. 92 (2004), p. 1045 y ss. Entre nosotros, un excelente análisis del problema (constitucional) de dejar a un Tribunal la tarea de determinar en última instancia y con carácter vinculante el contenido de los enunciados constitucionales, en Juan Carlos Bayón, «Derechos, Democracia y Constitución», incluido en J.C. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

«natural» fuerza de obligar de las decisiones del Tribunal y, consiguientemente, hará más o menos fácil explicar o justificar ciertas extensiones de su eficacia vinculante. Por descontado, el rango de las respuestas también puede variar en función del enfoque que se prime: abstracto, teórico o normativo, o más práctico y atento a la realidad y la experiencia de los casos.

1 · El legislador y el intérprete supremo de la Constitución. Breve referencia al caso americano

Este trabajo se ciñe al caso español de modo que sus coordenadas son las premisas teóricas y normativas de nuestro sistema de justicia constitucional y la experiencia de su funcionamiento en la práctica. ¿Prescindiendo por completo de lo que sucede en otras jurisdicciones constitucionales? No tanto. La teoría de la jurisdicción constitucional es inevitablemente «comparada» y, al menos en sus fundamentos básicos, ha estado y está enormemente influida por la experiencia americana.

Decía Favoreu que los Tribunales Constitucionales europeos, confesadamente o no, siempre han aspirado a ser como el Tribunal Supremo de Estados Unidos.⁴ Por supuesto, no en cuestiones de organización o composición, sino por la influencia, poder y autoridad de este Tribunal: un verdadero «supertribunal», que asume como misión distintiva la de mantener viva la Constitución y asegurar su supremacía. Para mejor cumplir con esta especialísima misión, el propio Tribunal ha afirmado el principio según el cual, siendo el órgano supremo en la interpretación del derecho de la constitución, sus decisiones en materia de interpretación y aplicación de la constitución son *supreme law*.⁵ Aunque esta «inferencia» ha sido tradicionalmente discutida —por su escasa consecuencia lógica pero, sobre todo, por sus trascendentales consecuencias jurídicas y políticas—, el Tribunal sigue de-

4 «Los Estados europeos trataron de adoptar similares instituciones y prácticas. Hasta hace muy poco, especialmente en Francia, la justicia constitucional al modo americano tenía un carácter mítico —su imagen era sencilla y era el sistema ideal e inalcanzable—», L. Favoreu, «Constitutional Review in Europe», incluido en L. Henkin y A. Rosenthal (eds.): *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Constitution Abroad*, Columbia University Press (1990), p. 38.

5 Lo hizo en *Cooper v. Aaron* 385 U.S. (1958): «el poder judicial federal es supremo en la interpretación del derecho de la Constitución y ese principio ha sido siempre respetado desde entonces [*Marbury*] por este Tribunal y por este País como elemento caracterizador permanente e indispensable de nuestro sistema constitucional...».

fendiéndola como un requisito de funcionamiento del sistema, incluso un principio fundamental del edificio constitucional que invoca cada vez que parece ponerse en cuestión la autoridad de su doctrina.⁶ Quisiera referirme brevemente a algunas de las repercusiones concretas que tiene para el legislador esta afirmación por el Tribunal de la supremacía «por consecuencia» de su doctrina constitucional. Me parece que esta referencia puede servir muy bien de introducción para el posterior análisis del caso español.

El Tribunal Supremo federal ha considerado, por ejemplo, que si bien la Constitución encomienda al legislador federal la adopción de legislación apropiada para salvaguardar los derechos constitucionales frente a la actividad o inactividad de los Estados,⁷ esto no significa que corresponda al legislador definir con carácter previo el contenido y alcance de los derechos a preservar, mucho menos si tal contenido y alcance ya está fijado en decisiones del Tribunal Supremo. En consecuencia, que ni es función del legislador fijar, dejar establecida, la interpretación de la Constitución, ni puede una ley tener por objeto la modificación, alteración o derogación de un precedente constitucional.⁸ El Tribunal no niega que los precedentes constitucionales pueden ser revocados (*overruled*) y que la doctrina constitucional puede evolucionar y, por tanto, variar en el tiempo. Lo que afirma es el completo control sobre su doctrina y precedentes constitucionales, de tal manera que suya y solo suya es la decisión a propósito de cuándo y con qué alcance conviene modificar la doctrina constitucional o, llegado el caso, revocar un precedente.⁹ Este punto

6 Me he referido a la construcción jurisprudencial de este principio, claramente no contenido ni sugerido en la inaugural *Marbury*, en «*Marbury v. Madison* doscientos años (y más) después», *Fundamentos* 4 (2006), pp. 115-122.

7 La cláusula [«The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation»] aparece con las Enmiendas de la Reconstrucción (XIII, XIV, XV) y se reitera en las posteriores Enmiendas XIX, XXIV y XVI.

8 Así por ejemplo en *City of Boerne v. Flores* 521 U.S. (1997), pp. 507 y ss.

9 En *City of Boerne*, citada en la nota anterior, el Tribunal dice: «Cuando el Tribunal interpreta la Constitución, actúa en el marco de la competencia del Poder Judicial, que incluye el deber de declarar cuál es el derecho [*to say what the law is*]. *Marbury v. Madison* (...) Cuando las ramas políticas del Gobierno actúan contra el fundamento de una interpretación judicial de la Constitución precedente, deben saber que, en litigios posteriores, el Tribunal tratará a sus precedentes con el respeto que les debe de acuerdo con principios bien establecidos, que incluyen el *stare decisis*, y cualquier expectativa en contrario debe ser desalentada». Lo que es tanto como decir que el Tribunal se atendrá a su doctrina anterior. Sobre las peculiaridades de los precedentes constitucionales frente a precedentes «legales» o de «common law» y la dinámica del *stare decisis* constitucional, Henry P. Monaghan, «*Stare Decisis and Constitutional Adjudication*», *Columbia Law Review*, vol. 88:4 (1988) pp. 723-773; Michael J. Gerhardt, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, 60 *George Washington Law Review* (1991).

de vista no rechaza que el legislador pueda «invitar» (provocar, incitar) al Tribunal a revisar y modificar un precedente o una doctrina, pero —esto es lo definitivo— no puede imponer el cambio. En el caso de precedentes constitucionales claramente establecidos, el Tribunal ha entendido que el respeto a los intereses protegidos por el *stare decisis* constitucional, actúa en favor del precedente, incluso ante la duda o, todavía más, ante la convicción de que el precedente ya no representa el buen derecho.¹⁰ En *Dickerson*, un caso decidido en 2000, ante la posibilidad de que el legislador modificara los llamados «derechos *Miranda*» —la declaración de derechos que se le lee o se dice de viva voz al detenido en el momento de su detención para recordarle su derecho a guardar silencio y a contar con un abogado—, el Tribunal indicó que la declaración de los derechos de *Miranda* estaba «tan arraigada en la rutina policial que puede decirse que se ha convertido en parte de nuestra cultura nacional», de modo que «los principios de *stare decisis* pesan decisivamente contra su revocación».¹¹

En un libro reciente, el *Justice* Breyer del Tribunal Supremo, desarrolla la tesis de que en su tarea de salvaguardar la Constitución como «supremo derecho», el Tribunal debe orientar su labor al fin último de conseguir que la democracia funcione —*Making Democracy Work* es, precisamente, el título de esta obra.¹² En su opinión, el funcionamiento adecuado del sistema ha requerido de las ramas políticas del gobierno la aceptación de la autoridad de las decisiones del Tribunal Supremo, también de aquellas de las que discrepan. E insiste en la tesis del Tribunal de que la ley no puede desafiar a la doctrina constitucional. El tipo de vinculación a la doctrina judicial, tal y como lo describe, no parece, sin embargo, de carácter netamente jurídico:

«Los poderes públicos en América y el pueblo americano han aceptado con el tiempo como legítimas no solo las decisiones del Tribunal sino también su interpretación de la Constitución. El público ha desarrollado

¹⁰ El Tribunal Supremo expresó con claridad este principio en *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. (1992) pp.833 y ss, un litigio que le colocó en la situación de revisar *Roe v. Wade* (1973), la decisión que reconoció la libertad de las mujeres para decidir abortar: «While we appreciate the weight of the arguments ... that *Roe* should be overruled, the reservations any of us may have in reaffirming the central holding of *Roe* are outweighed by the explication of individual liberty we have given combined with the force of *stare decisis*».

¹¹ *Dickerson v. United States* 530 U.S. 428 (2000). Los derechos *Miranda* no están en la Constitución, aunque el Tribunal Supremo los dedujo del derecho constitucional a un proceso debido en *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966).

¹² Stephen Breyer: *Making our democracy work: a judge's view*, Alfred A. Knopf, NY (2010).

el hábito de seguir la interpretación del Tribunal, también aquella de la que discrepa profundamente. Hoy consideramos que el respeto a las decisiones del Tribunal es tan normal como respirar... pero esa confianza pública no hay que darla por supuesta. La confianza no surge automáticamente de la existencia de una constitución escrita. Debe ser construida, y una vez construida, mantenida».¹³

La experiencia vendría a demostrar que el reconocimiento de la especial autoridad del Tribunal Supremo en materia de interpretación de la Constitución ha contribuido a la larga a favorecer la lealtad institucional y a potenciar el diálogo entre los actores políticos y el Tribunal Supremo, a resultas de lo cual, la democracia constitucional se ha visto fortalecida. Con todo, ¿podríamos encontrar además una base constitucional sobre la que apoyar el principio de la «supremacía interpretativa»? ¿Cuáles son los inconvenientes que llevan a muchos constitucionalistas a recelar de lo que consideran un puro *ipse dixit* del Tribunal?

Seguramente, el principal efecto negativo es que alienta la confusión entre constitución y doctrina constitucional o, en la más gráfica expresión de Tribe, provoca la identificación del baile con quien lo baila. El juez Frankfurter consideró necesario recordar que «al final, la piedra de toque de la constitucionalidad es la Constitución misma y no lo que hemos dicho sobre ella», y para desasirse de las rigideces que una estricta comprensión del *stare decisis* constitucional impondría, su colega, el juez Douglas, advertía que el juez «ha de recordar, ante todo, que lo que ha jurado guardar y defender es la Constitución, no la glosa que sus predecesores puedan haberle ido añadiendo».¹⁴

Es verdad que el especialísimo papel reservado a los jueces y al Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de la Constitución, deriva de la consideración de este texto como auténtico derecho, premisa de la que se sigue que sean los jueces sus intérpretes cualificados —porque «es función propia de los jueces determinar cuál es el derecho»—. ¹⁵ No obstante,

¹³ *Op. cit.* en p. 71

¹⁴ La opinión de Frankfurter en, *Graves v. O'Keefe*, 306 U.S. (1939) pp. 491-492. La de Douglas en *Coleman v. Alabama*, 399 U.S. (1970) pp. 22-23. La «metáfora» de Tribe en su *American Constitutional Law*, Foundation Press, 2000 (3ª ed.), cuando analiza el asunto de los «otros intérpretes» en pp. 254-267.

¹⁵ *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1803) p. 177: «it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is».

el hecho de que la Constitución federal sea una norma que efectivamente constituye y organiza poderes y delega competencias —por lo tanto una norma que se dirige directamente al legislador, al Presidente, a los Estados— ha justificado tradicionalmente el reconocimiento de competencias propias y originales en materia de interpretación constitucional a estos actores políticos. El temprano desarrollo de la doctrina de las *political questions* en cuestiones constitucionales tiene que ver con este reconocimiento y algunas teorías de interpretación constitucional ponen en primer plano ese dato.¹⁶

A la vista de la experiencia americana, ¿cuál es la conclusión —si hay alguna— en cuanto a la fuerza vinculante de la doctrina constitucional sobre el legislador? Todo parece indicar que se trata como una cuestión de «deferencia» que no pone en cuestión el deber de acatamiento de las decisiones del Tribunal Supremo. Con el paso del tiempo, cuestiones de interpretación constitucional que fueron litigiosas en el pasado parecen quedar definitivamente cerradas en las decisiones del Tribunal Supremo. A eso hace referencia la doctrina académica con la expresión «*stare decisis* constitucional». Pero para que una doctrina constitucional consiga el status de doctrina bien establecida, es preciso que sea respetada y aceptada; dicho de otro modo, que los ciudadanos y sus representantes, la hagan suya y, llegado el caso, la reivindiquen.

16 «Cuestiones por su naturaleza políticas, o que están atribuidas por la Constitución o las leyes al Ejecutivo, nunca deben ser decididas por este Tribunal» se dice en *Marbury* (p. 170). La práctica de la *judicial review* ha generado una variedad de políticas de «deferencia» hacia los poderes políticos que culminan en las técnicas y reglas procesales de *avoidance*, que persiguen, precisamente, limitar el control de constitucionalidad a lo estrictamente imprescindible y, abiertamente, «evitarlo» siempre que un caso pueda ser resuelto conforme a derecho sin necesidad de proceder al control de constitucionalidad. En particular, sobre la doctrina de las cuestiones políticas (cuya evolución guarda un interesante paralelismo con la de la afirmación de la supremacía judicial), véase últimamente, Louis Michael Seidman, «The Secret Life of the Political Question Doctrine», *John Marshall Law Review*, vol. 37 (2004) 441-480 y Rachel E. Barkow, «More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy», *Columbia Law Review*, vol. 102 (2002) pp. 237 y ss. La reivindicación de espacio propio para la interpretación está presente en las teorías «departamentalistas», bien descritas por ejemplo en E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, ed. Prager (1987), especialmente pp. 82 y ss. El renovado auge de estas teorías es evidente al calor del llamado «constitucionalismo popular» alentado en obras como M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (1999) o Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, (2004). También alentado, para decirlo todo, por la jurisprudencia poco garantista de derechos civiles de los últimos tiempos del Tribunal Supremo.

Los «*overruling* legislativos» existen: unas veces han tenido éxito y otras no.¹⁷ Pese al tono de alarma que a veces se adopta en la disputa concreta es generalmente aceptado que forma parte del juego democrático y del proceso abierto que la Constitución garantiza, que el Congreso, el Presidente, las asambleas de los Estados, puedan defender las opciones políticas que consideran respaldadas por la mayoría o que entienden más beneficiosas para el interés general, incluso cuando tales propuestas ponen en cuestión una doctrina o interpretación del Tribunal Supremo. Pues como señaló el juez Brandeis del Tribunal Supremo:

«En los casos que implican a la Constitución Federal, en los que la corrección por medio de la ley es prácticamente imposible, este Tribunal ha revocado con frecuencia decisiones suyas anteriores. El Tribunal presta atención a las lecciones de la experiencia y a la fuerza del mejor razonamiento, y reconoce que el proceso de prueba y error, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado para la función judicial».¹⁸

2 · La «vinculación de todos los Poderes Públicos» a las decisiones del Tribunal Constitucional

La Constitución española que en el artículo 164 se refiere a los efectos de la sentencia constitucional, nada dice sobre el valor de la jurisprudencia constitucional ni sobre su carácter vinculante para los poderes públicos. La ley del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) es la que menciona el efecto de vinculación «a todos los Poderes Públicos» de las sentencias constitucionales recaídas en procesos de control de constitucionalidad (art.38.1 LOTC) y de las decisiones del Tribunal Constitucional que resuelven conflictos de competencia (art. 61.3 LOTC).

En qué consista la «vinculación de todos los Poderes Públicos» a la que alude la ley es algo por definir. Para empezar, no queda claro si es un efecto que se predica de todas las resoluciones del Tribunal Constitucional o

¹⁷ Abner J. Mikva and Jeff Bleich, «When Congress Overrides the Court», *California Law Review*, vol. 79: 3 (1991), pp. 729-750

¹⁸ *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 407 (voto discrepante Justice Brandeis). Sobre la colisión entre políticas públicas y la posición del actual Tribunal Roberts: H. Jefferson Powell «Reasoning about the irrational: the Roberts Court and the future of constitutional law», *Washington Law Review*, vol.86 (2011) pp. 217-279.

sólo de las sentencias y si alcanza a todos los procesos constitucionales o sólo a los dos tipos especificados por la LOTC. Por otra parte, dado que la Constitución no se refiere a este «efecto vinculante», sino que se limita a declarar que todas las sentencias constitucionales tienen efecto de cosa juzgada y, algunas, además, «plenos efectos frente a todos», cabe plantearse si el efecto vinculante es algo diferente y que se añade a aquellos.

De la pura exégesis del texto constitucional y de la ley del Tribunal no es de esperar mayor clarificación. Sí parece, en cambio, un dato a tener en cuenta, el influjo que la ley del Tribunal Constitucional alemán ha ejercido en la redacción de la LOTC, que seguramente explica la «aparición» en la ley de este efecto no contemplado en la Constitución. De modo que una forma de adentrarse en el significado del «efecto de vinculación a los poderes públicos» es atender a lo que la doctrina alemana asocia con el llamado «*Bindungswirkung*» de la sentencia constitucional.¹⁹ Pues bien, conforme a la interpretación más extendida —porque el asunto también es debatido en Alemania— con esta expresión se haría referencia a la vinculación de los poderes públicos a la doctrina constitucional tal y como se recoge en los fundamentos decisorios o *rationes decidendi* de las sentencias constitucionales [*tragende Gründe*]. Según esto, los poderes públicos no están simplemente obligados a cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva o, dicho de otro modo, lo que el fallo de la sentencia disponga. Los poderes públicos, además, habrán de conformar en el futuro su actuación a las pautas marcadas por la doctrina del Tribunal; y, en su calidad de aplicadores del derecho, quedan vinculados por los criterios sobre interpretación constitucional y aplicación del derecho «conforme a la Constitución» que el Tribunal establece con ocasión de la decisión de los casos que llegan a él.

Esta interpretación parece de acuerdo con lo indicado por el propio Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en la Sentencia 158/2004, cuando afirma que «la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las Sentencias de este Tribunal no se limita [...] al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi*» (FJ 4).

¹⁹ Es de notar el paralelismo entre los efectos de la sentencia según la ley alemana y la española: *Rechtskraft*, *Bindungswirkung* y *Gesetzeskraft* valen por cosa juzgada, eficacia vinculante y efectos generales o *erga omnes*. Ver por todos, Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, C.H. Beck (1991) y en España, R. Bocanegra Sierra, *El Valor de la Sentencia Constitucional*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, (1982).

En virtud del efecto de vinculación a los poderes públicos, por tanto, la doctrina contenida en las resoluciones del Tribunal debe ser tomada en cuenta por los poderes públicos en su actuación. Podríamos decir que provoca una expansión de la eficacia decisoria de las sentencias constitucionales, que además de decidir el litigio de que se trate mediante una resolución dotada de eficacia de cosa juzgada, tienen el efecto de dejar fijadas, con autoridad, cuestiones de derecho constitucional. La producción de este efecto es coherente con la posición institucional del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y órgano de solución de controversias a propósito de la interpretación de la Constitución y de la interpretación del derecho conforme a la Constitución. Salvando todas las distancias —y aunque la expresión no suene exactamente ideal en castellano— este efecto vinculante sería similar al efecto de «cosa interpretada» que se atribuye a las decisiones del Tribunal de Estrasburgo en materia de interpretación del alcance y contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos.²⁰

Este «efecto vinculante», por tanto, no se confunde con la general obligación de acatamiento de las decisiones del Tribunal Constitucional y cumplimiento de las específicas obligaciones derivadas de la ejecución de las mismas, que es a lo que se refiere el art. 87.1 de la LOTC cuando dispone que «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de los que el Tribunal Constitucional resuelva». Y esto a pesar de que el propio Tribunal parece haber mezclado en alguna ocasión los términos: «las Sentencias de este Tribunal, de las que deriva una doctrina —la doctrina constitucional—, como señala el art. 40.2 LOTC, tienen el valor de cosa juzgada (art. 164.1CE), de suerte que todos los poderes públicos, tal como prescribe el art. 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva cualquiera que sea el procedimiento en que lo haya sido. Los mencionados preceptos determinan, por sí solos, una eficacia de las Sentencias de este Tribunal que no se proyecta únicamente respecto de los hechos pretéritos que fueron el objeto del proceso, sino que se extiende de algún modo hacia el futuro» (STC 230/2003, FJ 6).

20 Argelia Queralt, «El alcance del efecto de cosa interpretada de las Sentencias del TEDH» incluido en, J. García Roca y P.A. Fernández Sánchez (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, CEPC (2009), pp. 229 y ss.; Enric Fossas Espadaler «Cosa interpretada» en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional», *RVAP*, núm. 82 (II), 2008, pp. 165-180.

En conclusión, el efecto de vinculación de los poderes públicos podría definirse como la obligación de éstos de actuar y desempeñar su función conforme a las pautas y criterios establecidos por la doctrina constitucional. Intentaremos ahora perfilar algo más la distinción de este efecto vinculante y el de «cosa juzgada». Después nos detendremos en lo que este efecto vinculante implica respecto del legislador.

3 · El efecto de la «cosa juzgada» de las sentencias constitucionales y el legislador

La «cosa juzgada» es un efecto consustancial a la decisión judicial que resuelve un litigio: como resultado de esa decisión, lo que era «res litigiosa» se transforma en *res judicata*. Es, por tanto, un efecto que se predica de «lo juzgado», lo que, debatido en el juicio, es decidido por el juez al pronunciar la sentencia. Con la cosa juzgada se busca conseguir la paz jurídica, pues impide la litigación recurrente de la misma controversia (vincula a las partes) y evita que se produzcan sentencias contradictorias en el mismo asunto (vincula a los jueces). Habitualmente se distingue entre dos aspectos o vertientes del efecto de la cosa juzgada. La cosa juzgada formal hace referencia a la firmeza de la sentencia y se predica de la sentencia, por cualquier motivo, inimpugnable. La cosa juzgada material es la que impide que el mismo asunto vuelva a ser objeto de litigio ante los tribunales, cerrando el paso a un *bis in idem*.²¹

Caracterizado así, de manera muy esquemática, el efecto —los efectos, si se quiere— de la cosa juzgada, trasladémoslo al caso de las sentencias constitucionales. No cabe duda de que todas las sentencias constitucionales poseen eficacia de cosa juzgada formal, pues como indican tanto la Constitución (art. 164.1) como la LOTC (art. 93.1) contra ellas no cabe recurso alguno. La eficacia de cosa juzgada material es, sin embargo, discutida en relación con las sentencias que deciden procesos de declaración de inconstitucionalidad.²² Las razones a las que se apela para

²¹ Por todos, Andrés de la Oliva Santos, *Sobre la cosa juzgada*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (1991).

²² Sobre la cuestión, Augusto Martín de la Vega, «Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 10-11, 2003, pp. 367-399. Véase también el comentario al Art. 38 por A. Gómez Montoro, en Juan Luis Requejo (coord.) *Comentarios a la LOTC*, Tribunal Constitucional, 2001.

negarles este efecto son variadas aunque, en resumen, se pueden reconducir a dos. Una primera, y respecto de las sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad, que el reconocimiento del efecto de cosa juzgada material impediría ulteriores pronunciamientos sobre la constitucionalidad de la misma ley. En la práctica este efecto tendría dos consecuencias poco deseables: por una parte, imposibilitaría al Tribunal para volver sobre su jurisprudencia anterior, al cerrar una vía para de revisión de lo ya examinado, y por otra, convertiría a la ley ya sometida a control en inimpugnabile en el futuro, al menos por los motivos de inconstitucionalidad que el Tribunal entró a conocer en la sentencia desestimatoria. La segunda razón, en lo que se refiere ahora a las sentencias estimatorias, es que el efecto de cosa juzgada material no añadiría nada y quedaría subsumido en los más potentes «efectos generales» o «plenos efectos frente a todos» de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad: porque no es posible una nueva impugnación dirigida contra la norma ya declarada inconstitucional y expulsada del ordenamiento. Estos son básicamente los fundamentos para sostener que, a pesar de lo indicado en el art. 164 CE, no todas las sentencias constitucionales producen el efecto de cosa juzgada material.

No obstante, el asunto no debe darse por zanjado. El Tribunal, en la práctica, ha inadmitido a trámite cuestiones de inconstitucionalidad o ha considerado extinguido su objeto por razón de que la cuestión, habiendo sido decidida y juzgada en un procedimiento anterior, «ya estaba resuelta». De esta manera, claramente, lo que hace es apreciar la excepción de cosa juzgada material. Pero también es verdad que en otras ocasiones, habiendo recaído ya una decisión (desestimatoria) sobre la misma ley, el Tribunal no ha tenido inconveniente en proceder a un «reexamen» de la cuestión, normalmente para reiterar, confirmar, o clarificar, su argumentación anterior. En definitiva, la apreciación del efecto de cosa juzgada material depende, en cada caso, del Tribunal Constitucional, con el inconveniente de que, de esta manera, nada impide a los jueces ordinarios proponer cuestiones de inconstitucionalidad reiterativas, con tal de que no lo hagan en el curso del mismo procedimiento.²³

23 Tratándose de recursos de inconstitucionalidad (y, en su caso, conflictos en defensa de la autonomía local), la limitación impuesta por el art. 38.2 LOTC, unida a la brevedad del plazo para la interposición del recurso, hacen prácticamente imposibles las ocasiones de *bis in idem*, aunque no parece que, en principio, impidan el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad sobre el mismo asunto.

En el caso de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, quizá sea precipitado excluir todo efecto de cosa juzgada material. Los efectos generales se producen una vez que la sentencia se publica en el *Boletín Oficial del Estado*, lo que tiene lugar dentro del plazo de treinta días desde la fecha del fallo. Pero el efecto de cosa juzgada —pese a la equívoca redacción del art. 164 CE en este punto— se produce desde el momento en que recae el fallo. Razonablemente, apelando a la cosa juzgada, cualquiera puede oponerse a la aplicación de una ley ya declarada inconstitucional, incluso si la sentencia que así la declara está pendiente de publicación en el BOE.

El efecto de cosa juzgada, como vemos, es un efecto eminentemente procesal, que proyecta sus efectos sobre las partes presentes en el litigio y sobre «otros jueces». ¿En qué modo vincula este efecto específicamente al legislador?

No hay duda de que «lo juzgado» vincula al legislador directa y estrictamente en el caso de las declaraciones del Tribunal Constitucional que ponen fin a los procesos de control previo de constitucionalidad (*ex art. 78 LOTC*). En la actualidad este procedimiento está limitado al control previo de Tratados, pero como se recordará, en el pasado fue un tipo de control que también podía ejercitarse respecto de leyes orgánicas (y que, de hecho, se empleó con profusión). El Tribunal Constitucional dejó claro que mediante el control previo no se le solicitaba un puro dictamen u opinión consultiva, sino una decisión con eficacia vinculante para el legislador, una eficacia equivalente a la cosa juzgada.²⁴ En la práctica, por virtud de ese efecto vinculante de las declaraciones se ha producido la modificación del texto de la Constitución (la reforma de 1992 del art. 13.2 CE *in fine*) o, en el caso del derogado control previo de leyes orgánicas, la enmienda de los

²⁴ Así, de modo muy tajante en la Declaración de 1 de julio de 1992 en FJ 1: «[...] en cualquier caso, bien la resolución emanada de este Tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen, y bien declare, por el contrario, su contradicción con nuestra Ley fundamental, dicha resolución posee los efectos materiales de la cosa juzgada. Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de “Sentencia” (cfr. art. 86.2 LOTC), es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante (art. 78.2 *id.*) y, en cuanto tal, produce *erga omnes* (art. 164.1 *in fine* C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este Tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración; en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución, el efecto ejecutivo inmediato y directo ha de ser la reforma de la Constitución con carácter previo a la aprobación del Tratado».

textos de ley propuestos de acuerdo con las directrices o pautas, más o menos específicas, indicadas por el Tribunal Constitucional (así, por ejemplo y llamativamente, en la STC 53/1985).²⁵

Fuera del caso peculiar del control previo, la «cosa juzgada» de las sentencias constitucionales obliga al legislador en los términos del art. 87.1 LOTC que, en este sentido, podría decirse que contiene una implícita prohibición de legislar con el objeto de anular los efectos de una concreta sentencia constitucional. Es decir, el legislador debe respetar «lo decidido» y no puede afectar retroactivamente a la específica cuestión resuelta en el proceso constitucional. Evidentemente, otra cosa es que una ley pueda sanar o remediar una situación de inconstitucionalidad detectada y declarada por el Tribunal Constitucional. De hecho, en ocasiones las propias sentencias constitucionales contienen llamadas al legislador a actuar en este sentido. Al decir que el legislador no puede afectar a lo resuelto por el Tribunal, me refiero a que no puede, por ejemplo, intentar «resucitar» una norma declarada inconstitucional aprobando una idéntica legislación con efecto retroactivo. También podría considerarse una vulneración de la «cosa juzgada», cualquier legislación aprobada tras la sentencia constitucional que tuviera por consecuencia la de neutralizar o anular los efectos directos pretendidos por el Tribunal Constitucional mediante su decisión, garantizando de la Constitución.

4 · El seguimiento legislativo de las decisiones y la doctrina del Tribunal Constitucional

La cosa juzgada de las sentencias se dirige en primer lugar y por definición a cerrar una cuestión litigiosa «anterior», o sea que sus efectos miran en primer término hacia el pasado. Ahora bien, en la medida en la que el Tribunal para decidir el litigio se haya pronunciado sobre cuestiones de derecho «nuevas» o que añaden matices, alterando o modificando pronun-

²⁵ Esta vinculación estricta del legislador a las decisiones del TC en control previo sería considerada con el tiempo sumamente perturbadora, como expresamente se reconocía en la exposición de motivos de la LO 4/1985 por la que se suprimía el recurso previo de inconstitucionalidad: «la experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de la relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la ley».

ciamientos previos, la sentencia (eventualmente, el auto) contiene doctrina vinculante, que proyecta sus efectos hacia el futuro y vincula a los poderes públicos en su actuación. Como es sabido, en el caso español y por obra de la ley, la vinculación de los jueces ordinarios a esta doctrina es estricta, cuando recae sobre cuestiones de derecho constitucional.²⁶

El legislador está vinculado asimismo por esa doctrina (evidentemente, no en los mismos términos que los jueces y tampoco del mismo modo que la administración) pero, ocasionalmente, también por otras determinaciones de la sentencia constitucional. Como antes he indicado, algunas sentencias contienen «llamadas al legislador», mensajes más o menos claros, más o menos conminatorios, en los que el Tribunal reclama una actuación del legislador para poner remedio o reparar una situación de inconstitucionalidad que la sentencia por sí sola no puede corregir. Las situaciones son variadas y también lo son las reclamaciones al legislador. Algunas tienen un tono urgente: se insta al legislador a que ponga fin a un vacío legislativo que crea inseguridad jurídica, a que remedie una situación de discriminación creada o favorecida por la ley, a que modifique la normativa en vigor que no se adecua a la Constitución pero que no puede ser anulada porque provocaría una situación «aún más inconstitucional». Otras aconsejan cambios o mejoras en la legislación que reconocen de la exclusiva responsabilidad del legislador: por ejemplo, porque el enunciado de la ley permite —aunque no impone— aplicaciones contrarias a la constitución, o da lugar a interpretaciones en conflicto algunas de las cuales podrían ser contrarias a la Constitución.²⁷

¿Está el legislador obligado por estas llamadas a legislar? ¿Existe algún tipo de control o sanción frente a la falta de seguimiento por parte del legislador de las indicaciones del Tribunal Constitucional en sus resoluciones?

Está claro que el legislador se siente obligado por lo decidido por el Tribunal, en particular, en aquellos casos en que como resultado del pronunciamiento constitucional se ha producido una modificación en el ordenamiento, bien por la anulación total o parcial de una regulación, bien por la imposición de una interpretación que de hecho tiene el efecto de alterar el modo de aplicación de una ley, afectando, normalmente, a sus conse-

²⁶ Art. 5.1 y 7.2 LOPJ, 161.1.a) CE, 40.2 LOTC.

²⁷ Un buen planteamiento de la cuestión en Eliseo Aja (ed.) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998 (especialmente la Introducción y conclusiones generales).

cuencias jurídicas. En todos estos casos en los que la decisión del Tribunal tiene efectos normativos —es lo que entiendo por «plenos efectos frente a todos»— el legislador tiene la opción y a veces la obligación de confirmar, completar o revisar la modificación normativa introducida por la decisión del Tribunal Constitucional. Hay abundante testimonio en las Exposiciones de Motivos de las leyes de que el objetivo de acomodar una regulación a la jurisprudencia constitucional, de cumplir con alguna indicación realizada por el Tribunal Constitucional, está en el origen de muchos proyectos de ley.²⁸ Y al contrario, en alguna ocasión, la voluntad de hacer valer el criterio propio en cuanto al contenido y consecuencias de una regulación, han llevado al legislador a modificar la norma afectada por una «interpretación conforme» del Tribunal.²⁹

Cuestión distinta es la de si el legislador, en cumplimiento de lo decidido por el Tribunal, está obligado a modificar las leyes que contienen normas idénticas a las contenidas en leyes sometidas a control y declaradas inconstitucionales.³⁰ Me refiero a la complicada cuestión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad sobre leyes vigentes, no impugnadas, que contienen enunciados idénticos a los declarados inconstitucionales. Está claro que sobre esas normas pesa una «presunción de inconsti-

28 Por mencionar algunos ejemplos recientes, véanse las exposiciones de motivos (Preámbulos) de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, de régimen disciplinario de la Guardia Civil; o de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN.

29 La interpretación conforme, en la medida en que «imputa» una intención al legislador, no le vincula. Vincula, eso sí, a los jueces. Ejemplo reciente de alteración por vía de modificación legal de una «interpretación conforme» es el caso de la adopción del actual art. 379 del Código Penal que tipifica el «delito» de conducción bajo el efecto del alcohol, que corrige la «conclusión» de la STC 145/1985 sobre esta conducta. También podría incluirse aquí el desplazamiento de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 126/1997 (sucesión en títulos nobiliarios) por medio de la aprobación de la ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. También introduce una importante «matización» de la doctrina constitucional sobre interrupción de la prescripción del delito la nueva redacción del art. 132.2 del Código Penal introducida mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este caso, en la exposición de motivos, el legislador expresamente alude a su pretensión de dotar a la regulación de la máxima seguridad jurídica, habida cuenta de la «disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos».

30 Por supuesto me refiero a casos de inconstitucionalidad «material». Un caso análogo, pero no igual, es el de enunciados diferentes pero que pretenden o provocan idéntica consecuencia, que el Tribunal ha considerado inconstitucional.

tucionalidad» y los jueces llamados a aplicarlas están obligados a plantear cuestión de inconstitucionalidad. Excepcionalmente, a mi modo de ver, los particulares podrían invocar la sentencia constitucional para oponerse a la aplicación de la norma inconstitucional contenida en la ley no impugnada, o para reclamar un derecho reconocido por el Tribunal y al que la ley se opone y, probablemente, para reclamar por los perjuicios que les pudiera producir la aplicación de una norma sobre la que recae algo más que una duda razonable de inconstitucionalidad.³¹ La falta de diligencia del legislador en la reparación de una situación de inconstitucionalidad «sobrevvenida» con la sentencia constitucional, no debe provocar perjuicios a los particulares.³² Dicho esto, está también claro que habrá una especial dificultad para forzar al legislador a adecuar esas otras leyes a lo decidido por el Tribunal cuando se trate de normas puramente organizativas que no tienen aplicación en procesos ordinarios, cuya vía de impugnación queda reducida a la del recurso directo, (sujeto a plazo de caducidad) cuando éste no se haya interpuesto.

5 · La «prohibición de repetición» de leyes iguales a otras declaradas inconstitucionales

La «prohibición de repetición» podría tomarse como un efecto derivado de la obligación de atenerse a lo decidido por el Tribunal Constitucional, además de una manifestación de aceptación de la doctrina constitucional. No obstante, la aprobación de una ley idéntica a una ya declarada inconstitucional no constituye por sí misma una vulneración del efecto de cosa juzgada, a menos que, como antes se indicó, la nueva ley nazca con eficacia retroactiva y tenga por objeto restaurar todos los efectos de la ley declarada inconstitucional. En el caso de que se trate de

31 En buena medida esta es una interpretación que podría ser respaldada por lo resuelto por el TC en la STC 5/1992 a propósito del modo en que se produjo una de las modificaciones legislativas de la pensión de viudedad provocadas por la sentencia 103/1983 (relativa a la pensión de viudedad en el régimen general de la Seguridad Social).

32 Sería una nueva vertiente a explorar en la de por sí controvertida construcción jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por las leyes inconstitucionales. Véase como último eslabón la Sentencia de la Sala Tercera del TS de 2 de junio de 2010. Sobre la elaboración jurisprudencial de esa doctrina, me permito remitir a mi artículo «Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)», *REDC*, n. 62 (2001), pp. 301-350.

una ley que contiene una norma igual a la ya declarada inconstitucional en otra ley, estamos ante una situación de «cuestionamiento» por parte del legislador de la doctrina constitucional, pero no de vulneración de la cosa juzgada.³³

El Tribunal Constitucional alemán en torno a esta cuestión tiene una experiencia que puede resultar ilustrativa. Si en un primer momento parece que alentó la construcción doctrinal de un «principio» de prohibición de repetición (*Wiederholungsverbot*), enseguida abandonó la posición maximalista, de lo que da muestra la llamativa diferencia de opinión en este punto entre las dos Salas (*Senaten*). La Sala Primera ha rechazado este «principio» por considerarlo, de una parte, contrario a la libertad de configuración del legislador asegurada por la Constitución y, de otra parte, por entender que cierra una vía para la revisión de la propia jurisprudencia, toda vez que el Tribunal no puede emitir pronunciamientos «de oficio». Por arriesgado que sea para la autoridad del Tribunal admitir que el legislador puede insistir en una regulación inconstitucional, se considera aún más peligroso establecer un sistema que clausura las vías para la revisión de la doctrina constitucional.³⁴

Efectivamente, el asunto de la posibilidad de «repetición» de la norma inconstitucional está directamente conectado con la cuestión de la legitimidad del «*outruling legislativo*» de la doctrina constitucional. A mi modo de ver no es posible responder a la cuestión de si es aceptable o no la repetición «deliberada» de una norma declarada inconstitucional en abstracto, pues el contexto en que la «repetición» se produzca es determinante para juzgar su grado de legitimidad.³⁵

Así, por ejemplo, la repetición de la norma declarada inconstitucional en los mismos términos (aunque no sea con efecto retroactivo) como inmediata reacción a la sentencia constitucional, debería considerarse como una manifestación abierta de desacato a la decisión del Tribunal y desafío a su autoridad, por tanto, un caso de crisis institucional. Se puede considerar

33 Y todo esto, claro está, siempre que el legislador haya «repetido» la norma inconstitucional de modo consciente y no por inadvertencia.

34 Por otra parte hay que tener en cuenta que el TC alemán puede adoptar medidas cautelares frente a las leyes imponiendo la suspensión de su aplicación mientras examina su constitucionalidad, en virtud del art. 32 de su ley reguladora.

35 Argumenta también en este sentido, Víctor Ferreres Comella, por ejemplo en «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», *Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, CEPC, Madrid, 2011, especialmente, pp. 24-27.

una situación de este tipo, la que vivió el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República con ocasión de la reacción a la declaración de inconstitucionalidad de la ley catalana de contratos de cultivo.³⁶

Pero en la medida en que el legislador apele al cambio de circunstancias o a la obligación de atender a nuevas necesidades para justificar la «reintroducción» de la misma norma en el ordenamiento, o incluso manifieste su convencimiento de que la doctrina anterior del Tribunal debe ser modificada porque produce efectos indeseados, no parece que pueda mantenerse la prohibición de repetición. Efectivamente, lo crucial es si ha habido algún cambio relevante desde la previa declaración de inconstitucionalidad, algo que impida al Tribunal acogerse al *rebus sic stantibus* y, razonablemente, le exija un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión. Sería algo así como reconocer que, del mismo modo que se habla de «inconstitucionalidad sobrevenida», es posible encontrar situaciones de «constitucionalidad sobrevenida». Un caso de *overruling* legislativo de una declaración de inconstitucionalidad —bien es verdad que no deliberado— fue el ocurrido con ocasión de la aprobación de la legislación mercantil que reintroducía la obligatoriedad de la adscripción a las Cámaras de Comercio (y consiguiente sujeción al pago del recurso cameral), declarada por el Tribunal Constitucional contraria a la libertad de asociación del art. 22 CE en la STC 179/1994 y conforme a la Constitución en la STC 107/1996.³⁷

Y no hay que descartar que la invitación a provocar la ocasión para revisar la doctrina constitucional anterior —reeditando, por ejemplo, una norma declarada inconstitucional o que contradice doctrina constitucional— pueda provenir del interior del propio Tribunal. Es una manera de leer algunos votos particulares recientes.³⁸

³⁶ El relato de este episodio y de la crisis que desencadenó en Martín Bassols Coma, *El Tribunal de Garantías de la II República. La primera experiencia de justicia constitucional en España*, CEPC, pp. 93-105; G. Gómez Orfanel, «La legislación catalana de contratos de cultivo y el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Segunda República», incluido en AAVV *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, vol. II, CEPC (2002), pp. 1535-1555,

³⁷ Se declaró inconstitucional la regulación procedente del Código de Comercio de 1901 y se desestimó la inconstitucionalidad de idéntica regulación contenida en la Ley Bases de 1993.

³⁸ En relación, por ejemplo, con la interpretación de la cláusula de supletoriedad, con las extensiones del derecho a la intimidad por influencia de Estrasburgo, con la doctrina de la propiedad del escaño por los representantes.

6 · El intérprete supremo y la «reserva de interpretación constitucional»

La vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal, según hemos visto, no puede implicar la supresión de sus posibilidades como intérprete de la Constitución, ni puede suponer la progresiva reducción de su ámbito de libertad de configuración. Aunque la cuestión es debatida, nada impide, en principio, que el legislador apruebe leyes que entran en conflicto con la doctrina constitucional, dirigidas precisamente a provocar la revisión por parte del Tribunal de su doctrina. El Tribunal Constitucional tiene, en todo caso, la última palabra en materia de interpretación constitucional, pero deben dejarse abiertas las puertas para las ocasiones de modificación, revisión o, directamente, revocación de la doctrina previamente establecida.

Quizá basándose en esta idea de asegurar, de una parte, cierta «uniformidad» en la interpretación de la constitución, pero también, permitir la evolución de la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional ha enunciado la tesis según la cual el legislador no puede «transformar en ley» la doctrina constitucional elaborada por el Tribunal pues esto, además de afectar al control exclusivo del Tribunal Constitucional sobre su doctrina, podría tener la consecuencia de dificultar la evolución de la misma, por ejemplo, si la fija en una norma difícil de modificar, como es un Estatuto de Autonomía.³⁹

Por lo demás, pronunciamientos como el contenido en la famosa sentencia de la LOAPA⁴⁰ a propósito de la prohibición de leyes «meramente interpretativas» de la Constitución no tienen un fundamento teórico obvio y, de hecho, pueden ser empleados en sus mismos términos para marcar los límites de la función del Tribunal Constitucional (si se parte de que el Tribunal *no es* el comisionado del poder constituyente). El status del Tribunal Constitucional como intérprete supremo asegura, eso sí, que en presencia de distintas interpretaciones de la Constitución, prevalezca la suya. Pero no parece que tal status le reserve en exclusiva la tarea de interpretar la Constitución, pues tampoco forma parte de su función emitir pronunciamientos «meramente interpretativos» de la Constitución, sin referencia a un litigio constitucional concreto.

³⁹ Esta es una propuesta de explicación para el FJ 58 de la STC 31/2010. Hay otros análisis más elaborados: Carles Viver Pi-Sunyer, «El Tribunal Constitucional, ¿“siempre, solo... e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», *REDC*, n. 91 (2011), pp. 319-351.

⁴⁰ STC 76/1983, especialmente FFJJ 4 y 7.

DEBAT

Participants

Carles Viver Pi-Sunyer, director de l'Institut d'Estudis Autonòmics i catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra.

Marc Carrillo, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya.

Mercè Corretja Torrens (moderadora del debat), cap de l'Àrea de Recerca de l'Institut d'Estudis Autonòmics.

Miguel Revenga Sánchez, catedràtic de Dret Constitucional de la Universidad de Cádiz.

Javier Pérez Royo, catedràtic de Dret Financer i Tributari de la Universidad de Sevilla.

Enric Fossas Espadaler, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona i conseller del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya.

Víctor Ferreres Comella, professor titular de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i Visiting Professor a The University of Texas at Austin.

María Ángeles Ahumada Ruiz, professora de Dret Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid i lletrada del Tribunal Constitucional.

Luis López Guerra, catedràtic de Dret Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid i jutge del Tribunal Europeu de Drets Humans.

Alejandro Saiz Arnaiz, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra.

Dolors Feliu Torrent, directora general de Serveis Consultius i Coordinació Jurídica del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya.

Francesc de Carreras Serra, catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat Autònoma de Barcelona.

Xavier Castrillo Gutiérrez, advocat de la Subdirecció General de Qüestions Constitucionals del Gabinet Jurídic de la Generalitat de Catalunya.

DEBAT

CARLES VIVER

Creo que hemos podido comprobar que las ponencias han sido realmente excelentes y han puesto sobre la mesa los problemas fundamentales que plantea el interrogante que sirve de título del seminario. En verdad tampoco pretendíamos más, pero casi todas las ponencias han dicho «y ahora el siguiente paso sería fijar los criterios para intentar ver cómo el legislador puede proponer al Tribunal Constitucional cambios de doctrina, etc.» Prudentemente aquí se han quedado los ponentes. Vamos ver si en el debate logramos que nos digan algo más.

Como siempre, Mercè Corretja que es responsable del Área de Investigación del Instituto de Estudios Autonómicos se encargará de moderar el debate.

MARC CARRILLO

Yo participo de la teoría de la tesis según la cual la jurisprudencia, por supuesto, es fuente de derecho, y especialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No obstante, quisiera poner de manifiesto, en función de las intervenciones excelentes de los tres ponentes, que no podemos poner al mismo nivel la incidencia que pueda tener la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de los jueces y tribunales ordinarios respecto de la incidencia que eventualmente puede tener la jurisprudencia respecto del legislador. Entiendo que la seguridad jurídica, la previsibilidad, la estabilidad de la doctrina en relación a su aplicación por los tribunales ordinarios es una condición *sine qua non* de un sistema fundamentado en un Tribunal Constitucional *ad hoc*. Ahora bien, la incidencia que pueda tener respecto al legislador ordinario, del legislador democrático, sin menospreciar el valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, creo que es evidente que no pueden ponerse en ningún caso al mismo nivel.

Digo esto para formular una pregunta muy breve a los tres ponentes, y es: ¿en qué medida, por ejemplo, una decisión jurisdiccional de un Tribu-

nal Constitucional basada esencialmente en criterios interpretativos puede tener un valor vinculante como pudiese tener una declaración de nulidad de la sentencia al respecto? Es decir, el margen de maniobra que pueda tener el legislador democrático respecto de una sentencia como es la Sentencia 31/2010 basada esencialmente en criterios interpretativos que recogen asimismo, como se ha puesto brillantemente de manifiesto, una suma de jurisprudencia acumulada a lo largo del tiempo y que el tribunal acoge, aunque sin afrontar el reto de una innovación normativa procedente de una ley orgánica, ¿en qué medida de cara al futuro esta jurisprudencia puede tener un grado de vinculación similar al que pueda tener una sentencia que declara la nulidad de un precepto?

MERCÈ CORRETJA

Un incís. La idea d'aquest debat és que, a part de formular preguntes, pugueu expressar opinions o formular conclusions, comentaris, etc. Volia comentar que també hem convidat especialment els catedràtics Miguel Revenga i Javier Pérez Royo que esperem que puguin intervenir i participar en aquest debat. Per tant, no es tracta només de fer participar els ponents sinó també de generar un diàleg i un debat entre tots els que estem avui aquí. Per tant, us hi podeu afegir i fer comentaris lliurement.

La idea que explicaba es que se trata de generar un debate entre todos, no tanto de lanzar preguntas a los ponentes, que sí, que evidentemente pueden empezar a responder, pero también los asistentes pueden responder y generar un debate y un diálogo entre todos; no sólo obligar a los ponentes a posicionarse o a dar un respuesta concreta.

MIGUEL REVENGA

Muchas gracias por la invitación, me siento muy honrado de estar aquí. Yo abundo un poco en las observaciones del profesor Marc Carrillo. Cuando he llegado esta mañana he visto este célebre *dictum* «The Constitution is what the judges say it is» y me he acordado de aquel otro que también se cita tantas veces de «No debemos olvidar que es una Constitución lo que estamos interpretando». Con esto quiero decir que trasladar mecánicamente —ha quedado de relieve en las tres ponencias— los prin-

cipios de la vinculación de la jurisprudencia ordinaria, con la que seguimos manejándonos más o menos los juristas y sobre todo los alumnos de las facultades de Derecho que reciben las explicaciones de Derecho Civil con el título preliminar del 1.7, a la vinculación de la jurisprudencia constitucional pues es un camino inviable.

Y como es inviable todos sabemos que tenemos que afrontar este tema desde otros presupuestos. La jurisprudencia constitucional, el principio de vinculación de la jurisprudencia constitucional, no tiene nada que ver con las aportaciones doctrinales que se refieren a las diferencias entre *civil common law*, vinculación, precedente... Y nos plantea a todos un reto. El reto es diferenciar... es decir, intentar profundizar acerca de cuál es el debate, qué es lo que se pregunta, no reducir a una categoría el conflicto constitucional y una vez identificada esa categoría explicar cómo es la vinculación, sino mirar de frente a que los conflictos son de diversa naturaleza y no es lo mismo la sentencia constitucional en defensa de derechos fundamentales que en vía de control directo de la ley. Y en relación con esto, yo creo que es decisivo 1) el tipo de conflicto constitucional. Que, claro, tiene que ver, el juez constitucional es como todo juez un tercero, por tanto no tiene iniciativa, responde a unas solicitudes. Por consiguiente, lo que se le pregunta al juez constitucional es decisivo para entender cómo puede vincular la jurisprudencia. Y más decisivo aún —que yo creo que ha quedado patente en todo lo que habéis dicho los ponentes, pero hay que profundizar un poco más— el estilo de razonamiento, o sea lo que se pregunta y cómo se responde. Si el Tribunal Constitucional pretende que su respuesta sea vinculante ha de hacer un esfuerzo por ser claro, establecer unas conclusiones, llevarlas al fallo e insistir que es lo que vincula.

Un estilo de razonamiento, que yo creo que es el estilo que se ha generalizado excepto quizá en la Corte Constitucional francesa, quizá en Italia también un poco, pero el estilo de razonamiento es más [...] académico no apegado a los esquemas positivistas, tiene unos condicionantes, lo que le ocurre también al Tribunal Supremo, es decir, ese cruce de votos particulares en que parcialmente coincido pero en parte disiento, yo creo que imposibilita radicalmente defender el principio de vinculación, salvo, lo decía Marian, si la pregunta es concreta, ¿la ley de plazos es compatible con el sistema constitucional?, pues la respuesta puede ser más nítida y, si medimos la vinculación en un corto espacio temporal, podremos extraer más conclusiones que si hacemos una pregunta más general. Estoy pensando naturalmente en la Sentencia 31/2010, con una serie de dudas que afectan

al general texto legislativo y con una respuesta que dista de ser nítida, con referencia además a fundamentos que en muchos casos lanzan ideas contradictorias.

Insisto, yo creo que el estilo, la forma de argumentación de un Tribunal Constitucional, la forma de preguntar, qué es lo que se le pregunta, el tiempo que transcurre desde la respuesta a la eventual reacción del legislador yo creo que es determinante para poder responder a lo que aquí nos convoca, que es cómo vincula.

Lo que he aportado creo que es más conclusión pero bueno, porque desafortunadamente no tenemos unas categorías aquí establecidas.

Gracias.

JAVIER PÉREZ ROYO

Muchas gracias al Instituto y muchas gracias a Carles por la invitación. Y mi satisfacción por estar aquí rodeado de amigos de siempre, de muchísimos años.

La perplejidad que manifestó Carles Viver y que está en el origen de este seminario, es una perplejidad que después se traduce en el título que se le ha dado con carácter general a este seminario: ¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores? En realidad supone la inversión del proceso lógico e histórico de interpretación de la Constitución. Es una pregunta que invierte los términos en los cuales se plantea el proceso de interpretación de la Constitución en el Estado democrático. La interpretación de la Constitución la hace el legislador y la revisión de esta interpretación que ha hecho el legislador la hace el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional propiamente no interpreta la Constitución, interpreta la interpretación que de la Constitución ha hecho, revisa la interpretación que de la Constitución ha hecho el legislador. Por tanto, el orden es legislador y Tribunal Constitucional. Siempre primero el legislador, que tiene su lógica, es el que tiene legitimación democrática para hacer la interpretación, para hablar, para crear derecho. Después el Tribunal Constitucional, cuya función es revisar la interpretación siempre que se recurre por quien está legitimado para ello. Digo que estamos hablando nada más que de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad —en el artículo 38 está la declaración de constitucionalidad— el recurso de amparo yo creo que habría que dejarlo de lado porque el recurso de amparo es

importantísimo pero es otra cosa, es otra cosa y yo no sé si hablar de jurisprudencia constitucional en las sentencias de amparo es correcto o no lo es. O si la jurisprudencia constitucional debería reducirse única y exclusivamente a la sentencia en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad.

Pero bueno, estamos ante una inversión. Aquí la pregunta que se nos hace es que ponemos por delante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como vinculación y después al legislador. Ha hablado primero el Tribunal Constitucional, ahora tiene que hablar el legislador en qué medida usted está vinculado por lo que ha dicho el Tribunal Constitucional antes de que usted vaya a pronunciarse. Este es el objeto de este debate.

En la preocupación inicial, la perplejidad que planteaba Carles tiene un enorme sentido práctico porque ahí nos encontramos con que hay una interpretación del ejercicio del derecho a la autonomía, que está configurado en la Constitución tal como está configurado: reconocido en el artículo dos y confiado a las nacionalidades y regiones que quieran constituirse en comunidad autónoma y de conformidad con el Estado tienen que hacer su estatuto de autonomía.

Y ahí se pone en marcha el ejercicio del derecho a la autonomía y ese ejercicio del derecho a la autonomía ha sido objeto de una jurisprudencia constitucional enorme a lo largo de estos treinta años en recursos de inconstitucionalidad, en conflictos de competencias. Recursos de constitucionalidad que muchos son conflictos de competencias pero que tienen que interponerse como recursos de inconstitucionalidad porque tienen su origen en una ley autonómica o en una ley del Estado.

Entonces, hay un volumen enorme de jurisprudencia sobre el ejercicio del derecho a la autonomía, cómo se ha ido ejerciendo el derecho a la autonomía, y ahí se planteó... y de hecho cuando se iniciaron los procesos de reforma estatutaria se planteó —y yo creo que ese fue unos de los aciertos que tuvo (digo acierto desde su perspectiva, como interés de parte) el recurso del Partido Popular—, que se interpuso contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y que descansaba en la tesis de que la Constitución no es solamente la Constitución sino que la Constitución es la Constitución y lo que el Tribunal Constitucional ha venido diciendo a lo largo de todos estos años sobre la Constitución y todo eso supone un límite para el ejercicio de la reforma estatutaria. Yo creo que esta es la preocupación que estaba un poco, latía, en lo que ha dicho Carles Viver que está en el origen de este seminario.

De ahí se ha pasado ya al problema general. Ahora aquí ya se ha planteado como un problema general, no como un problema simplemente para... Yo creo que como problema general no veo que tenga una trascendencia práctica muy grande. Así como en el caso del ejercicio del derecho a la autonomía ahí sí hay, y de hecho la ha tenido, y después podemos discrepar sobre lo que ha hecho el Tribunal Constitucional, si está de acuerdo o no está de acuerdo, pero evidentemente ahí la ha tenido.

Fuera del legislador de reforma de la Constitución son pocos los casos en los que realmente puede llegar a tener relevancia, o sea trascendencia práctica no creo que tenga mucha.

Respecto del legislador de reforma de la Constitución yo coincido con lo que se ha dicho; al fin y al cabo cuando hay una declaración de inconstitucionalidad, una declaración de inconstitucionalidad no es nada más que una afirmación por parte del Tribunal Constitucional que dice: usted para hacer esto tenía que haber reformado la Constitución, como ha hecho una reforma de la Constitución sin haberla reformado por esto es anticonstitucional. Si usted hubiera procedido mediante la reforma de la Constitución simplemente yo no tendría nada que decir.

Una anticonstitucionalidad material es siempre una anticonstitucionalidad formal. Es que usted ha reformado la Constitución sin reformarla, sin seguir el procedimiento de reforma, por lo tanto, frente al legislador de reforma no se plantea.

Frente al legislador ordinario. ¿En qué medida el legislador ordinario está vinculado por la decisión del Tribunal Constitucional? Hombre, si lo que hace es reproducir el precepto, si una ley ha sido declarada anticonstitucional y el legislador posteriormente vuelve a repetir la ley exactamente igual, está claro.

Ahora, si hace una ley distinta, y no solamente distinta sino una ley que se enfrenta con el problema que sea... tema del aborto, del que estamos hablando. El tema del aborto, la interrupción del embarazo, en el momento inicial de puesta en marcha de la Constitución era una cosa, en el día de hoy es otra distinta. La ley que hizo el legislador en el año 85 no tiene nada que ver con la Ley que se ha hecho ya en el siglo XXI. Y por lo tanto siempre, siempre, como el Tribunal Constitucional lo que hace es revisar la interpretación del legislador, el Tribunal Constitucional tiene que enfrentarse con el producto normativo que ha salido de las Cortes Generales. Y eso es lo que usted tiene que revisar. Y siempre tiene que justificar. Siempre tiene que justificar su decisión. No puede decir: es que yo ya dije... No, usted no dijo.

Usted dijo esto en aquel momento y respecto a esa norma. Respecto de esta norma usted tiene que decir exactamente qué es lo que opina, y por lo tanto tiene la obligación de revisar lo que usted ha dicho aunque sea para coincidir y para volver a declarar anticonstitucional lo que sea. Pero la revisión tiene usted que hacerla, porque aquí hay una nueva manifestación de voluntad del legislador que atendiendo a las circunstancias del caso, de la situación actual y viendo el paso del tiempo, lo que sea, el problema que hay, yo he dado esta respuesta y usted me tiene que analizar esta respuesta y tiene que darme argumentos a esta respuesta y no puede escudarse en decir: es que este tema yo ya lo resolví de esta manera y ya está resuelto. No, no, esto en ningún caso, esto tiene usted obligación de hacerlo, pero además son leyes distintas, aquella partía de un supuesto de que esto es un acto antijurídico que puede ser exonerado de responsabilidad penal en determinados supuestos y otro es la configuración de un derecho de la mujer embarazada que puede interrumpir el embarazo dentro de unos límites temporales. Por lo tanto son dos planteamientos completamente distintos y usted tiene que analizarlos como planteamientos distintos que son y darles la respuesta que sea.

Yo coincido más con María Ángeles que contigo pero también tengo colegas que coinciden más contigo que con María Ángeles y conmigo. Entonces me parece que este es un tema donde va a ocurrir esto con bastante verosimilitud. Pero entonces yo lo que creo que en términos generales no van a ser muchos los casos en los que el legislador tenga que volver sobre un objeto sobre el cual se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional en un recurso de inconstitucionalidad. Esto no es infrecuente porque incluso el caso que se ha planteado del Código Penal tiene su origen en un recurso de amparo y en el que en realidad lo que hay es una contradicción entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en la interpretación del Código Penal, y entonces se aprovecha esta contradicción más todo el debate que se abrió como consecuencia de eso y toda la polémica para intentar buscar un acomodo y una especie de punto de equilibrio entre lo que había sido la interpretación del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Pero no es un tema sobre el que el legislador pensara legislar sino que de pronto se ha encontrado con un problema sobrevenido como consecuencia de esa contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y entonces ha considerado que tenía que intervenir.

Pero en general yo creo que este es un tema que no se suele plantear, no suele haber jurisprudencia constitucional porque entre otras cosas tampoco

son tantas las leyes que se recurren y tampoco son tantas las que se declaran anticonstitucionales y cuando se declaran anticonstitucionales, como aquella de la Ley de seguridad ciudadana, el tema, por ejemplo, de la inviolabilidad del domicilio y la sustitución de la flagrantia por reconocimiento fundado ya se quedan resueltas y a nadie más se le ocurre volver otra vez a hacer en la ley lo que se ha declarado expresamente anticonstitucional.

Yo creo que este es un tema que ha nacido de una preocupación muy razonable, sobre todo por parte de una persona que tenía el protagonismo que tenía en ese momento en lo que era la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y donde se planteaba un problema que en ese asunto tuvo mucho interés, y que ahora se le ha dado una vertiente general en este seminario que yo realmente no acabo de ver que vayamos a tener problemas significativos de conflicto entre el legislador y el Tribunal Constitucional porque el legislador intente en cierta medida orillar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y darle la vuelta. No se está dando en general este problema, yo no creo que se esté dando en general este problema.

Hay el caso de la Ley de presupuestos y de acompañamiento, pero esto es otra cuestión que además se está reiterando, se está repitiendo, y esto indica que nosotros tenemos en nuestro sistema político un problema que no está claramente resuelto, y que cuando las cosas se tiran por la puerta entran por la ventana y se nos vuelven a plantear problemas, como pasa también con el decreto-ley que tenemos aquí una regulación del decreto-ley y una dición del artículo ochenta y seis, e incluso un pensamiento que podría haber en el Constituyente como reacción frente a lo que había sido en la época de Franco del decreto-ley, pero después no somos capaces de prescindir del decreto-ley por el motivo que sea, porque nuestro sistema político funciona como funciona, porque hay una crispación tremenda en la vida política que nos impide resolver los problemas de la forma en que en teoría hay que resolver y que, entonces, tenemos que buscar salidas de estas, como lo tuvimos que hacer con la Ley de partidos, cuando se tenía que haber hecho mediante una reforma de la Constitución porque para la Ley de partidos no había habilitación constitucional pero, claro, como aquí no hay quien haga una reforma de la Constitución a menos que sea en el proceso de integración de la Unión Europea — que hemos tenido que hacer dos — pero que internamente no hacemos ninguna, pues entonces nos encontramos con estas cosas.

Yo, sinceramente creo que el tema ha quedado resuelto en lo que hace referencia al legislador de reforma de la Constitución. Eso ya sabe el legisla-

dor de reforma de la Constitución que cuando quiera hacer alguna operación de reforma, la Constitución y toda la jurisprudencia constitucional que hay, y que este es el canon con el que se va a juzgar su obra. Y en el resto a mi me parece que no vamos a tener especiales problemas y que incluso los asuntos que se han mencionado aquí son casi todos los que hay, porque no hay más.

Yo lo que quería decir es que me parece que estamos ante un problema, de una conferencia, de un seminario, que nace de una preocupación que sin embargo cuando se la intenta mirar en términos generales ya no tiene la consistencia que tenía en la preocupación inicial que tenía Carles.

Nada más y muchas gracias.

ENRIC FOSSAS

Bon dia, buenos días.

Creo que efectivamente hemos quedado algo insatisfechos porque en realidad nadie ha respondido directamente a la pregunta que nos convoca aquí, y que es: ¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional? De entrada, la pregunta presupone que la jurisprudencia sí vincula, y de lo que se trata es de saber cómo vincula porque se da por supuesto que vincula a los legisladores.

Me parece que todos teníamos en mente un par de preguntas que a algunos incluso nos afectan porque hemos tenido que enfrentarnos a ello. La primera pretende saber de qué manera una sentencia como la del Estatut, que no es objeto de este seminario pero inevitablemente tenemos todos en mente (y que contiene unas declaraciones y unos pronunciamientos muy singulares, porque algunos se llevan al fallo, otros no se llevan al fallo; unos son interpretativos, otros son interpretativos vergonzantes porque no se dice que esto es propiamente una sentencia interpretativa) vincula a los preceptos de otros Estatutos que contienen disposiciones idénticas, por ejemplo del Estatuto de Andalucía o el Estatuto de Aragón. ¿Hasta qué punto la sentencia del Tribunal Constitucional vincula al legislador estatutario que aprobó una norma con idéntico texto que la norma que el Tribunal Constitucional o bien ha declarado nula, o la ha interpretado de conformidad, o la ha manipulado haciéndole decir a ese precepto una cosa que no dice para evitar declarar su inconstitucionalidad? En suma, ¿qué vinculación horizontal tienen estos pronunciamientos contenidos en la STC 31/2010 respecto de otros estatutos de autonomía?

La segunda pregunta que algunos tenemos en mente, y lo digo porque puede que nos la debamos plantear en el Consell de Garanties Estatutàries, es ¿cómo esta Sentencia afecta a la legislación catalana que ya ha sido aprobada y reproduce preceptos del Estatuto que han sido declarados inconstitucionales, nulos o interpretados, o interpretados vergonzantes? Creo que algún efecto debe tener, por ejemplo, el pronunciamiento sobre la interdicción del uso preferente de una determinada lengua oficial por parte de la Administración, recogido en algunas leyes. Creo que estas dos preguntas estaban probablemente en la mente del Director del IEA al organizar este seminario, y nos interpelan directamente porque no sabemos exactamente si el Parlamento debe derogar estas leyes, si estas leyes ya están derogadas, ni tampoco cómo interpretar otras leyes que se han aprobado posteriormente y que regulan cuestiones similares.

En realidad, el legislador podría hacer nuevas interpretaciones sobre las interpretaciones que ha hecho el Tribunal Constitucional: los legisladores estatutarios, autonómicos, e incluso el legislador estatal. Ello suscita otra cuestión sobre la que me gustaría conocer la opinión del profesor Pérez Royo. Me refiero a la Sentencia sobre el Estatuto de Andalucía a propósito de las competencias en materia de recursos hidráulicos, la STC 30/2011. Creo que esa sentencia da todavía un paso más en el papel que se ha autoatribuido el Tribunal Constitucional como garante no sólo último sino indiscutible, eterno, perpetuo... en fin, lo declarado en la STC 31/2010. Porque la Sentencia sobre ese precepto del Estatuto andaluz reformado procede de una forma muy singular. El nuevo Estatuto de Andalucía asume la competencia de una forma determinada en materia de cuencas hidrográficas y el Tribunal Constitucional dice: este artículo es inconstitucional en primer lugar porque hace algo que un Estatuto no puede hacer ya que no es una norma válida para interpretar un título competencial del Estado. Y añade: pero el legislador estatal no puede cambiar de criterio (el que ha mantenido hasta hoy) al interpretar su competencia. Es decir, se advierte al legislador estatal que no puede cambiar su criterio sobre lo que es la cuenca hidrográfica. O sea, cómo debe interpretarse el artículo 149.1.22 CE. La conclusión es que el legislador estatal también está vinculado por la jurisprudencia constitucional sentada con ocasión de una revisión de un Estatuto, y en mi opinión ello supone atribuirse o arrogarse una hipervinculación, porque se advierte al legislador estatal de que no puede cambiar su criterio a la hora de definir lo que son las cuencas hidrográficas.

En fin, estas eran algunas preguntas y consideraciones que quería formular.

CARLES VIVER

Sólo quisiera poner un contrapunto a lo que apuntaba Javier. A mi me parece que, efectivamente, el problema de la vinculación del legislador a las sentencias del Tribunal Constitucional tiene un relieve especial en relación con el legislador «estatutario» y tiene unas características específicas muy distintas, sobre todo en el tema competencial, porque el Estatuto es fruto de un pacto entre los dos legisladores que tienen que interpretar el reparto de competencias efectuado por las cláusulas constitucionales muy abiertas, y no hay afectación de los derechos de los ciudadanos, y en este caso la posición del Tribunal Constitucional yo creo que tiene que ser mucho más autocontenida y tener en cuenta que ha sido un pacto de los dos únicos sujetos a los que se dirigen estas normas; pues tiene que ser muy respetuoso y quizá la vinculación sea distinta a la del legislador ordinario. Además habían transcurrido los treinta años de los que hablábamos antes, entre el momento en que se hacen los estatutos y se pide una revisión de esta doctrina.

Pero yo creo que la cuestión de la vinculación del legislador a las sentencias del Tribunal Constitucional se puede plantear prácticamente con todas las leyes. Y no solamente con respecto al legislador, también con respecto a la Administración o al Ejecutivo. ¿Qué está pasando con el tema de las subvenciones?, yo creo que el Estado está en rebeldía respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional, y el legislador cada año tiene seis, siete, diez sentencias del Tribunal Constitucional anulando subvenciones porque vulneran la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el *spending power*, y continúan haciéndolo igualmente. Por lo tanto, la pregunta también se podría realizar respecto incluso de la Administración; hasta qué punto vincula esta doctrina. Claro que se acogen a las excepciones de la doctrina del *spending power* pero lo hacen tan mal que el Tribunal Constitucional cada año les tiene que anular siete u ocho subvenciones; ¿se siente vinculado aquí o no, el Ejecutivo, por esta doctrina?

Era simplemente una matización, pero yo tendría ganas de oír también a los ponentes porque ya se han suscitado dos o tres problemas importantes.

Brevemente. Bueno, hay tantas cosas que se han dicho y que comparto en gran medida... Voy a centrarme en algunos puntos, en los que pueda haber algún matiz.

Yo estoy con Luis López Guerra en que hay que buscar un equilibrio entre apertura por parte del tribunal de justicia, el que sea, a las expresiones de disconformidad que manifiesta el legislador democrático, por un lado, y el deber de coherencia con respecto a la pasada doctrina, por el otro. Es un equilibrio difícil, pero yo no creo que sea sensato resolver el problema anulando uno de los dos puntos de este equilibrio. Del mismo modo que me parecería mal sostener que una vez que se ha dicho algo, ya está, ya hay doctrina fijada para siempre, y que por mucho que haya una discrepancia democráticamente manifestada, el Tribunal está atado a lo que dijo en el pasado, esto me parecería una posición extrema, también me parecería una posición extrema decir que el Tribunal puede olvidarse completamente de lo que dijo, volviendo a montar doctrina para el problema que tiene encima de la mesa. Yo creo que lo que tiene que hacer el Tribunal es recordar cuál fue su doctrina y, a la vista del reto democrático que tiene delante, volver a pensar sobre las razones que justifican esa doctrina, y ver si merece ser matizada, abandonada o, por el contrario, confirmada.

Mi crítica a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto no es tanto que en algunos puntos mantuviera la doctrina que había venido forjando durante estos años, que me parece defendible, sino el automatismo con el que la aplica, sin expresar una mínima sensibilidad hacia la nueva interpretación que aportaba el Estatuto en algunos puntos. Ahora bien, yo no creo que se pueda decir simplemente: bueno, esto lo dije en el pasado, me olvidé y ahora voy a empezar desde cero.

Entonces..., es verdad que en la práctica no vamos a tener muchos casos de leyes que de manera clarísima vayan en contra de la jurisprudencia, pero quería hacer una pequeña defensa de cómo los dos casos que hemos ido citando, el del aborto y el del Código Penal, sí pueden verse como ejemplo de discrepancia con la jurisprudencia constitucional. Y lo voy a hacer lo más brevemente que pueda.

El caso del aborto. Vaya por delante que yo no estoy de acuerdo con la doctrina que estableció el Tribunal en la 53/85, pero creo que una lectura honesta de esta sentencia lleva a decir que, en principio, una ley de plazos no cabe en la Constitución, tal como la Constitución fue interpretada

por el Tribunal Constitucional en esta sentencia. Porque recordemos, no era una ley de plazos y el Tribunal Constitucional dice: mire, en principio, es correcto que usted, legislador, despenalice el aborto en estos tres supuestos, porque en estos tres supuestos la mujer está en una situación en la que no es exigible otro comportamiento, pero faltan garantías para asegurar que el aborto solo se producirá en estos casos y no en otros. Y en el voto particular de Tomás y Valiente se dice: hay que entender que el Tribunal no está impidiendo que en el futuro haya leyes que amplíen los supuestos de aborto. Esos son los términos del debate en el Tribunal Constitucional.

Entonces, si el legislador se ve limitado por el Tribunal en cuanto a los supuestos en los que puede reconocer una exención de pena... Claro, el que no puede lo menos no va a poder lo más, como sería permitir el aborto sin causa. Entonces, yo creo que el Tribunal Constitucional lo que tendrá que hacer en este caso es reconocer que después de veinticinco años ha habido una evolución, y que si el legislador manifiesta esta discrepancia, aquella doctrina debe ser como mínimo revisada. Yo espero que la matice y le lleve a declarar la constitucionalidad de la ley. Pero no creo que el Tribunal pueda decir: Bueno, aquello lo dije para una ley distinta, y como esta es otra ley, yo voy a trabajar desde cero. Porque esto sería ir contra la gramática profunda de un tribunal de justicia, que tiene que ser coherente con lo que dijo en el pasado.

En el caso del Código Penal. Hay dos lecturas de esa polémica, muy polémica, sentencia 63/2005, en la que se dijo: No basta con interponer querrela para interrumpir la prescripción.

Hay dos lecturas. Una lectura, que es la que a mí me gustaría hacer, es la lectura constitucional. El Tribunal Constitucional sabe perfectamente que el Supremo ha interpretado el Código Penal del modo en que lo ha hecho, diciendo que basta con interponer querrela para interrumpir la prescripción, pero le parece al Tribunal Constitucional que eso lleva a un resultado contrario a la Constitución: vulnera el derecho a un proceso penal con todas las garantías. Y, en nombre de la Constitución, el Tribunal anula la Sentencia recurrida en amparo. Entonces, si esto es así, el legislador ahora interviene, reacciona y dice: No, mire, yo no estoy de acuerdo con esta interpretación que usted ha hecho de la Constitución, y yo pongo en el Código Penal clarísimamente (de un modo indirecto, pero en definitiva) que la presentación de querrela interrumpe la prescripción.

La otra lectura es la lectura de legalidad ordinaria: aquí simplemente lo que ocurrió es que se trabajó estrictamente en el plano de legalidad ordina-

ria; hubo un juez que interpretó el Código Penal de manera que la presentación de querrela basta. Y el Tribunal Constitucional, no es que interpreta la Constitución, sino que cogió el Código Penal y dijo: yo no estoy de acuerdo con esta manera de interpretar el Código Penal, y además me parece que es manifiestamente irrazonable lo que usted está diciendo.

Bueno, problema, cuando hay una jurisprudencia sólida del Tribunal Supremo, de su Sala 2, diciendo una cosa (que basta la interposición de querrela para interrumpir la prescripción) es un poco difícil que el Tribunal Constitucional, moviéndose en el plano de la legalidad ordinaria, diga lo contrario. Tiene que saltar al plano constitucional, porque de lo contrario difícilmente tiene la autoridad para invalidar la sentencia recurrida en amparo. Máxime cuando hay un juez en Barcelona expulsado de la carrera judicial por delito de prevaricación, porque en una sentencia dijo que presentar querrela no bastaba para interrumpir la prescripción. Es decir, es una locura total que, si se trata de verdad de un problema de legalidad ordinaria, el Tribunal Constitucional anule una sentencia e imponga una interpretación de la legalidad ordinaria que fue calificada como prevaricadora por la Sala 2 del Tribunal Supremo. O sea, la única manera de salvar los muebles es decir que Tribunal Constitucional aquí ha utilizado la Constitución, y ha dicho: A mí no me importa saber cómo interpretan ustedes el Código Penal, yo lo que les digo es que el resultado al que han llegado viola el derecho del artículo 24; estoy interpretando la Constitución, y como lo puedo hacer, estimo el recurso de amparo. Pero entonces, claro, cuando el legislador cambia el Código Penal, está manifestando su desacuerdo con el Tribunal Constitucional como intérprete de la Constitución. Si no lo vemos así, las cosas no creo que encajen muy bien.

MARÍA ÁNGELES AHUMADA

Sí, efectivamente, nos hemos dejado la parte más interesante.

Atendiendo a lo que ha sucedido en otros sitios, sobre si cabe la posibilidad vía legislación de revocación de sentencias o de jurisprudencia (y pienso, por ejemplo, en Estados Unidos), ahí hay una discusión que en parte sí podemos atraer aquí. Que el Tribunal Constitucional invoque el artículo 1 de su Ley Orgánica, el que le califica como intérprete supremo de la Constitución, creo que es muy significativo. Por una parte es una rareza que una ley diga esto, porque estamos hablando del intérprete de la

Constitución, no de la ley. Normalmente, o mejor dicho, «teóricamente», el punto de partida es que el juez conoce el derecho, *iura novit curia*, y de ahí podría concluirse: el juez constitucional como juez especializado en la solución de controversias constitucionales es el juez que conoce el derecho y *tiene la última palabra en materia constitucional*. Luego, en este marco, si hay interpretaciones contrastantes prefiere la suya. Es una manera de justificar la posición del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, de manera similar a como explicamos la posición del Supremo a la hora de la interpretación legal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Por supuesto esto no quiere decir que *fuera del marco del proceso* su interpretación tenga que vincular, por ejemplo, al legislador, que también es un intérprete de la Constitución.

Me parece que hay un problema con hasta qué punto la vinculación del legislador a la Constitución queda interferida, intervenida, para siempre por la jurisprudencia constitucional. Pero ahí tenemos algo. Que el Tribunal diga «como soy intérprete supremo, soy definitivo, indiscutible, único, final», etc., es en realidad una manifestación de impotencia. Porque, una de dos: o al Tribunal se le reconoce la autoridad para ser el intérprete *definitivo* en determinadas materias de la Constitución, o existe un recurso que le permite pronunciar siempre la última palabra (es decir, una vía por la cual todo puede volver a regresar al Tribunal para que vuelva a imponer su posición). En Estados Unidos ésta ha sido la dinámica. Hay casos que siempre pueden regresar; ¿cuáles?: derechos. Pero hay asuntos que no siempre pueden regresar y respecto de ellos sí que puede prevalecer la opinión del legislador. O sea que lo determinante, al final, es si hay la posibilidad de un recurso ante el Tribunal.

Por lo demás, se puede afirmar que en España el legislador —al menos el estatal—, ha sido tradicionalmente, vamos a decirlo así, muy obediente. Antes de venir aquí he dado un vistazo a las últimas leyes aprobadas procedentes de proyectos del Gobierno y, aunque a veces haya bastante de retórico, es muy frecuente encontrar en las Exposiciones de Motivos referencias a la jurisprudencia constitucional e, incluso, al cumplimiento de lo que esa jurisprudencia impone. En algunos casos de manera eminente: la reforma última de la Ley de extranjería, por ejemplo, se justifica en buena medida, explícitamente, como cumplimiento de sentencia del Tribunal Constitucional. Y todas las normas que se han aprobado en los últimos tiempos a propósito de derechos y deberes de miembros de las fuerzas armadas, régimen disciplinario de guardia civil, etc., remite a jurisprudencia

del Tribunal Constitucional. El contraste, quizá, está en el ámbito penal. Esto es bien interesante, ¿por qué interesante? Porque el ámbito penal es otro reino. Yo no tengo claro que en este ámbito el legislador tenga especial aliciente para ser deferente, porque ahí rige —y Víctor ha escrito muy agudamente sobre ello— el principio de legalidad, el principio de tipicidad, de modo que es precisamente el legislador el que tiene mucho que decir frente al Tribunal Constitucional... que ha entrado también en ese terreno y ha dicho cosas sobre la proporcionalidad de la pena, sobre el delito de alcoholemia, sobre la prescripción, etc., cosas que el legislador ha corregido después.

Entonces, para intentar llegar a algún tipo de conclusión en el día de hoy ¿podríamos ensayar una especie de división de tareas de interpretación según materias (temas) constitucionales? Pues pienso que hay una parte que podría ser prometedora. Ciertamente, entre las materias en las que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional interpretando la Constitución ha tenido una eficacia más potente y más duradera a la hora de la vinculación al legislador, están las que tienen que ver con el procedimiento de elaboración de leyes, con competencia del legislador o del gobierno legislador: las reglas, por ejemplo, del uso de la ley orgánica, de la definición de lo básico y el uso de la ley para las bases, del uso del decreto-ley... y toda esta es una doctrina que perdura en el tiempo. O sea, que se da por bueno que cuando la Constitución dice tal cosa a propósito de cuándo se ha de emplear la ley orgánica, se entiende que es como el Tribunal ha dicho, etc. Que esto tenga que ser así para siempre o no, es lo que ya hemos discutido aquí. Pero en estos temas creo que la doctrina del Tribunal ha sido generalmente respetada.

Otra cuestión es —y yo lo dejaría aquí—, volviendo a la Sentencia del Estatut, cuando el Tribunal dice que lo que el legislador «de ninguna manera puede hacer» es interpretar categorías constitucionales; o hacer una teoría de cómo es el Estado autonómico; o incluso, si me apuran —por ejemplo pensando en la Ley de partidos y en la Ley electoral— en qué consiste nuestra democracia, que no es una democracia militante (ya que aunque acepta esto, no acepta lo otro, etc.). Como si el Tribunal sí tuviera autoridad para hacer esta construcción como intérprete supremo de la Constitución, pero no el resto de los intérpretes. Y esto me parece ya bastante más dudoso.

Por eso pienso que una visión más modesta del alcance de la competencia de interpretación, más compartimentalizada si se quiere, ligada a lo

que entendemos que es la función propia de cada uno de los distintos intérpretes, quizá pudiera ayudarnos.

LUIS LÓPEZ GUERRA

Se han suscitado una cantidad notable de temas. Yo empiezo con un dato anecdótico, que se refiere a la Sentencia sobre el contenido constitucionalmente obligatorio y excluyente de la Ley de presupuestos. Cuando se aprobó esta Sentencia hice un voto particular. Me parecía que no había ningún mandato constitucional que dijera que la Ley de presupuestos tenía que reducirse única y exclusivamente a las previsiones de ingresos y autorizaciones de gastos, sino que en principio podía englobar otras materias. El Tribunal consideró que éste no era el caso y estimó que era inconstitucional la inclusión de determinadas materias en la Ley de presupuestos. Entonces pasó que el legislador, como de todos modos a final de año tenía que legislar sobre materias que se habían acumulado, inventó para ello la Ley de acompañamiento a los presupuestos. Y entonces el problema que se planteó al Tribunal Constitucional fue el de que hasta qué punto, puesto que era un fraude constitucional incluir en la Ley de presupuestos determinadas materias, no era también un fraude incluir esas materias en la Ley de acompañamiento de los presupuestos; con lo cual, se podía plantear también la inconstitucionalidad del contenido de la Ley de acompañamiento. Pero si así se apreciara por el Tribunal Constitucional, la situación de futuro seguramente sería que el legislador acabaría haciendo una ley de acompañamiento a la Ley de acompañamiento de los presupuestos. Quiero decir con ello que, como creo que decía Javier, lo que sale por la puerta entra por la ventana.

¿Qué fue lo que pasó en este caso? Si nos fijamos en el procedimiento, se produjo primero una decisión del legislador, después una decisión contraria del Tribunal, posteriormente otra decisión del legislador consecuencia de la decisión del Tribunal, y posiblemente, y a continuación otras (futuras) decisiones del Tribunal sobre la misma materia. Me refiero a este asunto porque lo que se plantea es el grado de vinculación del legislador a las decisiones de los Tribunales, y creo que puede ser útil examinar si los Tribunales se encuentran vinculados respecto de las decisiones de los Tribunales superiores en la misma forma que el legislador. Lo digo porque ese tipo de problemas se ha planteado por ejemplo cuando se trata de verificar

el grado de vinculación del Tribunal de Luxemburgo con respecto a las decisiones del tribunal de Estrasburgo, o el grado de vinculación de los tribunales constitucionales con respecto a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, a este respecto se ha introducido un concepto que presenta indudable interés, el concepto de diálogo entre tribunales. Es decir, la idea de que al fin y al cabo la relación entre unos Tribunales y otros no se plantea como una cuestión meramente de jerarquía o subordinación, sino que esa relación incluye una especie de ósmosis o trasvase recíproco de ideas, de forma que de alguna manera los criterios de cada Tribunal se ven afectados por los criterios de los demás Tribunales, sean superiores o inferiores.

Una versión explícita de este aspecto sería la que ha dado hace poco en un artículo el presidente del Tribunal Constitucional alemán, artículo en que viene a decir que la relación entre tribunales constitucionales, tribunales supremos, y tribunales europeos (de Luxemburgo y de Estrasburgo) no es tanto una relación jerárquica según el modelo de la famosa pirámide kelseniana sino, una relación que él comparaba con la que se produce entre los elementos de un móvil —de estas lámparas que cuelgan y que tienen una cantidad de elementos móviles se mueven unos alrededor de otros—, y venía a decir que el concepto a tener en cuenta no es tanto de jerarquía o vinculación sino un concepto de ósmosis-correlación.

Entro en una cuestión que planteaba Marc Carrillo: cuando un tribunal no lleva a cabo una manifestación radical y unilateral de inconstitucionalidad, sino que lo que introduce es un criterio de interpretación ¿no está haciendo una especie de oferta de diálogo a otros actores jurídicos? Porque no es lo mismo una manifestación clara y evidente de inconstitucionalidad de una norma que abrir una puerta a diversas interpretaciones posibles de la misma. ¿Se puede decir que una interpretación es indiscutible y definitiva, más allá del caso concreto? Vamos a ver, si hay cosa juzgada, desde luego hay cosa juzgada. Yo entiendo que si en un caso concreto se declara la norma inconstitucional y nula, pues es inconstitucional y nula, y eso es definitivo. Pero en los supuestos de interpretación de la Constitución ¿una interpretación «definitiva» e indiscutible o incontestable significa indialogable, podríamos decir? Yo no sé hasta qué punto en la práctica el mecanismo de relación entre tribunales constitucionales y legislador no funciona más como un diálogo (similar al «diálogo entre tribunales») que como una imposición. La pregunta no sería tanto si la jurisprudencia constitucional vincula o no vincula al legislador, sino a quién y cómo vincula.

Volviendo así al tema de mi exposición, yo creo que lo básico es averiguar si la jurisprudencia constitucional vincula, y hasta que punto, al propio Tribunal Constitucional. Es decir, si en el diálogo con otros actores jurídicos está el Tribunal dispuesto a llevar a cabo una alteración de sus posiciones originales o no lo está. Creo que esta cuestión la ha resumido muy sucintamente y bien Víctor cuando dice que lo que no podemos hacer aceptar que la doctrina de un tribunal sea inamovible y aceptar la teoría de la literalidad constitucional que mantienen algunos constitucionalistas norteamericanos, es decir, que lo que dice la Constitución es lo que dijo en su momento y no se puede cambiar. Yo creo que trasladar eso a la jurisprudencia, es decir que la interpretación dada es intocable, es difícil de mantener. Pero al mismo tiempo ha de tenerse en cuenta que nos movemos dentro de criterios y mandatos de seguridad jurídica; y siempre hay que preguntarse hasta que punto puede llevarse a cabo una alteración de la interpretación de las normas.

Quizá el concepto, no tanto de diálogo entre tribunales como de diálogo entre tribunales y legislador, pudiera ser útil en este aspecto, para introducir un elemento dinámico en la comprensión de cómo de verdad ocurren las cosas.

MARÍA ÁNGELES AHUMADA

A propósito de lo de la Ley de acompañamiento y sólo para corroborar que sí, que la saga continúa. Una sentencia constitucional reciente se ha pronunciado sobre los límites del poder de enmienda. El asunto procede de que precisamente para sortear los eventuales problemas de la Ley de acompañamiento, en los últimos tiempos se ha estado colocando en las leyes en trámite de enmienda lo que no se pudo tramitar como ley en otro momento, de tal manera que ya no es la Ley de acompañamiento del presupuesto sino las disposiciones adicionales de las leyes que pueden contener cualquier cosa.

Contra eso se pronuncia la sentencia reciente pero de nuevo ya vuelve la cosa por la ventana. Y es que, como el Tribunal Constitucional conecta el límite del poder de enmienda con el derecho de los parlamentarios, la Mesa del Senado ha interpretado que cuando todos están de acuerdo con una enmienda, no se lesiona el derecho de ninguno. Por tanto, adelante con todo lo que se quiera colgar en una ley por vía enmienda, aunque con este requisito.

Gracias. Muy brevemente: una reflexión sobre algo que quizá ya se ha dicho pero en lo que creo que tiene sentido insistir. Me refiero a la idea de la indiscutibilidad y al transcurso de los treinta años; ideas que quiero poner juntas.

Yo creo que la Sentencia —y volvemos a hablar de la Sentencia del Estatut, porque la indiscutibilidad de la doctrina se vierte en esta sentencia— es la expresión de una filosofía judicial incompatible con nuestro sistema constitucional. Una filosofía de supremacía judicial. Mi duda es la siguiente. Como filosofía judicial deriva seguramente de la Sentencia de la LOAPA. Pero, claro, la Sentencia de la LOAPA se dio treinta años antes. ¿En qué contexto? En uno en el que el Estado de las autonomías estaba por hacer. Dos estatutos, únicamente, aprobados en aquel momento. En un contexto en el que todos estábamos seguramente de acuerdo en que el Tribunal Constitucional estaba llamado a tener un papel importante en la construcción de un Estado autonómico, que luego se llamó el Estado autonómico jurisprudencial. En un contexto en el que muchos teníamos claro que no se podía dejar en manos del legislador del Estado, como ocurría con la LOAPA, el futuro del Estado autonómico. Y en un contexto, en fin, en el que el legislador democrático, que era el intérprete de la Constitución que competía con el Tribunal Constitucional en aquel momento, había dictado su sentencia meses después de un golpe de Estado. Quizá es un dato irrelevante o quizá no.

Yo creo que en aquel contexto, hace treinta años, con nuestro sistema constitucional y en particular su dimensión territorial en mantillas, aquella sentencia es perfectamente explicable, justificable y, seguramente como expresión de esa idea de supremacía judicial, es poco criticable. ¿Treinta años después, nuestro Estado es el mismo? ¿Treinta años después, el papel del Tribunal Constitucional interpretando la Constitución puede ser el mismo? Yo estoy de acuerdo con lo que acaba de decir Luis; es evidente, en el caso concreto alguien tiene que tener la última palabra diciendo lo que es o no inconstitucional. No cuestiono esto. Lo que yo cuestiono es que un Tribunal Constitucional en un sistema constitucional como el nuestro pueda afirmar la indiscutibilidad en los términos en los que lo hace de la propia doctrina. Y menos que en ninguna otra parte de nuestra Constitución en lo que estamos de acuerdo todos en denominar la Constitución territorial, por razones obvias. Lo ha dicho también Carles, creo recordar. Cuando lo que se está discutiendo es la obra del legislador, vamos a llamarlo estatuyente,

aunque el Tribunal rehúya el término, o de reforma del Estatuto, con una legitimidad democrática particularmente reforzada, esto hubiera debido provocar en el Tribunal una exacerbación de la deferencia hacia ese legislador; y creo que se hace todo lo contrario.

Decía María Ángeles: la indiscutibilidad así sostenida es expresión de flaqueza. Claro. El Tribunal de 1983 no necesitaba poner en la sentencia que su doctrina era indiscutible, porque lo que era indiscutible era su *autoritas*, el saber socialmente reconocido de aquel tribunal, era indiscutible. El problema de nuestro Tribunal de hoy en día es que como no tiene *autoritas* necesita expresarse con afirmaciones que al final seguramente provocan una cierta sorpresa o perplejidad en quien las lee. ¿Indiscutible hoy esto?, ¿treinta años después?, ¿estamos seguros?, ¿en un sistema constitucional como el nuestro en el que la interpretación de la Constitución se construye desde las comunidades autónomas y sus parlamentos, desde el Parlamento del Estado, desde el Gobierno, desde los múltiples actores de la interpretación constitucional?

Gracias.

DOLORS FELIU

Sí, yo estoy totalmente de acuerdo con Álex, yo creo que no podría ser de otra forma. Y además quería también estar en esta misma línea de la sentencia del Estatuto que se ha comentado aquí y decir que, ¿cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?, yo diría vincula más al legislador autonómico. ¿Por qué vincula más? Yo creo que vincula más porque aquí desde la sentencia del Estatut ya quedó claro que el Tribunal aparta el Estatut de una interpretación constitucional y por tanto se pone él y por tanto le aparta más. Y le aparta más porque, además, tenemos aquí un tema que es de procedimiento: tenemos un recurso de inconstitucionalidad que puede presentar el Estado ante las leyes autonómicas con suspensión, cosa que no puede ser a la inversa. Por tanto, ley autonómica que sale y que tiene una mínima contradicción, incluso de interpretación del Tribunal Constitucional, es impugnada y se pretende su suspensión, que durará cinco meses o más. Este es un sistema que no funciona con las leyes del Estado y el Estado lo sabe, se sabe que es así y que por tanto se utiliza así. Por ejemplo, en el tema de la interpretación de las leyes de consultas populares: que si estas interpretaciones que se han volcado en la sentencia del

Estatut vinculan, no vinculan, hasta qué punto... Recurso encima de la mesa. Tema de l' Aran: diferente, no preferente, hasta qué punto... Recurso encima de la mesa. O sea, realmente la ley autonómica no pasa. ¿Cómo vincula?, vincula del todo. La interpretación también.

Y totalmente con lo que decía Alejandro. Claro, esto es así en un momento en que evidentemente la sentencia de la LOAPA, como ha dicho muy bien Álex, el tema es que el sistema autonómico estaba *in fieri*, más que *in fieri*, se estaba alumbrando. Entonces, la sentencia de la LOAPA lo que hizo fue decir: legislador estatal deja a las comunidades autónomas legislar, déjalas andar, deja a los parlamentos autonómicos funcionar, déjalos.

En estos momentos el Tribunal ha dicho lo contrario, ha dicho: no, no, no funcionéis incluso al máximo nivel en la interpretación de la Constitución, parlamentos autonómicos y estatal no funcionéis, no quiero que funcionéis, quiero funcionar yo. Y en todo caso impotencia del Tribunal en poder vincular al legislador estatal, no impotencia de poder vincular al legislador autonómico. Porqué el legislador autonómico a la mínima que pongas en una sentencia ya queda vinculado de una forma clarísima por esta diferencia de armas.

Ahora, la pregunta es, como también apuntaba Alejandro, aunque el no lo decía tan duro por supuesto: ¿realmente este Tribunal nos continúa sirviendo como árbitro en nuestros temas territoriales? ¿Sirve? ¿Tiene *auctoritas* y realmente va a solucionar los problemas que tenemos encima de la mesa? Yo creo que este es el gran interrogante en estos momentos.

Ya está.

FRANCESC DE CARRERAS

Vamos a ver. Este trío de ponentes es tan brillante y sabio como elusivo. Estáis eludiendo varias cuestiones importantes en relación con el tema fundamental que aquí nos convoca: *Com vincula la jurisprudencia constitucional els legisladors?* Marc Carrillo ha formulado una pregunta concreta que, si bien Luis ha hecho un amago de responder, tampoco ha llegado a contestarla. Vamos a ver, la doctrina —utilizo la expresión doctrina, y no jurisprudencia, por las razones que ha expuesto muy acertadamente Marian—, es decir, la interpretación de la Constitución o de la ley que está contenida en los fundamentos de una sentencia del TC, ¿hasta qué punto vincula? Añado: ¿Vincula en la misma medida aquella que está recogida en

el fallo como aquella que no lo está pero queda claramente expuesta en el fundamento de la sentencia? Yo creo que este es un tema crucial que no ha sido respondido. Como tampoco ha tenido respuesta la pregunta de Enric Fossas: ¿hasta qué punto lo dispuesto en una sentencia sobre una determinada ley tiene un efecto de irradiación vinculante respecto de otras?; por ejemplo, lo establecido por el TC en su sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, ¿qué efecto tiene respecto a los demás Estatutos o respecto a otras leyes que puedan verse afectadas? Creo que estas dos cuestiones, aunque no llegemos a acuerdos, deben ser objeto de debate en este seminario porque son aspectos centrales del tema que aquí nos ha convocado.

Por mi parte, formularía otra pregunta que es consecuencia de las dos anteriores: ¿qué instrumentos de reacción procesal tiene el TC ante una ley claramente, frontalmente inconstitucional, aprobada antes o después de una de sus sentencias? Si no los tuviera —y creo que específicamente no los tiene, hay que acudir subsidiariamente a las leyes procesales de la jurisdicción ordinaria previstas en la LOTC, con las obvias dificultades que ello representa—, ¿habría que introducir reformas en la ley del TC para que su doctrina fuera efectiva y determinadas normas del ordenamiento no estén viciadas de inconstitucionalidad? ¿No creéis que sería conveniente introducir estas reformas en la LOTC? Porque si no es así, a mi modo de ver, la Constitución se va degradando y deja de ser la norma suprema. Subsisten leyes, o normas de rango inferior, inconstitucionales, porque no se ha regulado claramente un procedimiento para ejecutar las sentencias del TC. El caso de sentencias sobre la competencia en subvenciones que ha citado Carles Viver es clamoroso, como también lo son determinadas leyes catalanas afectadas por la sentencia sobre el Estatuto. Estas cuestiones creo forman parte del núcleo central del tema abordado en este seminario y los ponentes no habéis entrado a aclararlas.

XAVIER CASTRILLO

Comenzaría recogiendo el comentario del profesor Pérez Royo cuando ha dicho que el Grupo Popular al impugnar el Estatuto pretendía que la Constitución era lo que dice la Constitución y lo que había dicho hasta el momento el Tribunal Constitucional interpretando la actuación del legislador. Yo estaría de acuerdo. Este es el planteamiento que hizo. Lo que ocurre es que en la respuesta que los abogados de la Generalitat hicimos, recordába-

mos que el propio Tribunal durante muchos años cuando dictaba sentencias en temas competenciales en general y bendecía la actuación en aquel caso del legislador estatal solía añadir casi siempre que aquella no era la única legislación posible. O sea, como se dice, otra legislación es posible. Que dentro de la Constitución cabían distintas alternativas también correctas. Es un poco lo que ha comentado el profesor López Guerra o Víctor Ferreras sobre el sentido del voto particular del malogrado Tomás y Valiente en la Sentencia del aborto. No es la única legislación sobre el aborto constitucionalmente posible. Y, yendo al tema que hoy nos reúne, la vinculación está, yo diría que en ocasiones, cuando le ha interesado al legislador, sobre todo al estatal, ha utilizado la jurisprudencia constitucional como si fuera la única salida posible dentro del sistema constitucional español. Incluso en la impugnación del Estatuto había algunos temas que no llegaron a plantearse en el articulado pero que sí que eran comentados. Por ejemplo, Enric Fossas ha hablado del tema de la lengua, la vinculación que para el que planteaba el recurso tenía la Sentencia sobre la Ley de aguas como único sistema de entender la competencia estatal en materia de aguas; ha salido esto.

Pero es que incluso ha salido un tema tal vez menor pero no deja de ser importante porque el Estatut de Catalunya siguiendo puntualmente la Constitución, creo yo, decía que en las cuencas intracomunitarias, las aguas interiores que no afectaban a otras comunidades autónomas, la competencia es exclusiva, y por tanto también abarcaba la aprobación de la planificación correspondiente. Y en la Ley de aguas el Tribunal Constitucional se permitió decir que no sería de ninguna manera aceptable que el Estado pretendiera aprobar la planificación de las cuencas internas de las comunidades autónomas en base a un título en materia hidráulica, eso de ninguna manera, sería un control, dice textualmente «un control inaceptable». Pero en cambio como tiene la competencia de ordenación de la economía, para coordinar la actividad económica, para asegurar que los planes interiores se coordinen con el plan estatal hidráulico puede aprobarlo. Hombre, nosotros le decíamos, hay otros sistemas, véase el informe vinculante, incluso, de coordinación, de ejercer su actuación coordinadora, que no precisen este nivel. Es decir, hay otra posible legislación de aguas estatal por lo que se refiere a los instrumentos de planificación autonómicos de las cuencas internas también constitucionalmente correcta; y si se me permite, en mi opinión más correcta.

Por eso, como comentario final, en las últimas sentencias yo personalmente encuentro a faltar esta visión más abierta que nos llevaría a lo que

académicamente se enseña y hemos aprendido todos: los tribunales constitucionales como legisladores negativos, exclusivamente negativos.

Por desgracia, diría que en nuestro Estado autonómico, la parte central del Estado ha tomado en excesivas ocasiones el contenido de las sentencias como vinculantes positivamente y lo ha trasladado textualmente a preceptos legales positivos.

Nada más.

CARLES VIVER

Simplemente, para dar una respuesta sintética a lo que ha planteado Enric Fossas y también a Francesc de Carreras.

La cuestión de cómo afecta la doctrina de la Sentencia del Estatuto sobre los demás estatutos de autonomía no impugnados o incluso sobre leyes pendientes. A mi modo de ver, eso lo habíamos discutido también con Víctor. La doctrina afecta a estas disposiciones previas a la doctrina del Tribunal Constitucional. Es difícil decir que no hay una afectación y por tanto que no hay una vinculación, en la medida en que vincule esta doctrina, hasta que no haya un pronunciamiento de los propios legisladores que vuelvan a plantear otra vez, en las condiciones que nosotros estamos intentando analizar aquí, el reto al Tribunal Constitucional. Es un tema sin embargo por supuesto muy complicado.

En cuanto a los mecanismos de reacción. Si lo que estabas preguntando era si se tendría que establecer un mecanismo casi de oficio, mediante el cual el Tribunal Constitucional pudiese de oficio recabar la competencia para poder reafirmar su doctrina, yo en principio no estaría de acuerdo con esta propuesta. Me parece que esto sería desvirtuar totalmente lo que es un tribunal de justicia y también los tribunales constitucionales, que tienen que ser tribunales de justicia rogada. Ya existen vías indirectas, a través de las cuestiones de inconstitucionalidad siempre les puede llegar. Pero yo entiendo que esto sí sería cerrar lo que apuntaba Luis López Guerra y que creo que está subyaciendo en todas nuestras intervenciones: la vieja idea del diálogo entre tribunales pero también entre los parlamentos y los tribunales constitucionales. Y por aquí tenemos que intentar avanzar, por esa idea de diálogo e intentar ir acotando las pautas dentro de las que ese diálogo debería producirse para que esto esté reglado al máximo. Pero entiendo que sería cegar el diálogo la idea de dar a los tribunales constituciona-

les, a nuestro Tribunal Constitucional, la posibilidad de recabar para sí, la posibilidad de imponer, de una vez por todas, su doctrina.

VÍCTOR FERRERES

Gracias, Francesc, por recordarnos que teníamos preguntas importantes pendientes de contestar. Yo las quería contestar, pero no tenía tiempo en la primera intervención. A Enric Fossas y a Marc Carrillo:

La pregunta de Marc es hasta qué punto las cosas son distintas según que el fallo sea anulatorio o interpretativo. Yo creo que no hay una diferencia fundamental. Incluso creo que no hay ninguna diferencia, a los efectos de tu pregunta. Es decir, por poner un caso bien claro: cuando el Tribunal Constitucional, en una vieja sentencia se pronuncia sobre un precepto de la Ley de enjuiciamiento criminal (el que establece que los extranjeros que no entiendan el castellano tienen derecho a un intérprete cuando están detenidos...), y en el fallo el Tribunal Constitucional dice que la ley es constitucional, siempre que se entienda que incluye también a los españoles que no entiendan el castellano, yo creo que la vinculación producida en este fallo para el legislador es la misma que si en otra sentencia el Tribunal hubiera anulado una ley. Es decir, el Parlamento está igual de obligado por la tesis fijada en este fallo interpretativo, que si el fallo hubiera sido anulatorio.

Otra cosa es la jurisprudencia, insisto: la jurisprudencia no está en el fallo, la jurisprudencia está en los razonamientos jurídicos que han llevado al Tribunal a interpretar de una determinada manera la Constitución, y le ha llevado a concluir en el caso concreto del modo en que lo ha hecho. Entonces, si esta jurisprudencia vincula o no a los legisladores es la gran pregunta que nos tiene aquí convocados.

Esta distinción ayuda para dar respuesta a la pregunta de Enric. ¿Qué ocurre con las normas que son parecidas, o incluso idénticas, a las que han sido objeto de un proceso de constitucionalidad que ha desembocado en una sentencia invalidatoria, o en una sentencia interpretativa? Esto se nos plantea en el caso de la sentencia sobre el Estatut d'autonomia de Catalunya, no sólo por los otros estatutos que en parte incluyen preceptos similares o idénticos, sino también por las leyes catalanas de desarrollo del Estatut.

Todos conocemos la doctrina del Tribunal Constitucional, mantenida sin fisuras, y que empieza en la 23/88, según la cual el hecho de que el

Tribunal Constitucional haya invalidado una ley no permite a los jueces inaplicar, por su propia autoridad, otra ley que sea muy parecida a la que fue en su momento invalidada. El Tribunal Constitucional tiene el monopolio de rechazo y, por tanto, el juez debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Esta doctrina quizá es muy rígida. Subrayo el «quizá», porque, según cómo diseñemos y entendamos el sistema, es posible que, al final, tampoco sea tan rígida.

El caso de otro estatuto, pongamos el Estatuto de Andalucía. Uno podría sostener que la doctrina no es tan rígida, pues el Estatuto catalán fue objeto de examen después de haber escuchado, entre otros, al Parlamento catalán, coautor de la norma. Para que caiga un precepto parecido del Estatuto de Andalucía habrá que escuchar antes a uno de sus coautores, el Parlamento de Andalucía. El problema con esta tesis es que, si decimos que la jurisprudencia tiene que ser coherente, ¿cuál es la razón de ser de este derecho a ser oído, cuando sabemos que una norma que es exactamente igual a la que ya ha sido invalidada también merece ser invalidada? Sería un derecho a ser oído puramente formal.

En el caso de leyes que ejecutan una norma estatutaria, el sistema parece demasiado rígido. ¿Qué ocurre cuando la ley de desarrollo del precepto estatutario X empieza el primer artículo reproduciendo lo que dice ese precepto? Si ha caído la norma estatutaria, debería caer también la ley ordinaria. Quizá aquí podríamos plantearnos si nuestro sistema de justicia constitucional es demasiado rígido. Habría que relajarlo y entender que, una vez el precepto estatutario es nulo, queda contaminado también el precepto legal ordinario que trae causa de él. Y si nos parece que esto sería romper una doctrina que hasta ahora se ha establecido de una manera muy sólida, podríamos entender, al menos, que el juez está obligado a plantear cuestión de inconstitucionalidad, y que la cuestión se tiene que resolver en cuestión de semanas, pues simplemente se trata de ejecutar la sentencia ya dictada (por cierto, en su momento Bocanegra había sugerido la posibilidad de que el Tribunal dictara interdictos, en ejecución de sus fallos, cuando el Parlamento dictara una ley exactamente igual a la que acababa de invalidar. Pero esta era una propuesta un poco forzada).

En cuanto a los efectos de la sentencia, en la medida en que el Tribunal somete a interpretación los preceptos examinados, o en la medida en que sobreentiende que lo que ha dicho en los razonamientos jurídicos

debe llevar a hacer una interpretación conforme... Bueno, por el artículo 5 de la Ley orgánica del poder judicial, sabemos que los jueces deben interpretar los preceptos legales de acuerdo con la Constitución, entendiéndola ésta del modo en que haya dicho el Tribunal en todo tipo de procesos. Y esto sería extensible perfectamente a cualquier precepto estatutario, o cualquier ley ordinaria, suficientemente similar a la que ha sido objeto de un anterior proceso constitucional. Por ello, una cosa positiva de la Sentencia del Estatut es que, como el Tribunal abusó de la técnica de los pronunciamientos interpretativos, y limitó el uso de la técnica anulatoria, al menos la sentencia ha podido irradiar muchos de sus efectos al resto del sistema.

ENRIC FOSSAS

Una pregunta. Es que has dicho una frase que me ha sorprendido mucho, has dicho: la jurisprudencia no está en el fallo.

Yo te pregunto: ¿en una sentencia interpretativa tampoco?

VÍCTOR FERRERES

Tampoco. Porque lo que hay en el fallo no es interpretación de la Constitución. Lo que hay es fijación de las condiciones bajo las cuales una ley se puede mantener en el sistema. Y esas condiciones son: «si se interpreta la ley de esta manera, la ley se conserva». En el fallo no se está interpretando la Constitución. La Constitución se ha interpretado en los razonamientos. En el fallo lo que hay es una decisión sobre la ley, que puede ser una decisión anulatoria, o una decisión de someter la ley a ciertas condiciones. En una sentencia normal y corriente, de un tribunal ordinario penal, por ejemplo, en el fallo hay una decisión de condenar (o no) a alguien a una determinada pena. La jurisprudencia que la sala 2 del Tribunal Supremo establece, por ejemplo, no está en el fallo de sus sentencias, sino en los razonamientos jurídicos.

ENRIC FOSSAS

No me convences, Víctor.

JAVIER PÉREZ ROYO

Yo creo que por ejemplo en la sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña no es por casualidad cuando se hace la interpretación del preámbulo y después se lleva al fallo. La interpretación que se hace en los fundamentos después se lleva al fallo, luego no es tan clara y tan nítida la distinción que tú estás estableciendo.

VÍCTOR FERRERES

Javier, son dos problemas distintos. Una cosa es dónde se interpreta la Constitución, y otra cosa es dónde se interpreta la norma objeto de control. La Constitución se interpreta en los razonamientos jurídicos, no en el fallo. En el fallo se pueden imponer condiciones interpretativas a la ley, o puede haber una remisión expresa a algún fundamento jurídico, o puede haber un mandato implícito que diga «léase este fallo a la luz de los fundamentos». Pero el fallo se mueve en un plano distinto. Lo que hace la sentencia interpretativa es pronunciarse sobre...

JAVIER PÉREZ ROYO

En la teoría es así, en la sentencia del Estatuto de Autonomía de Cataluña no es así. Porque esta sentencia ha roto con casi todas las reglas lógicas con las que se tiene que funcionar, y este es el problema que tenemos. Nos encontramos con que aquí se ha planteado el tema de las normas que no han sido recurridas en otros estatutos de autonomía que coinciden íntegramente, y que han sido votadas por el propio partido que ha recurrido las normas después; y que este dato no tiene relevancia a la hora de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre lo mismo. Sino que dice «no, no, no, para impugnar la norma me vale esta manifestación de voluntad, la posterior me trae sin cuidado». Sin embargo, como las normas que se figuran en otros estatutos de autonomía son idénticas tampoco sabe como salir ahí porque no puede decir «están impugnadas pero...».

VÍCTOR FERRERES

¿Tú qué propones?

JAVIER PÉREZ ROYO

Yo no estoy proponiendo ahora mismo. Quiero decir... A mi me parece que todo es un disparate. Me parece que es un disparate que el Tribunal Constitucional se ha metido en un jardín porque no tenía competencia para resolver este tema de la forma en que lo ha hecho. Yo esto lo he escrito, lo he justificado y lo sigo manteniendo y me parece que un Estatuto de autonomía que es un pacto de inserción de una nacionalidad o región en el Estado, que se pacta entre dos parlamentos y que se refrenda, esto no puede ser resuelto por un Tribunal Constitucional. Este es un pacto que por su propia naturaleza no puede ser... El Tribunal Constitucional se ha metido y una vez que se ha metido estamos en el jardín en el que estamos.

La propuesta del Guadalquivir... para mí lo que ha querido decir el Tribunal Constitucional es «Señores, cuidado con el 150.2 de la Constitución que ahora no y además no se les ocurra a ustedes hacer una ley de delegación de transferencias en materia del Guadalquivir porque eso no cabe», y está invitando que si alguien lo hace se interponga el recurso correspondiente para anular la ley. Este es el sentido. Una vez que entramos en este terreno, una vez que un pacto que está hecho de esta manera que el Tribunal Constitucional entre aquí... Es que yo no veo, es que yo digo, ¿dónde está la Constitución de 1978 en la sentencia de los estatutos de autonomía de Cataluña y de Andalucía? Esto no es la Constitución que se votó en 1978, esto es una interpretación extremadamente reducida de coger determinados preceptos prescindiendo por completo de lo que es el 151, de lo que fue todo el proceso de elaboración de la Constitución, de que no había ninguna atribución de competencias al reconocimiento de los estatutos de autonomía en la Constitución sino que esto viene en la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y vinculaba el recurso previo de inconstitucionalidad. Y todo esto se ha saltado por los aires y ahora tenemos los problemas que decía la directora de los servicios jurídicos de la Generalitat, ahora vamos a tener un problema constituyente y un problema de hasta qué punto este órgano se puede considerar que es un órgano que sirve para resolver los conflictos territoriales. Estamos en este terreno y desgraciada-

mente lo vamos a tener más pronto de lo que pensábamos que lo íbamos a tener y vamos a ver por dónde salimos.

MARC CARRILLO

Víctor, únicament, joestic d'acord amb el que has dit... de acuerdo con lo que has dicho respecto del ejemplo de la sentencia interpretativa relativa a los derechos del extranjero y de traducción. Aquí no hay duda para el legislador. El problema es cuando la sentencia interpretativa es equívoca, es confusa, es instrumental. Por ejemplo, en la sentencia del Estatuto en relación al tema de qué son los llamados derechos estatutarios, ¿principios rectores?, ¿derechos subjetivos?, yo entiendo que aquí la sentencia del Tribunal no aclara en absoluto la cuestión. Por tanto, ante ello, el valor de vinculación que pueda tener esta sentencia en este punto concreto respecto de un futuro legislador creo que sigue siendo el mismo de antes: enormemente confuso. Y por tanto la posibilidad del legislador de hacer otra cosa o de insistir sobre el mismo creo que queda abierta.

VÍCTOR FERRERES

Pero es que esto ocurre todos los días. La jurisprudencia oscura vincula, el problema es que nadie sabe qué dice.

FRANCESC DE CARRERAS

Yo planteaba antes si era necesario que el TC dispusiera de instrumentos procesales para obligar al legislador a cumplir sus sentencias. La respuesta que ha dado Carles Viver no me ha resultado satisfactoria. Carles ha argumentado que los procedimientos ante el TC son de justicia rogada e, imagino, con ello pretendía subrayar que el TC es un órgano pasivo dado que debe ser imparcial. Con esta premisa estoy plenamente de acuerdo, es obvio que ello es así. Ahora bien, no me parece que ello tenga que ver con la cuestión que yo planteaba. También la justicia ordinaria es justicia rogada y los jueces y tribunales son órganos pasivos. Y, sin embargo, los jueces ordinarios tienen encomendada la ejecución de sus sentencias, la tutela

ejecutiva, y tal faceta es considerada como esencial para cumplir su objetivo de hacer justicia. En consecuencia, no veo inconvenientes de principio en que la tutela ejecutiva sea también una competencia del TC.

No obstante, quizás sí que debe tenerse en cuenta que en los procedimientos interpuestos ante el TC quienes deben cumplir sus sentencias son órganos públicos, legislativos, ejecutivos y judiciales, lo cual ofrece, sin duda, problemas adicionales de aplicación de las sentencias. Ahora bien, también parecía ofrecer insoslayables problemas el control judicial de las Administraciones Públicas mediante el recurso contencioso-administrativo y, sin embargo, hoy es uno de los elementos indiscutidos de todo Estado de derecho. Por tanto, creo que la garantía del cumplimiento de las sentencias del TC es un problema, desgraciadamente, pendiente. Y digo desgraciadamente porque hay reiteradas sentencias y reiterada doctrina que no son cumplidas por los órganos afectados, sean del Estado, sean de las comunidades autónomas.

CARLES VIVER

Son dos enfoques distintos. A mi me parece que los tribunales constitucionales y los magistrados tienen conciencia de ello. Son unos órganos muy potentes, tienen una fuerza muy grande. Y una de las pocas limitaciones es precisamente la que deriva del hecho de tratarse de una justicia rogada, de no tener la posibilidad de actuar de oficio. Marian decía: «bueno, el Tribunal alemán puede tener control de ejecución de sus sentencias», deberíamos ver cómo lo hace en la práctica. Yo no dispongo de esa información.

MARÍA ÁNGELES

Es una medida cautelar y mientras revisa la ley puede suspender su aplicación...

CARLES VIVER

En cambio en Alemania, donde existe una fórmula de vinculación de todos los poderes públicos a las sentencias del Tribunal prácticamente idé-

tica a la nuestra, el legislador alemán también se ha apartado en algunos casos abiertamente de lo establecido por el Tribunal y éste — sobre todo una de las salas — ha aceptado la legitimidad de este apartamiento y ha enjuiciado de nuevo la nueva ley. Ha dicho: «es cierto, yo tengo una jurisprudencia contraria a esta ley pero voy a revisar mi doctrina porque me parece sensato lo que ahora me propone de nuevo el legislador» buscando este equilibrio.

A mí me continúa pareciendo que tendríamos que mantener la idea de que el Tribunal Constitucional es un tribunal de justicia rogada.

LUIS LÓPEZ GUERRA

El tema está ahí: ¿Qué ocurre cuando efectivamente el Tribunal Constitucional declara total o parcialmente inconstitucional una norma que se encuentra sin embargo reproducida en otra, sea un estatuto u otro tipo de disposición? Desde luego, podemos confiar en la prudencia del legislador autonómico, para que no desarrolle legalmente un mandato estatutario cuyo contenido (en otro contexto) ya ha sido declarado inconstitucional. Pero si lo hace aparece otra dimensión que son los derechos del ciudadano, al que puede que se le hayan creado derechos en virtud de esa disposición. Entonces es evidente que en el momento de ejecutarla hay que seguir las vías ordinarias: no queda más remedio que aplicar la ley en tanto no se declare inconstitucional o en cuanto no se planteen los oportunos procedimientos de cuestión de inconstitucionalidad.

Lo que yo creo es que en nuestro ordenamiento no es posible introducir una técnica por la cual se suspenda en forma automática, sin impugnación alguna ante el Tribunal Constitucional, la aplicación de una ley que no ha sido declarada formalmente inconstitucional en cuanto tal disposición formal. Este es un problema en el que nos hemos metido, efectivamente. Pero no es resoluble más que por las vías normales. Para mí el planteamiento adecuado es que cuando el sujeto afectado (o beneficiado) intente que se aplique esa norma lo más que se puede hacer es plantear la cuestión de inconstitucionalidad; y si no se plantea entretanto, una ley que no ha sido declarada inconstitucional tiene que aplicarse.

Yo no veo más solución. Es posible que con imaginación jurídica se encuentren vías más rápidas pero a mí no se me ocurren desde la perspectiva de las garantías del ciudadano que considera que se le han creado unos derechos por esas leyes.

MERCÈ CORRETJA (moderadora del debat)

Con la intervención de Luis López Guerra daremos por finalizado este seminario. Yo creo que los objetivos se han cumplido aunque no hayamos llegado a una conclusión clara, diáfana y unánime porque el derecho no es una ciencia exacta por lo tanto eso era imposible, pero sí que se ha cumplido con el objetivo de promover el debate, de ver que hay distintas respuestas, que hay grados de vinculación diferente, que quizá habría que pensar en algunos criterios por materias, por tipos de sentencia...; y que desde luego el carácter indiscutible de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña es perfectamente discutible.

Gracias a todos por vuestra asistencia, a los ponentes y a los invitados, y esperamos volver a encontrarnos de nuevo.

ELS EFECTES VINCULANTS DE LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ELS LEGISLADORS: PODEN REITERAR PRECEPTES LEGALS PRÈVIAMENT DECLARATS INCONSTITUCIONALS?

CARLES VIVER PI-SUNYER

*Director de l'Institut d'Estudis Autònomic
i catedràtic de Dret Constitucional de la
Universitat Pompeu Fabra*

SUMARI: 1. Presentació: objecte i objectiu de la ponència. 2. Petrificació, jurisdicció sense contrapesos i abstracció de la realitat. 2.1. Petrificació. 2.2. Una jurisdicció sense contrapesos jurídics rellevants. 2.3. Abstracció de la realitat. 3. Un contrapunt a la doctrina majoritària basat en el dret comparat. 4. Quan i com el legislador s'hauria de poder apartar de la doctrina constitucional? 5. Coda.

1 · Presentació: objecte i objectiu de la ponència¹

Hom sap que la Constitució espanyola preveu, d'una forma certament poc precisa, que totes les «sentències» del Tribunal Constitucional tenen valor de «cosa jutjada» i que aquelles que «declarin la inconstitucionalitat d'una llei o d'una norma amb força de llei i totes aquelles que no es limitin a l'estimació subjectiva d'un dret, tenen plens efectes davant tothom.» (art. 164.1). La Llei Orgànica del Tribunal Constitucional —en endavant, LOTC—, que s'inspira directament en l'article 31.1 de la Llei del Tribunal

¹ Aquest treball té el seu origen en una ponència que vaig presentar el desembre de 2011 en el seminari organitzat per la Càtedra de Cultura Jurídica de la Facultat de Dret de la Universitat de Girona. La versió castellana d'aquesta ponència serà publicada en els propers mesos per l'editorial Marcial Pons. Agraïxo als organitzadors del seminari l'autorització per a publicar-ne la traducció catalana. També voldria agrair als professors Gerard Martín, Javier Mieres i Miquel Àngel Cabellos les observacions que em van fer a una de les primeres versions d'aquest treball i a Mercè Corretja la seva acurada traducció.

Constitucional Federal Alemany, estableix, com a tercer efecte, que «vincularan tots els poders públics» les sentències dictades en procediments d'inconstitucionalitat (art. 38.1 LOTC) i en conflictes, tant de competència (art. 61.1 LOTC) com de defensa de l'autonomia local (art. 75 *quinque*, apart. 6).

Doncs bé, en aquesta ponència voldria analitzar un aspecte molt concret d'aquest efecte vinculant. D'entre tots els poders públics, em cenyiré només al cas del legislador i, encara més específicament, a la qüestió de si, com a conseqüència d'aquesta vinculació, el legislador té vedada la possibilitat de reintroduir en l'ordenament jurídic un enunciat normatiu declarat prèviament inconstitucional per una sentència d'inconstitucionalitat i, més en general, per no limitar-me a la hipòtesi extrema, si pot reintroduir en l'ordenament un precepte legal que, sense tenir el mateix enunciat que el declarat inconstitucional, s'aparti de la doctrina constitucional que imposa una determinada interpretació de la llei enjudiciada o una determinada interpretació de la Constitució.

Més concretament: no analitzaré la qüestió de la reiteració legislativa des de la perspectiva dels efectes de la cosa jutjada i de l'eficàcia *erga omnes* de les sentències constitucionals ni em referiré a la resta d'efectes vinculants sobre el legislador com, per exemple, el deure de realitzar determinades actuacions per adequar la legislació a les sentències del Tribunal Constitucional o per executar els mandats que s'hi contenen. La pregunta a què voldria respondre és només la de si el legislador pot legítimament apartar-se de la decisió de la sentència i de la doctrina constitucional, tot reiterant el contingut d'un precepte que ha estat declarat inconstitucional o que no s'ajusta a la interpretació constitucional efectuada pel Tribunal; i, en el cas que la resposta sigui positiva, quan i com ho pot fer i quines conseqüències pot tenir aquesta reiteració respecte del control de constitucionalitat que ha de dur a terme el Tribunal si se li requereix i, molt especialment, si està obligat a portar a terme un enjudiciament *ex novo* de la nova llei.

Ja els avanço d'entrada que no tinc una resposta a tals interrogants amb pretensions conclusives. La meua modesta intenció és la d'intentar centrar els termes d'aquest complex debat de la millor manera possible, així com plantejar alguns dels interrogants pertinents de la forma més adient, a fi d'avançar en la resolució d'una qüestió que jutjo rellevant tant des d'una perspectiva dogmàtica com pràctica. Crec que, malgrat la seva modèstia, aquest és un objectiu legítim en un seminari de professors on pot ser tant fructífer el debat sobre dubtes com sobre preteses certeses.

En descàrrec dels limitats objectius d'aquesta ponència tan sols voldria apuntar que, com han destacat gairebé tots els autors que han abordat l'anàlisi dels efectes de les sentències constitucionals, aquest «és, sens dubte, un dels aspectes més problemàtics —sinó el que més— de la justícia constitucional, i ho és a més en tots els països on aquesta (justícia) existeix.»² A l'esmentada constatació s'hi ha d'afegir que fins ara a Espanya ni el legislador ni la doctrina no han contribuït a millorar aquest panorama incert.³

Doncs bé, aquest diagnòstic general és del tot pertinent en relació amb el supòsit específic aquí analitzat. N'hi hauria prou a recordar que, en aquest cas, una part important de la doctrina espanyola, quan analitza els efectes vinculants de les sentències, ni tan sols es planteja la possibilitat que el legislador es pugui apartar legítimament de la doctrina constitucional i, encara menys, que pugui reiterar preceptes declarats inconstitucionals. D'altra banda, els qui sí que es formulen aquest interrogant sovint el resolen amb respostes genèriques que no es deturen en la fonamentació i deixen obertes qüestions nuclears que amb prou feines queden insinuades.

Així, un sector de la doctrina, possiblement el majoritari, es limita a negar *a radice* aquesta possibilitat —a partir de premisses discutibles o que, si més no, en rigor, no permeten arribar a tal conclusió si no van acompanyades d'una major argumentació; afirmacions de l'estil de les que sostenen que la doctrina constitucional crea normes que s'adhereixen als enunciats constitucionals interpretats, que concreta el contingut normatiu d'aquests enunciats, que té el valor de la norma interpretada, que ocupa el lloc d'aquesta norma o que constitueix una interpretació autèntica de la Constitució que, per aquest mateix motiu, s'imposa a tots els poders públics—.⁴

2 Així ho afirma Gómez Montoro, A. 2001, «Comentario al artículo 38 de la LOTC» a Requejo, J. (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, pàg. 555.

3 Tal com adverteix Garrorena Morales, A., 1999. «Artículo 164 de la Constitución, Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional» a O. Alzaga (dir.) *Comentarios a la Constitución Española de 1978, XII*, Madrid: Edersa, pàg. 333. En un sentit semblant es va pronunciar Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», a *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 22, gener-abril 1988, pàg. 49.

4 Vegeu, entre d'altres, García Roca, J., «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», a *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, desembre 2011, pàg. 87 i ss. Medina Guerrero, M., «Comentario al artículo 1 de la LOTC», ob. cit., pàg. 69 i ss. Requejo Rodriguez, P., «La posición del Tribunal Constitucional Español tras su Sentencia 31/2010», a *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, ob. cit., pàg. 318 i ss. Balaguer, F. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2011, pàg. 134.

Amb tot, una part important d'aquests autors admet, tot i que sense més precisions, que la vinculació del legislador a la doctrina constitucional és diferent i menys intensa que la dels altres poders públics⁵ i que, en qualsevol cas, aquesta vinculació encara es troba mal delimitada.⁶

En canvi, un altre sector doctrinal, avui encara minoritari, admet la legitimitat que el legislador no s'ajusti a la doctrina constitucional i fins i tot que reiteri preceptes declarats inconstitucionals. Ara bé, aquestes afirmacions les fa amb suma cautela, sense concretar quan i com pot el legislador contravenir aquesta doctrina i defensant aquesta tesi d'una manera potser més «intuïtiva» que com a fruit d'una elaboració doctrinal prèvia que, en qualsevol cas, no s'acostuma a explicitar.⁷

Davant d'aquest gairebé absolut buit doctrinal és lícit preguntar-se si el problema, si més no tal com jo l'he presentat aquí, està ben plantejat i si es tracta d'un problema rellevant des del punt de vista teòric i pràctic. Es podria pensar, per exemple, que la qüestió és intrascendent ja que en la pràctica no es pot impedir que el legislador reiteri el text d'una llei inconstitucional, tot i saber que corre un alt risc que de nou sigui declarat inconstitucional.

Malgrat això i front al dubte, per a mi és clar que acceptar o no la possibilitat de reiteració de lleis que s'aparten de la doctrina constitucional i determinar, si escau, quan i com resulta legítim apartar-se'n, respon i afecta a qüestions bàsiques de la dogmàtica constitucional i té importants repercussions pràctiques.

En aquest debat s'hi troben implicades qüestions dogmàtiques com la posició constitucional del legislador i del Tribunal Constitucional, la relació entre la Constitució, les lleis i les sentències constitucionals dins del sistema de fonts del dret o l'abast que s'ha de donar a la supremacia interpretativa que la seva llei orgànica atribueix al Tribunal Constitucional.

5 Vegeu per tots Gómez Montoro, ob. cit., pàg. 572; Garrorena Morales, A., ob. cit., pàg. 378; García Roca, ob. cit.

6 Per tots, Rubio Llorente, F., ob. cit., pàg. 33.

7 Gavara De Cara, J.C., *Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras Comunidades Autónomas* a *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 1r. Trimestre 2011, pàg. 249 i Gonzales Pascual, M., *La Posición de los estatutos de autonomía en el sistema constitucional. Teoría y realidad constitucional*, número 27, pàg. 514. Més àmpliament fonamentada resulta la posició de Ferreres Comella, V. favorable al fet que la crítica democràtica de la jurisprudència constitucional es pugui articular mitjançant l'aprovació de lleis que s'aparten de la doctrina constitucional, vegeu *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas* en el llibre *Jurisdicción constitucional y democracia, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Políticos, pàg. 24 i ss.

I afecta qüestions pràctiques com el paper que exerceixen la Constitució i la doctrina constitucional en tant que paràmetres de constitucionalitat de les lleis —p. e. la condició de cànon directe de constitucionalitat de la Constitució, el paper «mediador» de la doctrina constitucional, etc.— i, relacionat amb això, la necessitat o no que el Tribunal Constitucional realitzi un nou enjudiciament de les lleis que s'aparten de la seva doctrina.

Des de la perspectiva del legislador, l'opció per una o altra resposta pot tenir conseqüències pràctiques com l'estimular o retraure l'exercici de la seva activitat legislativa o bé el trobar més o menys obstacles en els tràmits parlamentaris inicials dels processos legislatius (presa en consideració, etc.).

En un altre ordre de consideracions, del relleu pràctic i teòric de la qüestió aquí analitzada en pot donar compte la dada, a la qual després em referiré més extensament, que el Congrés anual de la Conferència de Tribunals Constitucionals europeus de l'any passat justament es va dedicar a analitzar aquest tipus de qüestions i entre les preguntes formulades en el qüestionari vertebrador de la trobada hi figurava la qüestió de si «li és permès al legislador aprovar, a través d'una altra llei, una 'solució legislativa' que hagi estat declarada inconstitucional».

Finalment, s'hi pot afegir una dada més, que fou justament la que va desvetllar el meu interès per aquest tema i que pot ajudar a centrar el problema de fons que aquí s'aborda. Em refereixo al debat que es va suscitar a Espanya quan s'estava elaborant l'avantprojecte del que després fou l'Estatut de Catalunya de 2006 i que ha continuat obert després que la STC 31/2010 resolués el recurs interposat per un grup de diputats del Partit Popular contra aquesta disposició normativa. En l'origen d'aquest debat hi havia els articles, força nombrosos, que s'apartaven de forma clara, i crec que conscient, de la doctrina mantinguda pel Tribunal Constitucional i pretenien propiciar una nova interpretació de la Constitució, sense excloure, si calgués, la revisió expressa d'aquesta doctrina constitucional pel Tribunal. Davant d'aquest plantejament, un important sector de la doctrina iuspublicista espanyola va proclamar emfàticament que aquesta pretensió era, en si mateixa, inconstitucional, no per apartar-se de la Constitució, sinó per contradir allò establert per la doctrina del Tribunal Constitucional «que vincula tots els poders públics.»

Alguns professors van recordar la centenària i enginyosa frase de Charles Evans Hughes —que va arribar a ser president del Tribunal Suprem dels Estats Units d'Amèrica—, segons la qual la Constitució diu allò que els jutges diuen que diu i, a partir d'aquesta premissa, van convertir la doctrina del Tribunal Constitucional en paràmetre directe i immediat de la

constitucionalitat del projecte de reforma de l'Estatut català. En la seva opinió, la sola contradicció amb la doctrina establerta pel Tribunal era causa suficient d'inconstitucionalitat en la mesura en què es vulnerava un presumpte deure jurídic del legislador de no apartar-se'n. La doctrina constitucional i no la Constitució es convertia així en objecte directe de la controvèrsia sobre la constitucionalitat del projecte d'Estatut. Per això, si el legislador volia promoure una modificació de la doctrina constitucional no tenia cap més alternativa que la d'intentar reformar la Constitució.

Certament, aquest plantejament, les premisses teòriques abans esmentades en què es basa i el vet radical a la reiteració de lleis que contravenen la doctrina constitucional, responia i respon a la necessitat de donar contingut als efectes vinculants que proclama la LOTC d'una manera certament excepcional en dret comparat⁸ i a la configuració del Tribunal Constitucional com a intèrpret suprem de la Constitució que, almenys en relació amb el legislador, tampoc no és unànime en dret comparat i, més enllà de la LOTC, no té una base constitucional tan sòlida com la supremacia que se'n pot predicar respecte del poder judicial. És més, cal reconèixer que aquest plantejament coadjuva sens dubte a fer efectius principis tan importants i irrenunciables en un Estat constitucional de Dret com el de la supremacia de la Constitució davant de les disposicions emanades dels parlaments i, més en general, contribueix a garantir l'efectivitat del principi de seguretat jurídica i el valor de mantenir els precedents jurisdiccionals, la rellevància pràctica dels quals és difícil d'exagerar. Encara més: s'ha d'admetre que el vet radical a què el legislador s'aparti de la doctrina constitucional pot contribuir a reforçar la posició del Tribunal Constitucional, objectiu especialment rellevant en el moment històric en què es restableix o s'estableix *ex novo* la justícia constitucional en un determinat ordenament. De fet, aquesta dada, que com veurem tot seguit resulta significativament corroborada en el dret comparat, potser sigui un dels elements que permeti explicar la posició mantinguda majoritàriament per la doctrina espanyola al llarg d'aquestes primeres dècades de recorregut de la justícia constitucional establerta per la Constitució de 1978.

Malgrat això, com aniré exposant al llarg d'aquesta ponència, en interpretar l'abast dels preceptes de la Constitució i de la LOTC aquí involu-

8 Només a Alemanya, com he dit, existeix una regulació com l'espanyola i en dos casos —els de Rússia i Lituània— es va encara més enllà ja que la llei prohibeix expressament la reiteració de preceptes prèviament declarats inconstitucionals.

crats, cal tenir present que ni els efectes vinculants de les sentències sobre el legislador ni la supremacia de la Constitució sobre les lleis exigeixen, com a condició *sine qua non*, el vet radical a la reiteració legislativa de preceptes declarats inconstitucionals; encara més, aquest vet tampoc resulta indispensable a l'hora de garantir l'efectivitat de la supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el legislador la qual, d'altra banda, no constitueix pas un valor absolut i il·limitat que no s'hagi de cohonestar amb altres valors també rellevants com els que tendeixen a evitar els efectes jurídicopràctics perniciosos que pugui provocar una aplicació excessivament rígida del vet a la reiteració legislativa d'aquest tipus de preceptes. De fet, alguna lliçó s'ha d'extreure del dret comparat que, en aquesta matèria, ofereix nombrosos exemples d'ordenaments on els principis abans esmentats, inclosa la supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional allí on es proclama, es garanteixen de forma matisada, sense vets radicals. Això succeeix, fins i tot, en casos com l'alemany en el qual, com he reiterat, existeix una clàusula de vinculació dels poders públics idèntica a la continguda a la LOTC.

Convé, doncs, analitzar amb una mica més de detall les possibles insuficiències que presenta el plantejament majoritari i fer una breu referència a les nombroses experiències comparades que contrasten amb el que aquest plantejament defensa. En els dos propers epígrafs això és el que intentaré desenvolupar.

2 · Petrificació, jurisdicció sense contrapesos i abstracció de la realitat

La prohibició, sense matisos, que el legislador s'aparti de la doctrina constitucional, em sembla una opció excessivament radical per diversos motius. Aquí voldria centrar la meua atenció en tres de les conseqüències «jurídicopràctiques» que deriven d'aquest plantejament majoritari i que, a parer meu, la dogmàtica jurídica no hauria d'ignorar en elaborar les seves propostes. Em refereixo concretament, en primer lloc, a les dificultats que aquest vet pot produir a l'hora d'assegurar una correcta adequació de la doctrina constitucional, de la Constitució i de l'ordenament jurídic en general als canvis de la «realitat social» als quals fa esment l'art. 3.1 del Codi civil, inclosos els canvis de la «realitat jurídica» (canvis normatius en matèries connexes a la que fou declarada inconstitucional, nous enfocaments

jurisprudencials del propi Tribunal Constitucional o d'altres tribunals, especialment dels supraestats, etc...); en segon lloc, als perills derivats de la inexistència de contrapesos jurídics efectius a la jurisdicció constitucional i, finalment, a la claudicació que per al Dret pot representar la renúncia a canalitzar jurídicament allò que s'esdevé en la realitat.

2.1 · Petrificació

En efecte, des de la perspectiva de la doctrina constitucional, vetar *a radice* la possibilitat que el legislador reintrodueixi en l'ordenament jurídic un precepte legal que contravé la doctrina constitucional fa enormement difícil la possibilitat que el Tribunal Constitucional pugui revisar la seva jurisprudència per adaptar-la als canvis socials i jurídics.

Atès que el Tribunal no pot revisar «d'ofici» la seva doctrina, que els jutges i tribunals no puguin plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat en relació a una llei prèviament expulsada de l'ordenament jurídic i que, com és obvi, el legislador és l'únic que pot reintroduir una llei en l'ordenament, el Tribunal Constitucional només es pot replantejar la seva doctrina de forma indirecta —per exemple, amb ocasió del control de constitucionalitat de canvis normatius en matèries connexes o amb ocasió de la impugnació de lleis que efectivament s'ajustin a la doctrina constitucional però que són impugnades pels qui són legitimats per a fer-ho amb l'objectiu precisament de provocar un canvi en aquesta doctrina constitucional—. ⁹ En

9 Com veurem, això és el que, en la meua opinió, va succeir amb alguns dels preceptes de l'Estatut de Catalunya de 2006 que es limitaven a reproduir doctrina constitucional i, tanmateix, van ser impugnats i posteriorment declarats inconstitucionals. Aquest seria el cas de la «definició» de les bases o de la configuració dels Estatuts d'Autonomia com a disposicions que formen part del bloc de la constitucionalitat.

Un exemple molt clar i alligador d'aquest tipus de canvi l'ofereix la molt recent STC 36/2012 que modifica radicalment l'enquadrament competencial d'un reial decret estatal —el 1472/2007— que preveia la concessió d'ajudes per l'accés a l'habitatge dirigides a persones d'edat compresa entre els 22 i els 30 anys. En una sentència de novembre de 2010 la Sala segona —STC 129/2010— va considerar que la competència habilitant era l'estatal de l'article 149.1.13 CE. En canvi 15 mesos més tard el Ple del Tribunal canvia de parer de manera explícita i considera que la matèria objecte d'aquest mateix reial decret estatal és l'assistència social de titularitat autonòmica. En el seu fonament jurídic 5 diu que «el encuadramiento competencial —que se realiza en esta sentencia— se aparta claramente del que se realizó en nuestra STC 129/2010... por consiguiente se hace necesario reconsiderar y sustituir dichos criterios por los establecidos en la presente resolución, alterando, en lo que proceda, la doctrina sentada en dicha Sentencia». Són poques, però, les ocasions en les quals el Tribunal té la oportunitat de revisar la seva doctrina i per

qualsevol cas, cal advertir que, paradoxalment, el Tribunal Constitucional podria revisar la seva doctrina, i així ho ha declarat expressament,¹⁰ a instàncies d'un jutge que decideixi reiterar la mateixa qüestió d'inconstitucionalitat després d'haver obtingut una sentència desestimatòria, però no ho podria fer a instàncies del legislador després d'una sentència d'inconstitucionalitat o d'una sentència interpretativa d'inconstitucionalitat. Certament, com veurem, als nostres efectes no són plenament equiparables les conseqüències que es deriven de la reiteració d'una qüestió d'inconstitucionalitat amb les que produeix la reiteració d'un precepte legal ni són iguals els efectes d'una sentència desestimatòria i els d'una sentència estimatòria, però, tanmateix, la situació descrita no deixa de ser sorprenent.

De fet, hi ha matèries constitucionals, especialment les més impermeables a la influència de les jurisdiccions supraestatsals com el Tribunal Europeu de Drets Humans o el Tribunal de Justícia de la Unió Europea, en les quals l'evolució de la doctrina constitucional resulta molt complexa sense la intervenció del legislador.¹¹

Vista la qüestió des de la perspectiva de l'adaptació de la Constitució i de l'ordenament en general als canvis socials o jurídics o, com diu el Tribunal, des de l'exigència d'adequació del seu sentit «a les circumstàncies del temps històric» (STC 31/2010, fj 57), negar que el legislador pugui reiterar enunciats legals que contravenen la doctrina constitucional implica reconèixer que aquest és el procediment que millor garanteix aquesta adaptació i que evita que l'adequació es realitzi per mitjà d'instruments jurídics o vies de fet molt menys segures i raonables des de la perspectiva jurídica. I també implica un menyspreu al fet sens dubte rellevant que el legislador es troba en una posició millor que el Tribunal per valorar de forma global els canvis socials i la influència que puguin tenir en el significat de la Constitu-

això cal preguntar-se, com estic fent aquí, si no es oportú reconèixer la possibilitat de que el legislador pugui coadjuvar, des de la seva posició privilegiada, a aquest tipus de revisió.

- 10** Tal com es reconeix explícitament en la STC 155/1986 quan en el seu fonament jurídic 2n. admet la possibilitat de reiterar una qüestió d'inconstitucionalitat sobre un determinat precepte legal i *pels mateixos motius* tot declarant que: «no pateix [la qüestió d'inconstitucionalitat], per reiterativa, de notòria manca de fonament, ja que resulta rellevant *el lapse de temps transcorregut des que es va dictar la STC 160/1987, a la vista de l'activitat normativa i de l'intens debat polític i social...*».
- 11** Aquest seria el cas, com anirem veient, de les matèries relatives a l'organització territorial del poder de l'Estat i, també tot i que en menor mesura, de les de l'organització institucional de l'Estat, en contrast amb el que s'esdevé en l'àmbit dels drets, on l'actuació dels Tribunals supraestatsals esmentats anteriorment o, fins i tot encara que en un percentatge molt menor, d'altres instàncies internacionals, contribueix a l'evolució de la doctrina constitucional.

ció i per ponderar els canvis que calgui fer en l'ordenament per concretar aquesta nova significació constitucional. No s'ha d'oblidar que és al legislador i no al Tribunal Constitucional a qui correspon la «realització» de la Constitució.¹² Tot això no és incompatible amb el fet que el Tribunal Constitucional pugui reivindicar amb èxit la supremacia derivada de la seva qualitat d'òrgan especialitzat en la tasca de portar a terme el control de la constitucionalitat de les lleis concretes que se sotmeten a la seva jurisdicció.¹³

Davant del que s'ha dit, un sector doctrinal contraargumenta tot afirmant que si el legislador pretén adequar *contra sententiam* la legislació al que es considera un canvi de significat de la Constitució, el que ha de fer és impulsar una reforma constitucional. Al meu parer aquesta alternativa resulta poc raonable i de fet no evita el risc de petrificació.

És poc raonable perquè no cal que qualsevol canvi en el significat de la Constitució quedi reflectit en els seus enunciats normatius i sovint és bo que no sigui així; si així s'exigís el text constitucional hauria de baixar a un grau de detall i a una casuística impròpia d'una Constitució.

I des de la perspectiva dels perills de la petrificació, l'exigència d'impulsar la reforma constitucional resulta clarament desproporcionada si es tenen en compte les enormes dificultats que les reformes constitucionals han tingut secularment a Espanya, fruit d'una arrelada cultura jurídica que únicament sembla que admet excepcions —com les de 1992 i 2011— quan l'impuls reformador sorgeix fora de les fronteres estatals.

Acceptar que el legislador, quan compleix determinats requisits als quals em referiré més endavant, pot legítimament adaptar l'ordenament a les noves circumstàncies socials fins i tot *contra sententiam* implica, sens dubte, introduir una important modulació a la supremacia interpretativa del Tribunal i als efectes vinculants de les seves sentències, però cal subratllar que aquests principis no queden buits de contingut. Sens perjudici de les matisacions que es faran, cal tenir present que quan el legislador reintrodueix un precepte contrari a una sentència constitucional, la nova llei queda, com és obvi, sotmesa al control de constitucionalitat del Tribunal Constitucional, ja que aquest no està de cap manera vinculat per la interpretació i concreció constitucional realitzada pel legislador encara que aquest pre-

¹² Balaguer, F., ob. cit., pàg. 134.

¹³ Sobre el caràcter d'òrgan especialitzat dels Tribunals Constitucionals es pot veure Ferreres Comella, V., *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, New Haven & London, 2009, pàgs. 36 i ss. Hi ha una versió castellana publicada per Marcial Pons sota el títol: *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*.

tengui que s'ha limitat a constatar un canvi en la realitat social i jurídica que, al seu parer, hauria canviat el significat de la Constitució.

És cert que la llei que reintrodueix un precepte declarat inconstitucional s'incorpora de manera immediata a l'ordenament jurídic, és vàlida i produeix efectes en tant no sigui novament expulsada d'aquest ordenament pel Tribunal Constitucional. I també és cert que aquest pot no tenir l'oportunitat de pronunciar-s'hi si els subjectes legitimats no en qüestionen la constitucionalitat. Podria succeir, així, que fos vigent una llei contrària a la doctrina del Tribunal Constitucional, el qual veuria així debilitada la supremacia interpretativa que li atorga la seva llei orgànica.

Tot i això cal advertir que la possibilitat que existeixi en l'ordenament una llei o un precepte inconstitucional és un fet conegut en tots els ordenaments. Això és fruit del fet que la jurisdicció constitucional és una jurisdicció «sol·licitada» o a instància de part i aquesta característica, compartida per la pràctica totalitat de les jurisdiccions constitucionals, constitueix per a elles un límit tan important com, amb tota certesa, inalterable.

En qualsevol cas, des de la perspectiva de la supremacia interpretativa del Tribunal, no hauria de plantejar greus objeccions una interpretació flexible que acceptés que, amb el compliment de determinats requisits, el legislador es pot apartar legítimament de la doctrina constitucional per adaptar l'ordenament jurídic a una evolució de la realitat social o jurídica que permeti afirmar que la Constitució ja no diu el que el Tribunal deia que deia.

Naturalment aquesta interpretació flexible de la supremacia interpretativa només és possible, des de la perspectiva dogmàtica, si s'admet que la Constitució pot no dir sempre exactament el mateix que el Tribunal Constitucional diu que diu i si s'accepta, com he apuntat amb anterioritat, que aquesta supremacia no és totalment indispensable per garantir la supremacia de la Constitució i, finalment, si s'accepta que la supremacia interpretativa del Tribunal proclamada per la LOTC no és un valor absolut i il·limitat que no es pugui i calgui cohonestar amb d'altres valors també rellevants com el de coadjuvar a una adequada adaptació de la Constitució, de l'ordenament i fins i tot de la doctrina constitucional als canvis de la realitat social o jurídica.

2.2 · Una jurisdicció sense contrapesos jurídics rellevants

Un segon problema del vet radical a què el legislador reiteri preceptes que no s'ajusten a la doctrina constitucional està relacionat amb els cone-

guts debats sobre els contrapesos del poder del Tribunal Constitucional, tant els relacionats amb el principi democràtic encarnat pel legislador, com els derivats de l'existència de jurisdiccions supraestatsals mútuament influents.¹⁴ Es tracta de debats de sobres coneguts en els quals aquí no puc entrar *in extenso*. Només voldria apuntar que, de totes les propostes tendents a garantir un cert equilibri entre els organismes que són a la cúspide dels diferents poders estatsals i supraestatsals, la més seriosa i eficaç és sens dubte la que defensa la necessitat de propiciar el diàleg entre ells i, concretament en el nostre cas, el diàleg entre el legislador i el Tribunal Constitucional. I pel que aquí interessa, la manera més eficaç de propiciar aquest diàleg consisteix precisament en permetre que el legislador que discrepi de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional pugui, en unes condicions determinades, instar una revisió d'aquesta doctrina constitucional encara que sigui de forma indirecta mitjançant la reiteració d'una disposició prèviament declarada inconstitucional. El *self-restrain*, la deferència, el respecte escrupolós a les regles processals, la qualitat dels jutges constitucionals,¹⁵ poden coadjuvar a acotar l'immens poder que pot arribar a acumular un Tribunal Constitucional, però cap d'ells té el relleu pràctic que pot assolir el diàleg a partir del reconeixement de la possibilitat que el legislador reiteri un precepte que contravingui la doctrina, i fins i tot la decisió, continguda en una sentència constitucional.

En aquest cas, a diferència del que passava en el supòsit que hem analitzat abans, l'apartament de la doctrina constitucional podria no estar únicament justificat en un element «extern» o «aliè» a la doctrina constitucional com pot ser un canvi en el significat de la Constitució provocat per un canvi social, sinó que també podria ser fruit d'una simple discrepància jurídica respecte de la sentència constitucional.

En aquest segon supòsit sens dubte la supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional podria veure's més afectada que en el cas anteriorment analitzat. En relació a aquell, fins i tot es podria afirmar que el legislador es limita a constatar un canvi de la realitat social que tàcitament ha mutat el significat de la Constitució modificant, també tàcitament, el contingut de la doctrina constitucional. En canvi, en el supòsit del diàleg obert

14 Com adverteix Cruz Villalón, P., «El Tribunal Constitucional amb prou feines està sotmès als contrapesos d'altres poders» a «La Constitución accidental», a *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Vol. II, AAVV, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pàg. 1177.

15 Vegeu Garcia Roca, ob. cit.

com a conseqüència d'una mera discrepància jurídica del legislador amb la doctrina constitucional, la supremàcia interpretativa del Tribunal resulta més directament interpellada.

Tanmateix, com després provaré d'argumentar, d'això no s'infereix la necessitat d'un vet radical a la reiteració legislativa amb els consegüents problemes i rigideses a les quals ja he fet esment, però sí que exigeix al legislador discrepant el compliment d'uns requisits específics que analitzaré més endavant.

A l'hora de concretar la legitimitat del diàleg entre el legislador i el Tribunal a partir de la reiteració de lleis *contra sententiam* i de recordar els beneficis que del diàleg entre el Tribunal Constitucional i el legislador democràtic se'n poden derivar, (atès que, com he reiterat, aquest té una visió global de l'ordenament jurídic de la qual el Tribunal pot estar mancat) potser sigui convenient tenir present que aquest diàleg, i la consegüent flexibilització de la supremàcia interpretativa del Tribunal Constitucional, en la pràctica ja existeix en relació amb el poder judicial. I cal tenir present que respecte als jutges i fiscals aquesta supremàcia té un ancoratge constitucional i funcional molt més clar i ferm que en relació amb el legislador. Són molts els exemples que es podrien aportar en què els tribunals de justícia i especialment el Tribunal Suprem s'aparten de la doctrina del Tribunal Constitucional,¹⁶ fins i tot de forma expressa i de vegades revestida de solemnitat,¹⁷ i s'ha de reconèixer que sovint aquest «diàleg» ha finalitzat amb una rectificació de la doctrina constitucional. No hi ha bons arguments per negar *a radice* al legislador democràtic allò que a la pràctica vénen fent els tribunals de justícia amb menor o fins i tot amb nul fonament jurídic.

En qualsevol cas, cal reiterar l'obvietat que admetre el diàleg entre el legislador i el Tribunal Constitucional no exclou en cap cas el control de

16 En relació amb aquesta qüestió resulta molt interessant la tesi que ja es troba en procés de publicació d'Alicia González Alonso *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*.

17 Recordeu per exemple, en relació amb la polèmica entre el Tribunal Constitucional i el Tribunal Suprem sobre el còmput de la interrupció de la prescripció, que el Ple de la Sala Penal d'aquest darrer Tribunal el 25 d'abril de 2006 va adoptar solemnement dos acords en els quals manifestava: 1r. Que «l'article 5.1 de la LOPJ, interpretat conforme als articles 117.1, 161.1.b) i 164.1 CE, no pot impedir que el Tribunal Suprem exerceixi, amb plena jurisdicció, les facultats que directament li confereix l'article 123.1 CE». 2n. «*Mantenir l'actual jurisprudència sobre la interrupció de la prescripció malgrat la sentència del Tribunal Constitucional 63/2005*». Aquest tipus d'acords foren adoptats pel Tribunal Suprem en altres ocasions. Les darreres reformes de la LOTC han intentat reforçar la supremàcia del Tribunal Constitucional sobre tots els òrgans del poder judicial, però l'acord transcrit no deixa de ser altament significatiu.

constitucionalitat de les noves lleis: l'únic efecte de propiciar el diàleg és el d'evitar que en determinades circumstàncies el pronunciament del Tribunal pretengui constituir-se en una última, definitiva i petrificadora paraula, només discutible mitjançant una improbable reforma constitucional.

Finalment encara una precisió: amb tota seguretat, la necessitat de propiciar el diàleg entre el Tribunal Constitucional i el legislador i els termes en què aquest s'hauria de produir depèn de diverses variables que aniré analitzant, entre les quals destaca la relativa al tipus de matèria constitucional afectada, de la mateixa manera que passava en relació amb els perills de petrificació als quals m'acabo de referir.

2.3 · Abstracció de la realitat

Finalment, com he avançat, la doctrina del vet també resulta insatisfactòria en la mesura que ignora allò que passa en la realitat en lloc d'intentar canalitzar-la mitjançant pautes que, per cert, no tenen perquè tenir necessàriament una plasmació normativa. En efecte, és un fet incontrovertible que a Espanya amb certa freqüència els poders públics s'aparten d'allò establert pel Tribunal Constitucional. Abans ja he fet referència al poder judicial però també en trobem exemples molt significatius en relació amb el poder executiu¹⁸ i, per descomptat, el legislador, sobretot el legislador estatal, no n'és una excepció. Efectivament, sovint s'aparta obertament de la doctrina constitucional per acció o per omissió: dicta lleis que contradueixen clarament la doctrina constitucional o bé fa cas omís de mandats de

18 Sens dubte, el cas que crida més l'atenció és en relació a l'activitat de foment respecte de la qual es podria afirmar que el Govern estatal manté una actitud gairebé de contumàcia, davant la qual el Tribunal ha manifestat en diverses sentències el seu malestar i el seu rebuig de vegades —vegeu, per exemple, entre moltes d'altres les SSTC 230/2003 i 158/2004—. A la STC 38/2012 (fj 9) el Tribunal arribar a apel·lar a «la 'lealtad constitucional [que] obliga a todos' y comprende, sin duda, el respeto a las decisiones de este Alto Tribunal».

Amb tot, el cert és que també en aquest cas, fruit d'aquest diàleg s'ha de reconèixer que el Tribunal ha anat ampliant l'abast de les excepcions que acompanyen la seva doctrina, de forma que avui sens poder-se parlar d'una rectificació de la doctrina constitucional, sí que se'n percep una certa modulació tendent a acceptar amb molta més freqüència la possibilitat que l'Estat reguli la normació relativa a tot tipus de subvencions i preservant només les competències de gestió a favor de les Comunitats Autònomes. Es pot veure sobre això Viver, C. «La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿La reafirmación del Estado unitario?», a *Los caminos del federalismo*, Instituto Vasco de Administración Pública (en premsa).

modificació continguts en aquesta doctrina. Aquestes inaplicacions dels mandats en el fons responen a una discrepància del legislador amb la doctrina del Tribunal Constitucional;¹⁹ tanmateix, com ja he avançat, no són aquests incompliments els que aquí ens interessin, ja que el nostre objecte d'anàlisi és únicament el dels supòsits de reiteració en una llei d'un enunciat normatiu que contradiu la doctrina constitucional.

Alguns exemples seran suficients per il·lustrar aquest fenomen. Un dels més emblemàtics és, sens dubte, el de la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juny, que reforma el Codi Penal que en dos dels seus preceptes s'aparta de forma al meu parer incontrovertible de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en les SSTC 63/2005 i 57/2008, sobre delictes i sobre el còmput de l'abonament de la presó provisional en més d'una causa. De fet, la Llei Orgànica 5/2010 es limita a acollir la tesi del Tribunal Suprem que, com hem vist, s'havia apartat expressament de la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional.²⁰ Un altre cas rellevant, malgrat que la contradicció pugui no ser tan flagrant, el constitueix la Llei Orgànica 2/2010 d'interrupció voluntària de l'embaràs que introdueix el supòsit del termini tot apartant-se, si més no a primera vista, del que estableix la STC 53/1985 que rebutjava, com a mínim de forma implícita, aquest supòsit. Finalment també es podria esmentar, entre molts altres exemples, l'actual Llei estatal «de Suelo» (aprovada pel real decreto legislativo 2/2008) que en diversos articles es separa obertament de la doctrina continguda a la STC 61/1997 (per exemple a l'article 13 es regula l'ús del sòl rural, malgrat que la sentència veta a l'Estat a la regulació de la protecció d'aquest tipus de sòl, o l'article 14 que regula la transformació urbanística dels terrenys front la decisió de la sentència que no reconeix a l'Estat la competència per regular la transformació del sòl).

19 Com a exemples, es podria esmentar, entre moltes d'altres, la STC 196/1996 sobre la Llei estatal de 1988 sobre disciplina i intervenció d'entitats de crèdit en la qual, en l'àmbit sancionador de les Caixes d'Estalvis, declarava inconstitucional un precepte de la llei atès que no deixava cap marge d'actuació a les Comunitats Autònomes. El legislador estatal mai no va reparar aquesta inconstitucionalitat. En una sentència recent —la STC 62/2011— afirma que es veu obligat a reiterar la doctrina continguda en una sèrie de sentències que esmenta en les quals es demana un esforç al legislador per aconseguir un millor encaix processal de l'art. 44.4 LOREG amb les garanties de l'article 24 CE.

20 Amb tot, cal advertir que en una STC molt recent (de 19 de març de 2012) el Tribunal Constitucional en relació a un supòsit semblant al de la Llei Orgànica 5/2010, nega, crec que sense gaire èxit, la contradicció entre les doctrines dels dos màxims Tribunals. De fet, els quatre vots particulars que es formulen a la sentència no comparteixen la conclusió a la qual arriba la majoria del Tribunal Constitucional i mantenen la doctrina constitucional precedent.

Davant de les dades que ofereix la realitat hi ha dues opcions: primera, negar la necessitat de regular qualsevol possibilitat de reiteració legislativa tot fent ús de la idea que l'àmbit propi del Dret és el del «que ha de ser» i no el del «que és» i sostenir que les lleis que s'aparten de la doctrina constitucional són poques, de forma que, admetre excepcions al principi de no reiteració de preceptes «inconstitucionals» i la pretensió de regular aquestes excepcions pot debilitar inútilment l'efectivitat del principi de supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional. O bé, segona opció, no negar l'existència del problema sinó intentar encarrilar-lo jurídicament encara que només sigui oferint des de la dogmàtica jurídica criteris amb els quals donar la màxima seguretat possible a la solució d'aquest complex problema.

Aquesta segona opció em sembla que és la que s'ha d'adoptar, malgrat que s'hagi de reconèixer que la claudicació del Dret a l'hora de regular qüestions socialment i jurídicament rellevants és un fenomen relativament habitual en els nostres ordenaments jurídics que seria mereixedor d'un estudi en profunditat.

3 · Un contrapunt a la doctrina majoritària basat en el dret comparat

Per descomptat, el problema que estem analitzant no és privatiu del cas espanyol. En la pràctica totalitat dels països on existeix control de constitucionalitat de les lleis se suscita aquesta qüestió. Tanmateix, la solució que se li dona per la doctrina científica, la pràctica i la normació varien notablement d'un país a un altre. En aquesta ponència no pretenc fer una anàlisi comparada d'aquestes diverses solucions; el meu propòsit es limita a posar de manifest, com a contrapunt a la posició majoritària en la nostra doctrina, que el panorama comparat és molt més ric i matisat.

Per tal de satisfer aquest limitat propòsit i en relació amb l'àmbit europeu, n'hi haurà prou amb una somera aproximació a les respostes donades pels tribunals constitucionals en els informes presentats al XV Congrés de la Conferència de Tribunals Constitucionals celebrada a Bucarest el maig de 2011 al qual ja m'he referit.²¹

²¹ Vegeu *La Justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques*. XVe. Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes. Ed. R.A. Monitorul Oficial. Bucarest. Rumania, 2011.

Aquest panorama es podria sintetitzar així: en dos països el legislador té legalment vedada la possibilitat de reiterar preceptes prèviament declarats inconstitucionals, són els casos de Rússia i Lituània abans esmentats. Altres informes, entre els quals de forma significativa hi continuen predominant els de tribunals de recent creació o restauració, dedueixen aquesta prohibició de principis com la supremacia de la Constitució (Estònia) o d'aquest principi i del que declara que les sentències constitucionals són irrecorribles i llurs efectes són universalment vinculants (Polònia). D'altres es limiten a respondre de forma molt sintètica que en llurs respectius ordenaments el legislador no pot reiterar un precepte inconstitucional encara que aquest vet no es fonamenti en cap precepte constitucional o legal i els informes no expliciten els principis jurídics o les premisses teòriques en les quals es basa aquesta prohibició (França, Georgia, Hongria, Irlanda o Rumania). Malgrat això, molts dels informes que sostenen que el legislador no pot reiterar preceptes inconstitucionals, reconeixen que a la pràctica sí que ho fan i que, llevat de supòsits com el de Bèlgica en què el Tribunal Constitucional pot suspendre d'entrada l'aplicació d'una llei que reproduceix preceptes declarats inconstitucionals, l'única conseqüència d'aquesta reiteració és «l'alta probabilitat» que sigui de nou declarada inconstitucional.²²

En algun informe, com el portuguès, es reconeix que la qüestió de la reiteració legislativa de preceptes inconstitucionals no és pacífica en la doctrina ja que, per exemple, existeix un sector doctrinal rellevant que sosté que les declaracions d'inconstitucionalitat vinculen el poder executiu i els jutges però no el legislador. El Tribunal Constitucional en el seu informe adverteix, significativament, que encara no ha manifestat la seva posició al respecte i que, en conseqüència, la qüestió encara roman oberta.

En el cas italià s'afirma que la declaració d'inconstitucionalitat d'una llei no impedeix que el legislador pugui dictar una llei posterior amb el mateix contingut, ja que les sentències d'inconstitucionalitat no afecten les situacions futures sinó només les passades, de manera que el que es veta és que el legislador dicti lleis amb efectes retroactius sobre les situacions enjudiciades. Respecte de les situacions futures la prohibició de reiteració no existeix, tot i que sí «l'alt risc» que la llei sigui declarada inconstitucional

²² Com és sabut a Espanya alguns membres del Tribunal Constitucional van advocar, en diversos vots particulars, per suspendre l'aplicació de la llei d'interrupció de l'embaràs de 2010 al·legant precisament la contravençió de doctrina constitucional prèvia. Tanmateix, la majoria del Ple del Tribunal va rebutjar aquesta tesi que, certament, no sembla que pugui tenir cabuda en el nostre ordenament.

en un nou judici; tanmateix, aquest risc no és total, ja que s'aporten exemples en els quals canvis relatius a d'altres lleis o canvis en les circumstàncies fàctiques han portat a admetre la constitucionalitat de la llei reiterativa.

Un pas més el fan els informes que reconeixen que el legislador pot lliurement reiterar una llei declarada inconstitucional (per exemple, Àustria, Suïssa i Luxemburg). En el cas d'Àustria l'informe del seu Tribunal Constitucional afirma que aquest reconeixement «és un element essencial de la separació de poders». De forma menys contundent d'altres informes afirmen que, davant la falta de regulació jurídica, en llurs països no es nega la possibilitat que el legislador reiteri preceptes declarats inconstitucionals, tot i que aquesta pràctica no sigui habitual (Eslovàquia, Macedònia, Malta i Noruega).

En el nostre cas mereix una particular atenció l'informe del Tribunal Constitucional Alemany, per les similituds de la regulació que s'ha d'aplicar als Tribunals Constitucionals alemany i espanyol. Doncs bé, en aquest informe, després de recordar la contundència de l'article 31 de la Llei orgànica del Tribunal a l'hora de proclamar els efectes vinculants de les seves sentències respecte de tots els poders públics, es reconeix que des de fa més de vint anys existeix un desacord entre les dues Sales del Tribunal en allò que fa referència a la interpretació de l'abast d'aquest precepte. La Sala segona manté una posició molt més estricta que la primera i, en principi, no admet la possibilitat que el legislador reiteri el contingut d'una llei declarada inconstitucional; en canvi la Sala primera és molt més flexible: basa la seva doctrina en els principis de llibertat i creativitat responsable de la legitimitat democràtica del legislador i en la seva capacitat per adaptar l'ordenament a les circumstàncies socials canviants. En una societat moderna, lliure i dinàmica aquesta tasca no la pot fer en exclusiva el Tribunal Constitucional. No obstant això, la Sala imposa certs límits al legislador, així la nova llei no pot *disregard the grounds found* pel Tribunal Constitucional i exigeix raons espacials per a la reiteració basats sobretot en canvis fàctics o legals. Si manquen aquests canvis, el Tribunal no se sent obligat a reconsiderar la seva posició. Tot i això, l'informe conclou que no s'han de magnificar les diferències entre les dues Sales, ja que la segona no nega la possibilitat de reiteració per part del legislador, malgrat condicionar-la més estrictament a la clàusula *rebus sic stantibus* (canvis fàctics, nous arguments legals, etc.).

Fora de l'àmbit europeu aquesta qüestió s'ha plantejat des de fa moltes dècades en països com els Estats Units d'Amèrica o el Canadà. La seva llarga experiència pot ser interessant als nostres efectes malgrat les característiques diferencials que deriven del sistema de *common law* que s'hi aplica.

Als Estats Units és relativament freqüent la no adequació dels legisladors a la doctrina del Tribunal Suprem, malgrat que la intensitat d'aquesta pràctica fluctua al llarg del temps: hi ha hagut èpoques en què el legislador ha seguit amb més respecte aquesta doctrina i en d'altres no ha estat així. També la doctrina majoritària ha anat canviant segons les circumstàncies històriques. De fet, des de l'origen del control de constitucionalitat fins avui ha existit un viu debat sobre el diàleg entre el Tribunal Suprem i els legisladors i fins i tot sobre la supremacia del Tribunal Suprem com a intèrpret de la Constitució. Amplis sectors doctrinals defensen la necessitat d'aquest diàleg i de la possibilitat que els legisladors s'apartin de la doctrina constitucional malgrat reconèixer la supremacia de la interpretació efectuada pel Tribunal Suprem. D'altres sectors defensen la tesi que no es pot atribuir al Tribunal Suprem el caràcter de suprem intèrpret de la Constitució, ja que els legisladors realitzen aquesta funció en peu d'igualtat amb el Tribunal. De fet, fins i tot sostenen que estan legalment obligats a interpretar lliurement la Constitució sense subjectar-se a la doctrina constitucional, tot i que evidentment aquesta interpretació, arribat el cas, pot ser sotmesa al control del Tribunal Suprem i, eventualment, pot ser anul·lada per ell.

Resulta interessant destacar, com ja he apuntat abans, que sovint la resposta que es dóna a la qüestió de la legitimitat de l'apartament del legislador respecte de la doctrina del Tribunal Suprem i la consegüent possibilitat de reiterar lleis que s'apartin d'aquesta doctrina, es modula en funció de la matèria afectada. Així, per exemple, el Tribunal Suprem preserva amb especial èmfasi la supremacia en la seva doctrina sobre drets fonamentals. En canvi, en relació a d'altres matèries com la distribució de competències entre la Federació i els estats és molt més deferent amb els legisladors, amb els quals debat de forma més oberta.²³

Al Canadà la polèmica també segueix oberta i no hi manquen autors que van més enllà del diàleg entre els intèrprets de la Constitució i propugnen la llibertat d'interpretació i la *mutual accomodation* de les interpretacions. El Tribunal Suprem tindria un *leading role*, però no seria ni exclusiu

²³ Entre moltes altres, podeu veure Ahumada Ruiz, «City of Borne v. Flores: la importància del “candor judicial”» a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, setembre-desembre 1998, pàg. 343. Post, R. i Siegel, R., «Rosega Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash», a *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 42, (2007) pàgs. 373-433. Un assaig d'acotar materialment l'àmbit d'aplicació dels efectes de *l'stare decisis* a Mitchell, J.F., «Stare Decisis and Constitutional Text» a *Michigan Law Review*, Vol. 110.1 (2011), pàgs. 1-68.

ni determinant. De fet defensen la conveniència de propiciar l'*inter-institutional disagreement*.²⁴

4 · Quan i com el legislador s'hauria de poder apartar de la doctrina constitucional?

El que hem dit fins aquí permet afirmar, crec, que hi ha bons arguments per defensar la tesi que el legislador pot reiterar legítimament un enunciat normatiu que s'aparta de la doctrina constitucional o que reitera un precepte prèviament declarat inconstitucional i això tant si el que pretén és adequar l'ordenament als canvis de la realitat social i jurídica,²⁵ com si la reiteració respon a una discrepància jurídica del legislador amb la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional.

En dos casos el fet que el legislador s'aparti de la doctrina constitucional es basa en una entesa diferent del que estableix la Constitució i la legitimitat d'aquest apartament depèn de l'existència d'arguments que avalin la constitucionalitat del precepte prèviament declarat inconstitucional pel Tribunal Constitucional.

La primera conseqüència d'aquesta premissa radica en el fet que el Tribunal Constitucional, en enjudiciar la constitucionalitat de la llei que reitera el precepte contrari a la doctrina constitucional ha d'utilitzar la Constitució com a cànon prioritari de control, no la seva jurisprudència prèvia o no només aquesta, i ha de realitzar un nou enjudiciament congruent amb les noves circumstàncies i els nous arguments, encara que, per descomptat, en aquest nou judici pugui arribar a la mateixa conclusió d'inconstitucionalitat i, si s'escau, pels mateixos motius.

Amb tot, com també he anat exposant, com a conseqüència sobretot del principi de supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el legislador prevista a la LOTC i de la proclamació dels efectes vinculants de les seves sentències que n'és la màxima plasmació, la possibilitat d'apartament de la doctrina constitucional i la reiteració legislativa dels preceptes

²⁴ Sobre aquest debat, podeu veure, entre molts d'altres, Baker, D.; *Not Quite Suprem, The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, McGill-Queen's University Press.

²⁵ L'esmentada STC 55/1996 sembla que es refereixi en aquesta doble situació quan admet la reiteració d'una qüestió d'inconstitucionalitat pels mateixos motius que una altra prèviament rebutjada en atenció al debat social i polític i a l'activitat normativa produïts després de la primera sentència.

declarats inconstitucionals no només tenen el límit obvi de la constitucionalitat del precepte que es vol reintroduir en l'ordenament jurídic, és a dir no només ha de ser compatible amb els enunciats normatius de la Constitució segons els criteris hermenèutics comunament acceptats per la comunitat de juristes, sinó que, per tal que aquest apartament sigui legítim i obligui el Tribunal Constitucional a tornar a enjudiciar la nova llei, s'han de donar un conjunt de circumstàncies i el legislador ha de complir un conjunt de requisits.

Més concretament, les circumstàncies, al meu parer, són les dues que ja he avançat abans: la necessitat d'adaptar l'ordenament als canvis socials o jurídics o l'existència d'una discrepància jurídica entre el legislador i la doctrina constitucional. Per la seva banda, el legislador ha d'identificar les dades que mostren la concurrència d'alguna de les referides circumstàncies i ha d'aportar els arguments que avalin jurídicament no només la constitucionalitat del precepte que es pretén reiterar sinó també la legitimitat jurídica de l'apartament respecte de la doctrina constitucional vigent.

Dit amb altres paraules, en el nostre ordenament —que, com he reiterat proclama la vinculatorietat de tots els poders a les sentències constitucionals i la supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional— el principi que ha de guiar la solució al problema que tenim plantejat és la que el legislador es pot apartar de la doctrina del Tribunal Constitucional sempre naturalment dins de la Constitució i mai al marge d'aquesta doctrina. La idea que el legislador en virtut de l'efecte vinculant de les sentències constitucionals estigui «compel·lit» —encara de forma més complicada que l'Administració i els jutges— «a no legislar al marge dels criteris de constitucionalitat establerts pel Tribunal (Constitucional) en les seves resolucions», la defensa entre nosaltres Angel Garrorena per negar la legitimitat de la reiteració legislativa *contra sententiam*²⁶ i la reitera literalment Gava de Cara encara que sigui per admetre la legitimitat d'aquesta reiteració, fins i tot en aquest cas, sembla, com a conseqüència d'una simple discrepància del legislador amb la doctrina constitucional.

Naturalment si s'accepta, com aquí propugno, una interpretació flexible de la supremacia de la interpretació constitucional per tal d'evitar els problemes, dogmàtics i pràctics que deriven de la interpretació rígida, caldrà concloure que l'afirmació que el legislador en reiterar una llei incons-

26 Ob. cit. pàg. 378. Com ja he dit, Garrorena admet que la vinculació del legislador no només és més complicada sinó que «obre un terreny ple de qüestions interessants».

titucional no pot situar-se «al marge de la doctrina constitucional» no pot ser sinònim del fet que el legislador en cap cas pot contradir aquesta doctrina; en canvi, aquesta expressió sí que pot significar que, malgrat que es pugui separar de la doctrina constitucional, el legislador ha de partir d'ella, hi ha de dialogar, aportant, més enllà de la justificació de la constitucionalitat del precepte que es pretén reiterar, les dades que mostrin que hi concorren les circumstàncies que permeten aquesta reiteració i els arguments que legitimen l'apartament de la doctrina constitucional existent.

El que queda d'aquest epígraf el voldria dedicar a concretar, fins on sigui possible, el tipus de dades que hauria d'aportar el legislador per justificar la concurrència de les referides circumstàncies i els arguments que pot aduir per avalar la legitimitat constitucional d'aquest apartament respecte de la doctrina constitucional.

Tot i això, abans d'entrar a analitzar aquestes dues qüestions cal advertir que els arguments que poden avalar l'apartament de la doctrina constitucional i obligar el Tribunal a realitzar un enjudiciament *ex novo*, poden coincidir en part amb els arguments per defensar la constitucionalitat del precepte que es pretén reincorporar a l'ordenament. De vegades, però, pot no ser així, ja que es pot tractar d'arguments que no tinguin cap virtualitat per justificar aquesta constitucionalitat o que només serveixin, encara que això a la pràctica pugui ser molt rellevant, com a pauta per determinar el grau d'incisió amb el qual s'ha d'enjudiciar la constitucionalitat del precepte que es pretén reintroduir en l'ordenament jurídic.²⁷ De seguida tornarem sobre aquesta qüestió.

De moment, a l'hora de donar resposta a l'interrogant sobre les dades i els arguments que s'haurien d'aportar per justificar l'apartament i la reiteració sembla que s'hauria de fer una distinció entre els supòsits en què la reiteració respon a la voluntat d'adaptar l'ordenament als canvis de la realitat i aquells en què respon simplement a una discrepància amb la doctrina constitucional. En la meua opinió aquesta distinció és rellevant, però cal reconèixer que amb freqüència a la pràctica les coses no són tan senzilles: la voluntat d'adaptar l'ordenament als canvis de la realitat social tot sovint sorgeix d'una discrepància original o sobrevinguda amb la interpretació

²⁷ La transcendència pràctica del tipus d'escrutini aplicat és destacada i estudiada sobretot per la doctrina nord-americana i és fàcil de comprovar en tots els estats com ho demostra el fet que sovint l'orientació final de les conclusions doctrinals o de les decisions jurisdiccionals no depèn tant de la raó de decidir emprada com de la incisió amb la qual s'aplica als casos concrets, com a conseqüència del tipus d'escrutini emprat.

donada pel Tribunal Constitucional i, en els supòsits de discrepància, aquesta moltes vegades és producte de l'evolució de la realitat i en tot cas el legislador addueix el canvi com a justificació de la reiteració *contra sententiam*.

La realitat ofereix exemples eloqüents d'aquesta dificultat de distingir entre els dos supòsits esmentats: la modificació de la llei d'interrupció de l'embaràs, respon a una discrepància doctrinal o a un canvi en la realitat social i política?; la modificació del Codi penal en allò que fa referència als terminis de prescripció o al còmput de l'abonament de la presó provisional es pot admetre que respon a la necessitat d'adaptar l'ordenament a un canvi en la realitat jurídica introduït per la sentència discrepant del Tribunal Suprem, tanmateix, el fet que el legislador aculli la tesi d'aquest últim en lloc de la del Tribunal Constitucional revela que el legislador discrepa de la doctrina d'aquest darrer i en conseqüència no s'hi sent vinculat.

Feta aquesta precisió, tanmateix subsisteix la qüestió de quins són els requisits exigibles a l'apartament del legislador. Cal reconèixer que ni la doctrina ni la pràctica del legislador i del Tribunal Constitucional no ofereixen pautes mínimament clares sobre això. Per aquest motiu, l'única cosa a la qual podem aquí aspirar és a esbossar alguna proposta ni que sigui de forma temptativa i provisional.

Tot entrant ja en matèria, existeix un primer requisit «formal», però que al meu criteri és de capital importància i comú als dos supòsits que poden justificar la reiteració legislativa —l'adaptació als canvis socials i la discrepància jurídica—: l'exigència que el legislador que decideix apartar-se d'una doctrina constitucional, reconegui expressament aquest apartament i exposi les raons per fer-ho. Aquesta és, en puritat, una condició prèvia per poder dialogar de forma explícita i sobretot lleial.

Certament «motivar» una llei pot no ser una tasca fàcil i, en el passat, alguna tensió institucional es va produir quan el Tribunal va exigir al legislador algun tipus de motivació; tanmateix, un cop dit això, no sembla excessiu en supòsits tan rellevants com els d'un apartament de la doctrina constitucional i especialment els de reiteració d'un precepte declarat inconstitucional, exigir al legislador en nom del principi de *faithful cooperation between organs (organentreue)* i del *mutual regard* del qual parla l'informe del Tribunal Constitucional Federal Alemany abans esmentat, que en el preàmbul de la llei o, com a mínim, al llarg del debat parlamentari, expliciti les raons en què pretén justificar el seu apartament de la doctrina constitucional precedent. Aquesta no és una pràctica habitual a Espanya i els pocs

supòsits en què el legislador ha fet referència en aquestes raons, aquesta referència ha estat molt parcial, de vegades crítica i en algun cas desorientadora o no sincera.²⁸

Pel que fa als requisits no estrictament formals, quan la reiteració legislativa pretengui basar-se en l'existència d'un canvi de la realitat social o jurídica capaç de canviar el significat de l'enunciat de la Constitució afectat —o capaç de modificar la interpretació constitucional del precepte legal prèviament declarat inconstitucional— una primera dada justificativa important és sens dubte el «lapse de temps transcorregut» entre el moment en què fou dictada la sentència declarant la inconstitucionalitat i el moment en què es reitera el precepte, tal com afirma el Tribunal en la STC 55/1996 abans esmentada (en aquesta ocasió el lapse era de 10 anys). Efectivament, sembla clar que no és el mateix la reiteració d'una llei declarada inconstitucional just després d'aquesta declaració que al cap d'unes quantes dècades. Tot i això, cal reconèixer que, en si mateix, el lapse de temps transcorregut no resulta una dada decisiva als nostres efectes; és únicament un *síntoma* que poden haver-se produït canvis en la realitat social o jurídica que legitimin aquesta reiteració; potser per això la Sentència esmentada afegeix immediatament al lapse de temps la frase «a la vista de l'activitat normativa i de l'intens debat polític i social» provocat per la decisió de la qual el legislador es pretén apartar.

28 Així, per exemple, en el preàmbul de la Llei sobre la interrupció de l'embaràs el legislador es limita a dir respecte de la STC 53/1985 de la qual en el fons s'aparta que aquesta resolució «s'ha considerat de manera atenta» i que se segueixen «alguns principis» dels que s'hi estableixen, tanmateix, no concreta aquests principis ni els que no se segueixen. De fet, com veurem més endavant, s'hi afegeix que el Tribunal que la va dictar era un tribunal «perfectament dividit» (tot fent referència a què la meitat dels seus membres van votar contra la Sentència). De forma semblant, en el preàmbul de la reforma del Codi penal, a la qual ja he fet esment, el legislador justifica la reforma entre d'altres motius, en l'existència d'una discrepància entre el Tribunal Suprem i el Tribunal Constitucional, però no justifica la raó per la qual no se sent vinculat per la sentència del Tribunal Constitucional i intervé a favor del Tribunal Suprem. Com a símptoma de les dificultats encara existents per propiciar el diàleg es pot esmentar la dada que el legislador no fa referència explícita a la discrepància entre els dos Tribunals sinó que es limita a dir que entre els seus objectius hi ha el de posar «fi a les diferències interpretatives sorgides en els últims temps.» Des de la perspectiva del Tribunal Constitucional existeixen alguns exemples en què s'acudeix als preàmbuls de les lleis per pretendre justificar un canvi jurisprudencial. Així esdevé, per exemple, amb un supòsit certament particular, ja que la reiteració legislativa era anterior a la sentència constitucional, en què el Tribunal fa reiterades al·lusions al preàmbul de la nova llei per justificar el canvi doctrinal. Es tracta del fj 10 de la STC 107/1996 sobre el pagament obligatori de les quotes a les Cambres de comerç, en la qual el Tribunal canvia radicalment la seva jurisprudència amb l'argument, al meu criteri més retòric que real, d'una modificació legislativa.

Des d'aquesta perspectiva, cal reconèixer que, en principi, qualsevol element que posi clarament de relleu que s'ha produït un canvi social o jurídic pot posar de manifest que, efectivament, es dona un supòsit que pot justificar l'apartament del legislador de la doctrina constitucional, la reiteració legislativa i, com a conseqüència, l'obligació que el Tribunal Constitucional porti a terme un nou enjudiciament si se'l requereix per enjudiciar el contingut de la llei. Tot i això, caldrà atènyer-se a cada cas concret a l'hora de ponderar la suficiència i la força de convicció de la justificació aportada, que, al seu torn, pot influir en el correlatiu grau d'exigència del nou enjudiciament per part del Tribunal Constitucional en el supòsit que sigui cridat a controlar la constitucionalitat de la nova llei reiterativa.

Per exemple, com a novetats produïdes en l'àmbit jurídic que poden legitimar l'apartament de la doctrina constitucional i la reiteració legislativa amb la consegüent obligació de realitzar un nou judici de constitucionalitat, es podria esmentar, a part de les novetats ja esmentades relatives a canvis jurisprudencials o legislatius en matèries connexes o a canvis en la interpretació de tractats i acords internacionals per qui estigui legitimat, el fet que el precepte anteriorment declarat inconstitucional es pretengui reintroduir mitjançant un tipus de llei diferent, especialment quan es tracti d'una llei que forma part del bloc de constitucionalitat ja que la seva modificació pot alterar el paràmetre que va servir per declarar la inconstitucionalitat del precepte controvertit. O quan es pretén reintroduir el precepte que s'aparta de la doctrina constitucional a través d'un tipus de llei que sigui fruit d'un pacte entre els legisladors als quals afecta de forma exclusiva la matèria regulada pel referit precepte (com s'esdevé, de forma significativa, segons he reiterat, respecte de disposicions que regulen la distribució de competències entre els legisladors «pactants»).

La suficiència d'aquestes justificacions s'incrementarà, per exemple, si la Constitució deixa un ampli marge a la lliure configuració legal en virtut de l'obertura o ambigüitat dels seus enunciats o si el Tribunal Constitucional en la sentència a la qual no s'ajusta el legislador va admetre d'entrada la possibilitat que existissin diverses interpretacions constitucionalment legítimes, tot i que finalment es decantés per la declaració d'inconstitucionalitat.

En relació amb això darrer convé recordar que al principi de la seva trajectòria el Tribunal Constitucional va declarar que el marc constitucional de les interpretacions legislatives possibles està acotat per les que fixa el Tribunal únicament «quan el caràcter unívoc de la interpretació s'imposi pel joc dels criteris hermenèutics» (STC 11/1981, fj 7). Com segurament

no podia ser d'altra manera, amb el transcurs del temps el Tribunal va interpretar aquesta premissa de forma molt flexible. Però el principi continua essent-hi com a premissa que ha de guiar l'exercici d'una justícia constitucional ben fonamentada i orientada.

L'existència de vots particulars en la sentència de la qual el legislador pretén apartar-se té menys força persuasiva però no es pot negar que, de vegades, tenint en compte el relleu del seu contingut i l'evolució de la realitat jurídica i social, es pugui emprar com a argument per justificar la reintroducció d'un precepte contrari a la sentència de la qual discrepa el legislador i de la qual abans en van discrepar els vots. Per descomptat l'existència d'aquests vots no és per si mateixa un argument rellevant en l'hipotètic judici de constitucionalitat. No obstant això, crec que sí que pot contribuir a justificar l'apartament del legislador. Com se sap, no són pocs els casos en què el propi Tribunal ha convertit en sentència determinats vots particulars i no es pot negar la possibilitat que sigui el legislador qui impulsi aquest canvi jurisprudencial. També podria ser un element a tenir en compte el fet que la doctrina de la qual el legislador discrepa l'hagi establert una Sala i no el Ple.²⁹

Més problemes presenta, al meu parer, emprar com a criteri de justificació de l'apartament, de la reiteració legislativa i de l'obligació d'un nou enjudiciament constitucional, l'argument de l'aprovació per referèndum de la llei que reitera el precepte prèviament declarat inconstitucional. Des de la perspectiva jurídica no crec que aporti un plus de presumpció de constitucionalitat.³⁰ Tampoc no em sembla que sigui suficient el criteri del canvi en la composició del Tribunal Constitucional: això podria facilitar, si s'escau, la declaració de constitucionalitat del precepte controvertit però es tracta d'una qüestió fàctica que, des de la perspectiva jurídica aquí analitzada, no afegeix cap element de justificació o legitimació de l'apartament i de la reiteració legislativa i, en canvi, contrasta amb el principi de continuïtat institucional i amb el valor dels precedents encara que no siguin vinculants per al propi Tribunal. Als nostres efectes tampoc no em sembla rellevant el canvi en la composició del legislador com a conseqüència de la celebració d'eleccions.

²⁹ Vegeu nota 9.

³⁰ Parcialment en contra, encara que des d'una perspectiva una mica diferent a la d'aquesta ponència, Ferreres, Víctor, *El Tribunal Constitucional ante la objección democrática*, ob. cit. pàg. 28 i ss.

Més complexa pot resultar, en principi, la qüestió relativa a les condicions que s'han de complir en els supòsits, en la pràctica possiblement excepcionals, en què el legislador s'aparta de la doctrina constitucional únicament perquè en discrepa jurídicament del contingut, és a dir, sense aduir o sense poder aduir la concurrència de canvis jurídics o socials: simplement, perquè considera que la interpretació donada a la Constitució o a la llei enjudiciada pel Tribunal Constitucional és jurídicament errònia. Quines són aquestes condicions que permeten la discrepància sense que això impliqui «deixar al marge la jurisprudència constitucional», segons la premissa de la qual partim aquí?

Al meu entendre, en aquest cas el requisit fonamental el compliment del qual s'hauria d'exigir al legislador és que basi la seva discrepància en arguments o «motius» jurídics nous, diferents dels que es van tenir en compte en el judici de constitucionalitat que va portar a la declaració d'inconstitucionalitat del precepte que es pretén reintroduir en l'ordenament jurídic. En el nostre ordenament —si algun contingut se li vol donar, i sembla que així hauria de fer-se, als efectes vinculants de les sentències constitucionals i a la supremacia interpretativa del Tribunal Constitucional previstos a la LOTC—, per legitimar l'apartament de la doctrina constitucional i la reiteració legislativa no n'hi ha prou, crec, amb la mera discrepància i la voluntat de convidar el Tribunal a revisar la seva jurisprudència; es requereix que el legislador porti «motius de constitucionalitat» diferents dels emprats durant el procés que va portar a la declaració de la inconstitucionalitat del precepte que es pretén reintroduir en l'ordenament.

També en aquest cas, el legislador pot emprar en principi qualsevol argument jurídic nou o diferent de l'emprat pel Tribunal que, d'acord amb els criteris normalment utilitzats per la dogmàtica per interpretar i aplicar la Constitució i les lleis, pot justificar la constitucionalitat del precepte legal prèviament expulsat de l'ordenament. I també aquí per valorar la suficiència o la força de convicció de l'argument i el grau d'exigència del nou enjudiciament constitucional caldrà atènyer-se a les característiques de cada cas concret, tot utilitzant en aquesta valoració criteris que poden no coincidir en tot cas amb els criteris emprats en el judici final de constitucionalitat. De fet, llevat dels arguments relatius a l'existència de canvis jurídics o socials, gairebé tots els arguments justificatius als quals he fet esment en relació al primer supòsit en què pot basar-se l'apartament i la reiteració, són aplicables *mutatis mutandis* en aquest supòsit: l'obertura dels enunciats constitucionals, el diferent tipus de llei a través del qual

pretén reincorporar-se el precepte prèviament declarat inconstitucional, la forma en la qual s'ha establert la doctrina constitucional de la qual es dissenya, la matèria objecte d'aquest precepte, etc.

Tal com s'haurà observat, alguns dels criteris als quals he al·ludit amb anterioritat, es van fer servir i es segueixen emprant en el debat obert per la reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. En aquesta qüestió hi dedicaré el darrer epígraf d'aquesta ponència. En aquest moment, tan sols voldria destacar que els criteris que de forma temptativa he proposat, tot i que certament limiten la possibilitat que el legislador s'aparti legítimament de la doctrina constitucional i reiteri preceptes declarats inconstitucionals, en la pràctica amb tota probabilitat no comporten un obstacle insalvable per al legislador. No li serà difícil de trobar arguments que li permetin justificar tant l'apartament com la reiteració quan ho estimi necessari per tal d'evitar els perjudicis i les rigideses derivades de les posicions que mantenen el vet radical. I aquest grau de flexibilitat possiblement és bo que existeixi perquè, finalment, malgrat el tenor literal de l'article 38.1 LOTC, difícilment es pot negar al legislador la possibilitat que interpreti directament la Constitució, encara que hagi de respectar el contingut de les sentències constitucionals que puguin existir.³¹ El que sí que exigeixen els criteris que proposo és que aquesta possibilitat d'apartament i reiteració legislatives es facin realitat de forma lleial amb la doctrina constitucional i propiciant al màxim un diàleg seriós entre els legisladors i el Tribunal Constitucional.

5 · Coda

Com he exposat al principi de la meua intervenció, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006, en la mesura que incorpora un bon nombre d'articles que se separen d'allò establert prèviament per la doctrina constitucional, constitueix un exemple pràctic de primer ordre a l'hora de concretar l'abast que tenen en el nostre ordenament els efectes vinculants d'aquesta doctrina sobre el legislador, encara que, insisteixo, en aquest cas no es tractava de reiterar preceptes declarats inconstitucionals sinó de preceptes que s'apartaven de la doctrina constitucional. Ja he apuntat més amunt la reacció contrària d'una bona part de la doctrina espanyola a ac-

³¹ Gavara de Cara, J.J., ob. cit., pàg. 249.

ceptar qualsevol possibilitat que el legislador se separi de la doctrina constitucional, a partir dels pressupòsits teòrics també apuntats. Per concloure aquesta ponència voldria fer una brevíssima referència a la forma en què el Tribunal Constitucional en la seva STC 31/2010, va abordar aquesta qüestió.

Certament, ni en el preàmbul de la proposta d'Estatut aprovada pel Parlament de Catalunya el setembre de 2005 ni en el del text definitiu de juliol de 2006 es fa cap referència expressa a l'apartament de la doctrina constitucional i a les raons que si s'escau l'avalen. Aquests arguments van aflorar, tot i que sovint de forma fragmentària, poc clara i asistemàtica, en els debats que van tenir lloc en els dos Parlaments que van aprovar la reforma estatutària, en els debats doctrinals que van acompanyar la tramitació del projecte de reforma i en els escrits que van presentar les parts davant del Tribunal Constitucional arrel dels recursos interposats contra aquesta disposició normativa.

Els motius i els arguments amb els quals es pretenia justificar la no adequació a la doctrina constitucional —i, en una «segona fase», la constitucionalitat de la reforma— es podrien resumir així: l'apartament correspon a una discrepància respecte d'una doctrina constitucional que havia avalat l'exclusió d'interpretacions de la Constitució que, a judici dels impulsors de la reforma, hi cabien perfectament dins dels amplis marges dels enunciats constitucionals; tanmateix, aquesta discrepància es pretenia basar alhora, com acostuma a passar, en l'existència de canvis en la realitat social i política —per exemple, la constatació de l'existència del que la Sentència 55/1996 qualifica com a «intens debat polític i social» promogut per amplis grups socials i polítics que manifestaven la seva oposició a la forma en què finalment s'estava plasmant l'Estat de les autonomies i advocaven per una ampla reforma d'aquesta plasmació aprofitant l'experiència acumulada durant els últims trenta anys— i al mateix temps en l'existència de canvis en la realitat jurídica —dels quals, el més significatiu era la modificació del bloc de constitucionalitat induïda per la pròpia reforma estatutària—.

La justificació de l'apartament de la doctrina constitucional es basava, al seu torn, en arguments que ja han anat sortint amb anterioritat. Entre ells, destaquen, per exemple, el fet que la reiteració dels preceptes legals declarats inconstitucionals es produïa a través d'un tipus de llei diferent al de les lleis que s'havien declarat inconstitucionals; el fet que es tractava a més d'un tipus de llei que s'incorporava al bloc de constitucionalitat i que,

per tant, alterava el paràmetre de constitucionalitat que s'havia emprat per fonamentar la prèvia declaració d'inconstitucionalitat; i, en el cas dels articles que regulen les competències, el fet que es tracta d'una llei pactada entre els dos legisladors que eren pràcticament els únics destinataris directes dels preceptes controvertits, que no afectaven drets fonamentals dels ciutadans. A tals arguments s'hi afegia el caràcter extraordinàriament obert dels enunciats constitucionals que la reforma estatutària pretenia concretar i, en molts casos, el reconeixement exprés per la doctrina constitucional de la qual la reforma estatutària es pretenia separar que la Constitució admetia en principi diverses interpretacions encara que finalment s'havia decantat per una d'elles.³²

Aquests arguments, si més no en essència, foren acollits pel Tribunal Constitucional en la seva STC 247/2007. Tanmateix, en la 31/2010 el Tribunal va modificar radicalment la seva doctrina, malgrat que en sentències posteriors —especialment, en la STC 30/2011— hagi pretès negar que aquest canvi s'hagués produït, tot fent dir a la STC 247/2007 allò que no diu ni pot dir a no ser que se la converteixi en una sentència internament incoherent i per tant il·lògica.³³

32 Més extensament sobre aquestes qüestions *vid.* Viver Pi-Sunyer, C., «El Tribunal Constitucional ¿“siempre, sólo... e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de las competencias según la STC 31/2010» a *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, especialment pàg. 340 i ss.

33 Efectivament, com he intentat explicar a Viver Pi-Sunyer, C., «La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿La reafirmación del Estado unitario?», capítol dins *Los caminos del federalismo y los horizontes del Estado Autonómico*, Vitoria: Instituto Vasco de Administraciones Públicas, (en premsa), la STC 247/2007 afirma d'entrada, com a premissa de tot el seu raonament, que la Constitució no defineix les competències de l'Estat, que només les enuncia; a més hi afegeix que el text constitucional no ofereix pautes d'interpretació per determinar aquest contingut i que són els Estatuts els qui, en delimitar el contingut i abast de les seves competències, contribueixen indirectament a delimitar l'abast i el contingut de les de l'Estat. La premissa fonamental de la qual parteix la Sentència és, doncs, que els Estatuts poden indirectament perfilar el contingut de les competències estatals. Certament, la Sentència hi afegeix uns límits als quals han d'atendre els Estatuts en portar a terme la seva funció constitucional delimitadora: han de respectar el contingut que fa reconeixibles les competències estatals; han de tenir present l'abast territorialment limitat que és propi dels Estatuts d'Autonomia i, finalment, han de permetre que les competències de l'Estat desenvolupin completament les seves funcions pròpies. Tanmateix, el que no diu la Sentència ni podia dir és que els límits a la premissa podien arribar a negar la premissa. No podia dir que atès que en delimitar les competències havia de respectar la reconeixibilitat i el desenvolupament complet de les funcions de les competències estatals, en conseqüència, no podia delimitar les competències pròpies de la CA ni indirectament les estatals. I això és justament el que fa la STC 31/2010, en flagrant contradicció amb la sentència valenciana. En la sentència catalana allò que en la valenciana era un límit a la possibilitat de

Aquest canvi jurisprudencial entre la STC 247/2007 i la STC 31/2010 es basa, d'una banda, en una concepció desorbitada de la posició constitucional del Tribunal Constitucional i del seu caràcter d'interpret suprem de la Constitució —que el porta a autoconcebre's com a poder constituent prorrogat i interpret «únic i indiscutible» de la Constitució— i, d'altra banda, es fonamenta en una degradació de la posició constitucional dels Estatuts d'autonomia; aquesta degradació constitueix una peça fonamental dins de la Sentència ja que sense ella, el Tribunal no hagués pogut dictar una resolució amb una tan àmplia declaració d'inconstitucionalitat expressa o tàcita com la que s'hi conté.

En qualsevol cas, les conseqüències del plantejament adoptat per aquesta sentència són: la negativa radical a qualsevol possibilitat que el legislador estatal estatutari s'aparti legítimament de la doctrina prèviament establerta pel Tribunal; la negativa que el legislador estatutari concreti determinats preceptes constitucionals, que queden de fet a la lliure concreció del legislador estatal ordinari; la conversió de la doctrina del Tribunal en cànon directe i únic de constitucionalitat i, per consegüent, la negativa a realitzar un nou judici de constitucionalitat que tingui per paràmetre la Constitució i no la doctrina constitucional.

Efectivament, en gairebé tots els casos la STC 31/2010 resol la controvèrsia plantejada tot limitant-se a contrastar els preceptes estatutaris recorreguts amb la doctrina constitucional precedent. Tot i això, la utilització d'aquesta doctrina com a cànon de constitucionalitat, no impedeix que la STC 31/2010 se separi dels precedents com a mínim en tres ocasions. Així esdevé, en primer lloc, tal com hem vist, respecte de la concepció relativa a la posició dels Estatuts com a fonts del Dret incloses en el bloc de constitucionalitat; en segon lloc, respecte a la utilització del principi hermenèutic de regla-excepció com a criteri per definir formalment i materialment allò que és bàsic³⁴ i, finalment, respecte d'una qüestió aparentment menor però molt significativa pel que suposa d'atribució al legislador estatal de la capacitat per delimitar lliurement el contingut i l'abast de les competències

delimitar indirectament les competències estatals, es converteix en premissa i en vet a la funció delimitadora dels estatuts: les competències de l'Estat són a la Constitució, els Estatuts només poden enunciar les competències que reserven a la CA però no poden delimitar l'abast d'aquestes competències ni indirectament l'abast de les competències de l'Estat.

34 Tot i això, de manera sorprenent aquesta doctrina que va servir per declarar l'única inconstitucionalitat no interpretativa del títol dedicat a les competències està sent abandonada pel propi Tribunal en sentències posteriors a la STC 31/2010 (vegeu per exemple 65/2010, fj 6; 18/2011, fj 7; STC de 20 d'octubre de 2011). Sobre aquesta qüestió vegeu Viver, C. «La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010», ob. cit.

estatal i autonòmiques. Em refereixo al canvi relatiu a la titularitat de la competència sobre els actes d'autorització de les societats gestores de drets de propietat intel·lectual que en la STC 31/2020 deixen de ser actes legislatius, com s'havien considerat de forma certament extravagant en la STC 196/1997, per convertir-se en actes d'execució l'exercici dels quals, tanmateix, el legislador estatal, dotat de poders taumatúrgics, es pot reservar encara que en la matèria afectada (propietat intel·lectual) l'Estat només tingui competències legislatives no bàsiques.³⁵

³⁵ Sobre aquesta qüestió, *vid.* Viver, C., «El Tribunal Constitucional: ¿siempre, sólo... e indiscutible?», *ob. cit.*

En aquest volum i sota el títol: *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* hem volgut aplegar un conjunt de textos que tracten aquesta qüestió des de diferents perspectives. En primer lloc, les tres ponències presentades al seminari «Com vincula la jurisprudència constitucional el legislador?» que va tenir lloc el dia 28 d'octubre de 2011, organitzat per l'Institut d'Estudis Autonòmics. En aquest seminari es va abordar aquest tema no només a partir de la jurisprudència del Tribunal Constitucional espanyol sinó també tenint en compte les referències a d'altres ordenaments jurídics com el nord-americà o l'alemany o de Tribunals supraestats. En segon lloc, pel seu relleu, hem considerat oportú incloure-hi la transcripció del debat que es va suscitar entre l'audiència i, finalment, atesa la seva connexió amb les qüestions que conformen el contingut d'aquest llibre, hem completat el volum amb la versió catalana d'una ponència presentada pel director de l'Institut en un seminari celebrat a la Universitat de Girona el desembre de 2011.

