

ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES EN TORNO A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y A LA RELATIVIDAD DE CIERTAS FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS VINCULADAS A ELLAS

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO*

SUMARIO

1. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: A) La naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional. B) Los peculiares perfiles de la sentencia constitucional. C) El carácter objetivo del proceso constitucional y la inadecuación al mismo de algunas categorías del Derecho procesal común, particularmente de la cosa juzgada. D) Las específicas funciones del juez constitucional: a) *Preservación del principio de constitucionalidad y depuración del ordenamiento jurídico*. b) *Interpretación vinculante de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico “en conformidad con la misma”*.—2. LA INADECUACIÓN DE LAS ABSOLUTIZACIONES DOGMÁTICAS EN RELACIÓN A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES: A) El binomio inconstitucionalidad/nulidad (*void ab initio*). B) El trinomio nulidad/sentencia declarativa/efectos *pro praeterito*.—3. LA CONVENIENTE CAPACIDAD DE GRADUACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS EFECTOS DE SUS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ORDEN A LA ARMONIZACIÓN DE LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN PRESENCIA.

RESUMEN

El autor presenta algunas peculiaridades de las sentencias constitucionales, que son la consecuencia de una serie de circunstancias, particularmente de los específicos rasgos del procedimiento constitucional (un proceso objetivo) y, sobre todo, de las funciones que el Tribunal Constitucional cumple en el sistema normativo.

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Messina (Italia) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú (con sede en Lima). Profesor Honorario de catorce Universidades de Iberoamérica.

El autor concluye que algunos efectos de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad, por ejemplo la consideración de que la ley inconstitucional es nula *ab initio* y, por lo mismo, debe regir el efecto retroactivo, han de ser comprendidos con una cierta relatividad, rechazando cualquier visión absolutista. Coherentemente con ello, el autor considera que el Tribunal Constitucional debe poder asumir una nítida capacidad de ponderación y decisión.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, sentencia constitucional, efectos de las sentencias constitucionales, cosa juzgada, nulidad *ab initio*, retroactividad.

ABSTRACT

The author presents some constitutional rulings' peculiarities. They are the outcome of a whole series of circumstances, particularly: the specific features of the constitutional procedure (an objective process) and, especially, the Constitutional Court's functions in the normative system.

The author finish that some effects of the unconstitutionality rulings, for example the understanding that the unconstitutional law is void *ab initio* and for that reason the subsequent retroactivity effect must to be understood with a relativity vision keeping out any absolutism. Coherently with this understanding, the author considers that the Constitutional Court must to assume a clear capacity of weighing and decision.

Key words: Constitutional Court, constitutional ruling, effects of the constitutional rulings, *res iudicata*, void *ab initio*, retroactivity.

1. ALGUNAS PARTICULARIDADES DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Un sector de la doctrina, que progresivamente tiende a ampliarse, viene incidiendo en la idea común de la relatividad de las fórmulas estereotipadas que tradicionalmente se han venido contemplando en relación a los efectos de las sentencias dictadas por los órganos titulares de la justicia constitucional en los procesos de control normativo, y de modo muy particular en las sentencias estimatorias, esto es, en aquellas que declaran la inconstitucionalidad de la ley fiscalizada en sede constitucional. Este relativismo de los que han sido considerados como tradicionales efectos de este tipo de decisiones constitucionales no es sino la resultante lógica de su insuficiencia, por lo menos en un buen número de casos. Como ya hace una veintena de años escribía entre nosotros uno de los primeros estudiosos de la justicia constitucional¹, el problema de los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una ley es uno de los más complicados, por la multitud de aspectos que presenta, poco adap-

¹ JOSÉ ALMAGRO NOSETE (con la colaboración de PABLO SAAVEDRA GALLO), *Justicia Constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 261.

tables a soluciones únicas o simples, por cuanto con frecuencia entran en juego no sólo cuestiones abstractas de fundamentación, sino, sobre todo, cuestiones prácticas de colisión entre los principios de seguridad jurídica y justicia, en relación con los efectos jurídicos desplegados. En fechas más recientes, y en relación al problema de la eficacia temporal de las decisiones antes mencionadas, Ruotolo² se mostraba absolutamente contrario a que los problemas que tal cuestión suscita fueran apartados («accantonati») «in nome di assolutizzazioni teoriche tendenti all'affermazione di un *summum ius* che in taluni casi può risolversi in *summa iniuria*».

Abordar esta problemática desde una perspectiva muy general creemos que exige aludir con carácter previo, en términos desde luego genéricos, pues no otra es la pretensión de este trabajo, dado lo limitado del espacio de que disponemos, a algunas particularidades de la justicia constitucional, cuya visualización no sólo es necesaria para la mejor comprensión del problema de fondo, sino también porque de esos mismos rasgos peculiares derivan especificidades atribuibles a los efectos de este tipo de sentencias constitucionales.

Y una última precisión. Conviene no olvidar algo que, en algunas normaciones constitucionales, parece estar perdiéndose de vista: la naturaleza jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales en particular y, más ampliamente aún, de los órganos llamados a verificar el control normativo de constitucionalidad. Hecha esa necesaria puntualización y analizadas algunas de las consecuencias que a ella se anudan, nos referiremos, sucesivamente, a los rasgos peculiares de las sentencias constitucionales, al carácter objetivo del proceso constitucional y a las consecuencias que de ello dimanar, y a las funciones específicas del juez constitucional. Todos y cada uno de estos aspectos tienen su influjo sobre los efectos de las decisiones constitucionales.

A) La naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Hace ya medio siglo Leibholz escribía algo que, no obstante el tiempo transcurrido, sigue teniendo perfecta vigencia: «Gewiß sind die Verfassungsgerichte Gerichte, und zwar selbständige und unabhängige Gerichte, die wie andere Gerichte eine rechtsprechende Tätigkeit im materiellen Sinne entfalten und Rechtsfragen zu entscheiden haben»³. (Indudablemente, el

² MARCO RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, CEDAM, Padova, 2000, p. 240.

³ GERHARD LEIBHOLZ, «Einleitung», en «Der Status des Bundesverfassungsgerichts» (Gutachten, Denkschriften und Stellungnahmen mit einer Einleitung), en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, band 6, 1957, pp. 110 y ss.; en concreto, p. 111.

Tribunal Constitucional es un Tribunal, un Tribunal independiente y autónomo, que, como otros Tribunales, desarrolla una actividad jurisprudencial en sentido material y que tiene que decidir sobre cuestiones jurídicas). Esta reflexión, al igual que otras⁴, ilustran acerca de la arraigada idea existente en Alemania e Italia, en los inicios de sus respectivos sistemas constitucionales subsiguientes a la segunda guerra mundial, respecto a la naturaleza jurisdiccional de los órganos creados por los constituyentes con la finalidad básica de salvaguardar la primacía normativa de la Constitución. Esta idea creemos que ha arraigado como si de un auténtico dogma se tratara.

Los Tribunales Constitucionales son auténticos Tribunales, a lo que no obstan sus peculiares perfiles, aunque los mismos los separen profundamente de los Tribunales ordinarios, quizá porque, como adujera un *Giudice della Corte costituzionale*, medio siglo atrás, el órgano titular de la justicia constitucional aparece como una especie de «continuatore dell'opera dell'Assemblea costituente», en cuanto a él, y sólo a él, corresponde interpretar y actualizar en todo momento el espíritu que empapa («che pervade») la Constitución de la República italiana⁵, aunque, qué duda cabe, también por su composición, por el procedimiento objetivo que ante él se sigue en los procesos de control normativo y por los efectos de sus sentencias; por todo este cúmulo de razones, estos órganos, garantes supremos de la Constitución, aparecen nítidamente diferenciados de los órganos integrantes del complejo orgánico del Poder judicial, del que en muchos países, como es el caso de España, se sitúan orgánicamente al margen, lo que responde a una lógica incontrovertible: el Tribunal Constitucional es el titular único de una jurisdicción peculiar como es la jurisdicción constitucional, que poco o nada tiene que ver con la jurisdicción ordinaria.

Las particularidades de la jurisdicción constitucional no deben, sin embargo, llegar al extremo de privar al Tribunal Constitucional de aquellos

⁴ También en Italia la «jurisdiccionalidad» del órgano equivalente se admitía sin ambages. Ya en 1954, antes de que iniciase su andadura la *Corte costituzionale*, Pierandrei se pronunciaba en esa dirección, defendiendo la naturaleza jurisdiccional de la actividad desempeñada por la «justicia constitucional». «Quando si dice che essa assicura la “garanzia giudiziaria” della costituzione e che gli organi i quali la esercitano tutelano la costituzione con criteri e metodi giurisdizionali, si esprime un concetto in cui si riflette fedelmente la realtà positiva; è invece opinione sostanzialmente inesatta quella di coloro che, facendo riferimento ai peculiari atteggiamenti della “giustizia costituzionale” ma attribuendo loro una importanza eccessiva, negano che essa sia una “giustizia” vera e propria». FRANCO PIERANDREI, «Le decisioni degli organi della “Giustizia costituzionale” (Natura, efficacia, esecuzione)», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Serie III, Anno VIII, Volume VII, 1954, pp. 101 y ss.; en concreto, p. 101.

⁵ NICOLA JAEGER, «Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto Processuale*, anno XIII, nº 3, Luglio/Settembre 1958, pp. 364 y ss.; en concreto, p. 372.

rasgos que lo hacen reconocible como jurisdicción, que le otorgan su identidad jurisdiccional. Y entre ellos podríamos recordar algunos de los que Cappelletti denominara reglas fundamentales de la «justicia natural»⁶, nacidas antes de la consolidación de los sistemas de *common law*, en cuanto frutos de la sabiduría latina, como sería el caso de aquellas reglas que con sin par nitidez reflejan estos aforismos: «*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*» o, dicho de otro modo, «*nemo iudex sine actore*», o aquellas otras reglas a las que aluden los aforismos de «*nemo iudex in causa propria*» o «*audiatur et altera pars*», que demandan que el juez se sitúe por encima de las partes (*super partes*), no decidiendo sobre una cuestión en la que el propio juez sea parte, al margen ya de requerir que el proceso tenga carácter contradictorio, pues como dijera uno de los grandes juristas norteamericanos del pasado siglo, Lon Luvois Fuller⁷, el elemento nuclear de todo proceso reside en la oportunidad de que las partes del mismo puedan presentar pruebas y argumentos razonados; en ello descansa la propia imparcialidad del juez⁸, idea subrayada asimismo, entre otros muchos, por el notable procesalista italiano Elio Fazzalari, para quien «la parità fra le parti» es «il vero, intimo nucleo del contraddittorio, quindi del processo»⁹. Puede sorprender que aludamos a estas máximas, más aún si se piensa que los procesos de control normativo son procesos sin partes propiamente dichas, o lo que es igual, sin partes empeñadas en la defensa de un interés propio o subjetivo. Y ciertamente es así, como vamos a ver con más detalle con posterioridad. Pero aún siendo así, no nos cabe duda de que las reglas que tales aforismos identifican han de ser inexcusablemente respetadas. Y no siempre ni en todo lugar lo son. Como prueba de ello nos referiremos a dos ejemplos puntuales.

El Tribunal Constitucional húngaro ha sido dotado de una autoridad *ex officio* que le permite intervenir en ciertos asuntos al margen de la existencia de una demanda que inste su intervención. En efecto, el art. 49.1

⁶ MAURO CAPPELLETTI, «Des juges législateurs?» (Étude dédiée à la mémoire de Tullio Ascarelli et d'Alessandro Pekelis). Recogido en la obra recopilatoria de artículos del autor, *Le pouvoir des juges*, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris, 1990, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 70-71.

⁷ Cfr. al respecto ERWIN N. GRISWOLD, «Lon Luvois Fuller – 1902-1978», en *Harvard Law Review*, volume 92, 1978-1979» pp. 351-352.

⁸ «If, on the other hand, —escribe Fuller— we start with the notion of a process of decision in which the affected party's participation consists in an opportunity to present proofs and reasoned arguments, the office of judge or arbitrator and the requirement of impartiality follow as necessary implications». LON L. FULLER, «The Forms and Limits of Adjudication», en *Harvard Law Review*, volume 92, 1978-1979, pp. 353 y ss.; en concreto, p. 365.

⁹ ELIO FAZZALARI, «La imparzialità del giudice», en *Rivista di Diritto Processuale*, volume XXVII (II Serie), anno 1972, pp. 193 y ss.; en concreto, p. 199.

de la Ley nº XXXII, de 1989, del Tribunal Constitucional magiar¹⁰, dispone que el procedimiento de fiscalización de la inconstitucionalidad por omisión, como también el procedimiento de control de la convencionalidad (que puede llevarse a cabo tanto por acción como por omisión), pueden iniciarse de oficio, por el propio Tribunal Constitucional. Un antecedente de esta particularidad procesal, que sin embargo tiene a los efectos de nuestro estudio un interés residual, lo encontramos en la Constitución yugoslava de 1974, que habilitó al Tribunal Constitucional (que ya se creara en 1963) para fiscalizar de oficio no sólo la ausencia de normas requeridas por la Constitución, sino también la inexistencia de normas exigidas para la ejecución de las leyes federales o, más ampliamente, de actos generales federales, pero todo ello se hallaba en perfecta sintonía con la concepción que los constituyentes yugoslavos tenían del Tribunal Constitucional, perfectamente reflejada por Edvard Kardelj, presidente de la Comisión de coordinación, que se encargó de elaborar el Anteproyecto de Constitución, en su discurso ante la Asamblea Federal¹¹.

Conviene añadir quizá, que la referida concepción era perfectamente coherente con la visión que de la justicia constitucional se tenía en los países socialistas; de acuerdo con la misma, se subrayaba la trascendencia del control «positivo» de constitucionalidad de las leyes. Mientras en los países occidentales el control se presentaba como una fiscalización esencialmente «negativa», en la medida en que permitía expulsar del ordenamiento jurídico aquellos actos legislativos contrarios a la Constitución, paralizando de esta forma, por así decirlo, las actuaciones del poder legislativo contradictorias con la Norma suprema, tal visión fue considerada por el pensamiento socialista como absolutamente insuficiente. Roussillon ha aclarado perfectamente este punto, subrayando¹² la importancia que los teóricos del pensamiento socialista iban a dar a la necesidad de velar para que el legislador respetara «positivamente» la Constitución que desarrolla¹³.

¹⁰ Puede verse el texto de la ley en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VI, 1990, pp. 867-880.

¹¹ «La Cour constitutionnelle —afirmaría Kardelj— ne saurait être un organe purement judiciaire qui se contenterait d'examiner, de manière statique et d'un point de vue juridique formel, les phénomènes et problèmes en matière d'organisation constitutionnelle (...) Dans ce sens, la Cour constitutionnelle prendra, avec la souplesse voulue, des initiatives politiques...». Tomamos la cita de J. ZAKRZEWSKA, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les États socialistes», en *Res Publica* (Revue de l'Institut Belge de Science Politique), vol. XIV, nº 4, pp. 771 y ss.; en concreto, p. 777.

¹² HENRY ROUSSILLON, «Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois dans les pays socialistes», en *Revue du Droit Public*, nº 1-1977, Janvier/Février 1977, pp. 55 y ss.; en particular, pp. 97-103.

¹³ Bien significativa al respecto es la reflexión que a continuación transcribimos de Naschitz, para quien el aspecto «positivo» del control de constitucionalidad era, al menos, tan

Innecesario es decir que no es esa exactamente la visión que de la justicia constitucional se tiene en la Europa democrática, sin que ello presuponga ignorar la importancia del control de las omisiones legislativas vulneradoras de derechos constitucionales¹⁴. Más allá de ello, de lo que no cabe duda alguna es de que los órganos que nos ocupan son verdaderos órganos jurisdiccionales, y han de ser reconocibles como tales. No albergamos la más mínima vacilación acerca de que quedarán desnaturalizados si se ignora la máxima alemana *wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter* (donde no hay demandante, no hay juez), vinculada como es bien patente al aforismo latino, aunque también cuente con un antiguo origen sajón.

Un segundo ejemplo lo encontramos en España. En su inicial redacción, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), no preveía la personación como partes en el proceso de control normativo desencadenado por un juez (cuestión de inconstitucionalidad) de las que lo eran del proceso *a quo* en el que fraguara el planteamiento de esa cuestión, pese como es lógico a que el fallo del Tribunal Constitucional en torno a la norma, o disposición aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo en el proceso *a quo*, no podía por menos que afectar a los intereses contrapuestos de las partes de *la litis*. Tal circunstancia desencadenaría una sentencia (STEDH de 23 de junio de 1993, dictada en el caso *Ruiz Mateos*) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenatoria del Reino de España por violación del art. 6.º1 del Convenio de Roma, por considerar infringido el derecho a un proceso equitativo, noción que engloba el principio de igualdad de armas y el proceso contradictorio, derecho que en el caso en cuestión no fue respetado en tanto en cuanto el Sr. Ruiz Mateos, individual y directamente afectado por la ley cuya inconstitucionalidad fue sometida por el juez del proceso *a quo* en el que el Sr. Ruiz Mateos era parte, al Tribunal Constitucional, no

importante como el «negativo». «The constitutionalism —escribe el citado autor— does not imply only the negative obligation not to adopt a legal regulation inconsistent with the constitution, but also the positive obligation to adopt all the necessary legal regulation, in the absence of which the constitutional norm would remain only an abstract principle». A. NASCHITZ, *Introduction aux règles de contrôle de la constitutionnalité et de la légalité dans l'activité étatique socialiste*. Cours de la Faculté Internationale pour l'Enseignement de Droit comparé, Strasbourg, 1970 (langue anglaise), p. 19. Cit. por HENRY ROUSSILLON, «Le problème du contrôle de la constitutionnalité...», *op. cit.*, p. 98, nota 166.

¹⁴ Nos remitimos al efecto a nuestro trabajo «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas: de la fiscalización concreta de las Omisiones, por lo general relativas, del legislador al control abstracto de las omisiones por lo general absolutas. Las nuevas técnicas de control de la omisión inconstitucional en Portugal y Brasil», en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo I, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 559 y ss.

pudo actuar como parte en el proceso constitucional, a diferencia del Estado, que sí estuvo directamente representado en tal proceso. La importante reforma llevada a cabo en la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha subsanado la potencial quiebra de derechos que se anudaba al art. 37.2 LOTC, reformando el precepto en el sentido de facultar a las partes del procedimiento judicial (del proceso *a quo*) para personarse ante el Tribunal Constitucional y formular las alegaciones que entendieren pertinentes. Todo ello no hace sino corroborar que, no obstante las particularidades de la jurisdicción constitucional y de las «especificidades» del procedimiento objetivo que ante el juez constitucional se desarrolla, en cuanto órgano jurisdiccional que es, el Tribunal Constitucional viene obligado a respetar esas reglas de la «justicia natural» a que se refiriera Cappelletti, e innecesario es decir que esa misma obligación recae sobre el legislador, que es quien lógicamente ha de normar el proceso constitucional.

En definitiva, con la creación de un Tribunal Constitucional se perfila un verdadero tribunal, rodeado de todas las garantías de independencia, sujeto a un procedimiento que, aun siendo objetivo y presentando rasgos en verdad peculiares, ha de respetar esas reglas elementales a que con anterioridad aludíamos, y que ha de decidir a través de sentencias y otros actos jurisdiccionales, regidos por consideraciones jurídicas, en el bien entendido de que el juez constitucional siempre deberá valorar las consecuencias de sus actos, al margen ya de ponderar debidamente los distintos principios y valores constitucionales en presencia, lo que puede conducir al juez constitucional a matizar, en ocasiones de modo bien significativo, los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad.

B) Los peculiares perfiles de la sentencia constitucional

La sentencia constitucional, innecesario es decirlo, es, ante todo, un acto de un colegio judicial, con el que éste cierra un proceso peculiar. Sin embargo, este tipo de decisiones presenta unos perfiles propios que las separan notablemente de las sentencias de los órganos jurisdiccionales ordinarios. A ellos nos referimos a renglón seguido.

Objeto de estas decisiones son disposiciones y normas, o como señala Zagrebelsky¹⁵, siguiendo la terminología acuñada por Crisafulli¹⁶, disposi-

¹⁵ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, nuova edizione, Bologna, 1988, p. 279.

¹⁶ VEZIO CRISAFULLI, «Disposizione (e norma)», en *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 195 y ss. Sin entrar ni mucho menos en detalle, recordaremos tan sólo que para Crisafulli «per disposizione (...) non si intende la norma (...) formulata, quanto, più propriamente, la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma» (p. 196).

ciones emanadas de acuerdo con el procedimiento previsto por las reglas de producción del Derecho, consistentes en «formule linguistiche testuali» y normas expresas en la disposición, obtenidas por medio de la interpretación, o lo que es igual, «disposiciones interpretadas», y no nos cabe la más mínima duda de que el principio de conservación de la norma, que casa perfectamente con el de seguridad jurídica, con el que se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución y la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador, tiene evidentes consecuencias sobre las sentencias constitucionales; piénsese sin más en las sentencias interpretativas.

Digamos marginalmente que este tipo de sentencias, al igual que otros tipos de decisiones constitucionales, han venido a establecer un elemento de convergencia (entre los muchos que hoy se pueden visualizar) entre los dos tradicionalmente enfrentados (aunque hoy no tanto) sistemas de justicia constitucional: el de la *judicial review of Legislation* y el de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Las sentencias interpretativas, que como dijera Crisafulli en un célebre artículo¹⁷, «sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche», han terminado por dar lugar a la eficacia del precedente en términos semejantes a como sucede en el modelo norteamericano, en contraste con lo que ha venido siendo caracterizado como un peculiar rasgo de los sistemas de *civil law*¹⁸. Y es fácilmente comprensible que se ha de diferenciar la eficacia del precedente de la autoridad de cosa juzgada de las decisiones judiciales (y también del valor de *res iudicata* en las sentencias constitucionales, en aquellos países en que así se admite), distinción que, por lo demás, es válida, tanto en los ordenamientos que atribuyen al precedente eficacia vinculante como en aquellos otros, como el italiano, en que se le atribuye tan sólo una eficacia persuasiva¹⁹.

La función de depuración del ordenamiento jurídico que el Tribunal Constitucional asume, plasmada en su monopolio de rechazo de todas aquellas disposiciones legales que entienda contrarias a la Constitución, que lleva consigo la eficacia *erga omnes* de las decisiones que estiman la

¹⁷ VEZIO CRISAFULLI, «La Corte costituzionale ha vent'anni», en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XXI, 1976, fasc. 10, pp. 1694 y ss.; en concreto, p. 1703.

¹⁸ «A decided case —escribía en 1934 el Profesor de la *Harvard Law School* Gordon Ireland, especializado en Derecho latinoamericano, refiriéndose a los sistemas de *civil law*— is incapable of creating a rule of law; and nowhere does the authority of precedent prevent a decision on the merits of the case at hand». GORDON IRELAND, «Precedents' place in Latin Law», en *West Virginia Law Quarterly at the Bar*, volume XL, number 2, February 1934, pp. 115 y ss.; en concreto, p. 133.

¹⁹ ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Stare decisis e Corte costituzionale», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di GIUSEPPINO TREVES, UTET, Torino, 1971, pp. 31 y ss.; en concreto, p. 34.

inconstitucionalidad, conduce en último término a una modificación del ordenamiento jurídico que, de algún modo, permite calificar a las sentencias constitucionales como fuentes de ese mismo ordenamiento.

Pero además de todo ello, el Tribunal Constitucional, como dijera, Leibholz en obvia referencia al Tribunal alemán (*BVerfG*), en cuanto participa en el proceso de integración estatal («der Prozeß der staatlichen Integration») a través de su jurisprudencia (con ayuda de su jurisprudencia, «mit Hilfe der Rechtsprechung»), participa al mismo tiempo, a través precisamente de ella, en el ejercicio de los «poderes supremos del Estado» («der Ausübung der “obersten Staatsgewalt”») ²⁰. Esta circunstancia se conecta con el contenido político de buena parte de la actividad jurisprudencial de estos órganos, particularmente cuando cumplen la función que ahora centra nuestra atención, el control normativo, y contribuye a explicar las profundas diferencias que los separan de los tribunales ordinarios, que han dado pie a que Weber hable de que un «foso profundo» («ein “tiefer Graben”») separa la jurisdicción constitucional («Verfassungsgerichtsbarkeit») de las jurisdicciones civil, penal y administrativa («der Zivil-, Straf und Verwaltungsgerichtsbarkeit») ²¹.

En definitiva, el Tribunal constitucional, a través de su actividad jurisprudencial («rechtsprechende Tätigkeit»), interviene como un verdadero poder en el proceso constitucional de formación de la voluntad estatal («in den verfassungsmäßigen Prozeß der staatlichen Willensbildung») ²².

No era muy distinta la reflexión que por las mismas fechas que Leibholz efectuaba el en ese momento Presidente del Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), Ludwig Adamovich, para quien la jurisprudencia de un Tribunal de este tipo penetra indiscutiblemente en las raíces de todo el conjunto de la vida pública («alle radici tutto il complesso della vita pubblica») y es susceptible de influir profundamente sobre las condiciones políticas del Estado ²³.

Los argumentos expuestos creemos que justifican cumplidamente los peculiares perfiles de las sentencias constitucionales frente a las decisiones equivalentes de los órganos jurisdiccionales ordinarios. Y qué duda cabe que los mismos ofrecen bases sólidas para explicar el porqué de algunos de los específicos efectos de aquéllas.

²⁰ GERHARD LEIBHOLZ, «Einleitung», *op. cit.*, p. 111.

²¹ WERNER WEBER, «Das Richtertum in der Deutschen Verfassungsordnung», en *Festgabe für Niedermeyer*, 1953, pp. 272 y ss. Cit. por GERHARD LEIBHOLZ, «Einleitung», *op. cit.*, p. 111, nota 5.

²² GERHARD LEIBHOLZ, *ibidem*, p. 112.

²³ LUDWIG ADAMOVICH, «Esperienze della Corte costituzionale della Repubblica austriaca», en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Serie III, anno VIII, volume VII, 1954, pp. 3 y ss.; en concreto, pp. 7-8.

C) El carácter objetivo del proceso constitucional y la inadecuación al mismo de algunas categorías del Derecho procesal común, particularmente de la cosa juzgada

I. La naturaleza de los procesos de control normativo fue perfectamente delimitada por Söhn en un ya clásico trabajo²⁴ publicado una treintena de años atrás. En tales procesos, los demandantes dirigen hacia la opinión pública («Allgemeinheit») y en interés de la generalidad un procedimiento objetivo («ein objektives Verfahren») para el control de la compatibilidad («zu Überprüfung der Vereinbarkeit») del Derecho del *Bund* o de los *Länder* con la *Grundgesetz* (Ley Fundamental). El procedimiento es unilateral («einseitig»), no contencioso («noch streitig»), y tampoco es un procedimiento contradictorio entre partes («kein kontradiktorisches Parteienverfahren»); es, en definitiva, un procedimiento sin partes interesadas («ein Verfahren ohne Beteiligte»)²⁵. Y en sintonía con todo ello, como nuevamente escribe Söhn, «die Zulässigkeit einer Normenkontrolle ist lediglich an ein öffentliches kontrollbedürfnis gekoppelt» (la admisibilidad de un control normativo se debe tan sólo a una necesidad pública de control)²⁶.

Quiere todo ello decir que no nos hallamos ante un procedimiento con partes enfrentadas en defensa de sus respectivos intereses, sino ante un procedimiento encaminado a la defensa de un interés público, como es la salvaguarda de la primacía de la Constitución y, en sintonía con ello, la depuración objetiva del ordenamiento jurídico de todas aquellas disposiciones que el órgano de control entienda vulneradoras de la Norma suprema. Es por todo ello por lo que quienes están legitimados para desencadenar un proceso de control normativo, lejos de pretender la satisfacción de un interés particular, están llamados a cumplir una función pública. Como hace medio siglo escribiera el juez constitucional italiano Nicola Jaeger, la causa jurídica del juicio de control normativo no puede buscarse sino en un interés público, referible al conjunto de la sociedad organizada jurídicamente, siendo tal interés el único idóneo que justifica el sacrificio, inevitable en todo proceso, de tantos intereses normalmente intangibles²⁷.

²⁴ HARTMUT SÖHN, «Die abstrakte Normenkontrolle», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festsgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von CHRISTIAN STARCK, Erster Band (Verfassungserichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 292 y ss.

²⁵ *Ibidem*, p. 304.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ NICOLA JAEGER, «Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», *op. cit.*, p. 366.

Los rasgos que se acaban de apuntar, y entre ellos la inexistencia de partes propiamente dichas en el proceso constitucional, en cuanto que los sujetos que en tal proceso intervienen no defienden un interés propio, el interés público que se ventila en el proceso, y el peculiar objeto del proceso, disposiciones y normas, y adicionalmente a todo ello, el peculiar rol que cumple el Tribunal Constitucional, bien distinto del propio de los órganos jurisdiccionales ordinarios, son otras tantas razones que vienen a entrañar que las categorías propias del Derecho procesal común, articuladas para regir un proceso en el que las partes enfrentan sus propios intereses subjetivos, tan sólo puedan ser adaptadas al proceso constitucional con notables cautelas y matices.

La doctrina converge de modo generalizado en estas apreciaciones. Y así, por aludir a algunos posicionamientos, para Zagrebelsky, en cuanto en el juicio sobre las leyes («giudizio sulle leggi»), a diferencia de los juicios comunes, no se discute acerca de posiciones subjetivas, sino sobre la validez de la ley «in sé e per sé considerata», las categorías conceptuales con las que se ordenan las decisiones en el proceso civil no pueden encontrar aquí más que una aplicación tan sólo aproximativa²⁸.

El Derecho procesal constitucional, dirá entre nosotros Bocanegra²⁹, se resiste a aceptar, por lo menos lisa y llanamente, los principios y desarrollos concretos procedentes del Derecho procesal general. Desde esta misma óptica, se explica que para regir los efectos de las sentencias la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no haya recurrido a la aplicación, aunque no fuera más que supletoria, del Derecho procesal común³⁰.

Häberle ha avanzado bastante más en esta misma dirección de divergencia del proceso constitucional respecto del proceso común, defendiendo la tesis, bien conocida, del «Verfassungsprozeßrecht als “konkretisiertes Verfassungsrecht”» (el Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado)³¹.

²⁸ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 258.

²⁹ RAÚL BOCANEGRA SIERRA, «Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», en *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría), tomo I (El ordenamiento jurídico), Civitas, Madrid, 1991, pp. 509 y ss.; en concreto, p. 510.

³⁰ A. LATORRE SEGURA y L. DÍEZ-PICAZO, «Tribunal constitutionnel espagnol» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 85 y ss.; en concreto, p. 111. «Ceci —añaden de seguido estos autores— se comprend parfaitement si l'on prend en considération l'existence d'une réglementation constitutionnelle spécifique et les exigences qui pourraient être difficilement satisfaites si l'on s'en tenait à la simple transposition, en la matière, de constructions ou de catégories édifiés en prenant seulement en considération les traits propres aux procès ordinaires, particulièrement les procès civils».

³¹ PETER HÄBERLE, «Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsge-*

Esta tesis quiere decir, en primer término, que el Derecho procesal constitucional es fuertemente material («stärker materiell»), habiendo de extraerse su comprensión de los principios del Derecho constitucional. Entre tales principios Häberle menciona su carácter público («Öffentlichkeit»), con la positiva manifestación de la publicidad de los votos particulares (*Sondervotum*) y de los negativos, lo que no debe extrañar por cuanto, como en otro lugar hemos señalado³², para el Profesor de Bayreuth, los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del «élan vital» (impulso vital) de la Constitución, son expresión de la publicidad y del «carácter abierto» de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes³³ y del «pluralismo constitucional». A la par, posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de «pensar en posibilidades». Cumplen además una función de pacificación, de «reencuentro» de la parte derrotada (por así llamarla), abriendo una específica «ventana del tiempo», por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría.

En segundo lugar, la tesis häberliana se traduce en que el Derecho procesal constitucional requiere de una interpretación global («Das Verfassungsprozeßrecht ist ganzheitlich zu interpretieren»)³⁴, o lo que es igual, se ha de atender no sólo a las normas procesales en sentido específico («die Prozeßrechtlichen Normen im engeren Sinne»), sino también a las que el Profesor de Bayreuth llama «prozessualen Normen im “Vorfeld”», esto es, a las que podríamos denominar normas procesales de preludio, que anteceden al proceso propiamente dicho, como sería el caso de las normas sobre elección de jueces constitucionales («zur Verfassungsrichterwahl»), de las disposiciones sobre incompatibilidades («Inkompatibilitätsbestimmungen»), de las normas relativas a la cualificación requerida (para acceder como miembro del órgano), o incluso del período de duración en el cargo («Amtsdauer»)...

En fin, el Derecho procesal constitucional, en comparación a otros órdenes procesales, es específicamente jurídico-constitucional y por eso se ve como independiente («eigenständig»)³⁵.

richtbarkeit, Herausgegeben von PETER HÄBERLE, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 23.

³² FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo». Estudio preliminar a la obra de PETER HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. XVII y ss.; en concreto, p. XLVII.

³³ Recuérdese la conocida tesis de Häberle de la «sociedad abierta de los intérpretes constitucionales» («Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten»). Cfr. al efecto PETER HÄBERLE, «La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales (Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución)», en la obra recopilatoria de trabajos del autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Oñati, 1996, pp. 15 y ss.

³⁴ PETER HÄBERLE, «Grundprobleme ...», *op. cit.*, p. 24.

³⁵ *Ibidem*.

Quizá una consecuencia de todo lo que precede sea el relativamente amplio margen de maniobra de que suelen disponer los Tribunales Constitucionales a la hora de crear supletoriamente sus propias normas procedimentales, lo que ha dado pie para que la doctrina aluda al reconocimiento al Tribunal Constitucional de un principio de autonomía procedimental³⁶, que si bien no le permitiría recrear el procedimiento constitucional por completo en base al uso del Derecho constitucional material, en cuanto (en el caso español) está en sus líneas básicas regulado por la misma ley, sí, desde luego, le posibilitaría el relleno de las lagunas existentes y la interpretación de las prescripciones procesales legales para el eficaz cumplimiento de las funciones que le están encomendadas.

II. Quizá el ejemplo paradigmático de esta insuficiencia de las categorías tradicionales del Derecho procesal común lo encontremos en la noción de cosa juzgada, concepto plenamente arraigado en la cultura jurídica occidental (*chose jugée*, *Rechtskraft*, *res giudicata*, *giudicato*...), que encierra dos sentidos diferentes: el formal y el material. Con el primero, se designa la fuerza que el Derecho atribuye normalmente a los resultados procesales, que se traduce en un necesario respeto a lo dicho y hecho en el proceso, que se vuelve así inatacable³⁷. Inatacabilidad o inimpugnabilidad es así el efecto predicable de las decisiones judiciales firmes o revestidas de la eficacia de la cosa juzgada formal.

Con el concepto de cosa juzgada material se alude a la inatacabilidad indirecta o mediata de un resultado procesal, impidiéndose toda posibilidad de que se emita, por la vía de apertura de un nuevo proceso, ninguna decisión que se oponga o contradiga a la que goza de esta clase de autoridad³⁸. La cosa juzgada material no es, como dijera Guasp³⁹, una noción de orden lógico. No supone el reconocimiento de la verdad intrínseca de una decisión, a diferencia hoy de antaño, en que se llegó a auténticas aberraciones (el aforismo «*res iudicata facit de albo nigrum*» es bien significativo de ello). Su naturaleza es neta y estrictamente jurídica, presentándose como una creación del ordenamiento jurídico que, como tal, sólo tiene validez y vigencia dentro del ámbito ordinamental.

Pues bien, en algunos países, y desde luego entre ellos España, existe una amplia convergencia por parte de la doctrina en la insuficiencia de esta noción en el ámbito del proceso constitucional, o por lo menos, en la

³⁶ RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1982, p. 163.

³⁷ JAIME GUASP y PEDRO ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, tomo 1º, 7ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 573.

³⁸ *Ibidem*, p. 578.

³⁹ *Ibidem*, pp. 579-580.

inexcusabilidad de que no sea recepcionada en tal ámbito sin notables matizaciones. Ello al margen, el Derecho procesal constitucional europeo nos muestra profundas divergencias respecto al valor de la cosa juzgada material, al extremo de que en el «Informe general» elaborado en la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, celebrada en Lisboa en 1987, se pudo afirmar⁴⁰ que quizá el único punto de convergencia en relación al instituto de la cosa juzgada fuera el de que las decisiones constitucionales, como regla general, adquieren la fuerza propia de la cosa juzgada formal, existiendo, por contra, profundas diferencias respecto de la cosa juzgada material, reflejo de visiones completamente diferentes en torno a la noción o a su alcance. Vale la pena, por todo ello, detenernos mínimamente en determinados posicionamientos doctrinales y jurisprudenciales en algunos países europeos.

A) La doctrina italiana se ha manifestado casi unánimemente en esa dirección a que antes aludíamos, de insuficiencia del instituto en las sentencias constitucionales. Hace medio siglo, casi coincidiendo con el inicio de sus tareas por la *Corte costituzionale*, Liebman⁴¹, concisa y rotundamente, excluía la aplicación en el ámbito procesal constitucional de los principios de la cosa juzgada, que no harían sino crear inútiles y dañosas complicaciones. Pocos años después, Balladore Pallieri escribía que «la sentenza della Corte non ha mai il valore di un giudicato», para añadir a renglón seguido que no se ve hacia quién podría operar la *res iudicata* en el caso concreto⁴². Incluso Pierandrei, también en los albores de la justicia constitucional italiana, iba a considerar que el carácter definitivo («la definitività»), la firmeza si así se prefiere, de las decisiones de la justicia constitucional dimanaba no tanto de la atribución a las mismas de la autoridad de la *cosa giudicata*, cuanto de la razón evidente de que no emanaban de unos órganos «in numero plurimo e ordinati in un sistema gerarchico», sino de un órgano único en el que se concentra toda la actividad de la justicia constitucional⁴³.

⁴⁰ JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «La Justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'État. Rapport général», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 33.

⁴¹ ENRICO TULLIO LIEBMAN, «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto Processuale*, volume XII, 1957, pp. 507 y ss.; en concreto, p. 515.

⁴² GIORGIO BALLADORE PALLIERI, «Effetti e natura delle sentenze della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto Processuale*, anno XX, n° 2, Aprile/Giugno 1965, pp. 161 y ss.; en concreto, p. 162.

⁴³ FRANCO PIERANDREI, «Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale"...», *op. cit.*, p. 179.

Con posterioridad a esa primera doctrina, los posicionamientos no han cambiado. Crisafulli iba asimismo a cuestionar la utilidad del concepto de cosa juzgada en las sentencias de la *Corte costituzionale*⁴⁴, hasta el punto de afirmar que si se debiera considerar el efecto de cosa juzgada como un rasgo esencial de la jurisdicción, «nous serions forcés de conclure que la fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois n'a pas le caractère juridictionnel»⁴⁵.

También Pizzorusso se ha manifestado de modo insistente acerca de la dificultad de extender la noción de cosa juzgada a una actividad como el control de constitucionalidad de las leyes⁴⁶. En idéntico sentido, en el «Informe» presentado por la propia *Corte costituzionale* en la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, se afirmaba que no es correcto hablar de *res iudicata*, en el sentido de la terminología usual en Derecho procesal, a propósito de las sentencias a cuyo través la *Corte costituzionale* se pronuncia sobre la constitucionalidad de una norma legislativa⁴⁷.

B) Bien diferente es el panorama en Alemania, pues aunque ni la *Grundgesetz*, ni el art. 31 *BVerfGG*, ni ningún otro, prevén la eficacia de cosa juzgada de las decisiones del *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*), sin embargo, la doctrina, de modo muy generalizado, y el propio Tribunal Constitucional Federal, han admitido tal eficacia. Este último, en numerosas oportunidades, ha señalado que sus resoluciones, al igual que las de otros tribunales, tienen el efecto o la eficacia de cosa juzgada (*Rechtskraftwirkung*).

⁴⁴ «Il serait par contre difficile —escribe el gran iuspublicista italiano— d'appliquer aux arrêts de la Cour les principes de la chose jugée, au sens de vérité légale s'imposant une fois pour toutes aux parties du procès et à leurs successeurs. En effet, les arrêts déclarant l'illégitimité constitutionnelle des lois sont pourvus (...) d'efficacité générale, et il n'est point nécessaire d'expliquer une telle efficacité par un recours à la notion de la chose jugée. Tandis que les arrêts de rejet n'empêchent pas que la même question puisse être proposée à nouveau partant d'un autre procès principal, même s'il se déroule entre les sujets qui étaient parties dans le procès au cours duquel la question avait été soulevée la première fois». VEZIO CRISAFULLI, «Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», en *Revue du Droit Public*, nº 1-1968, Janvier/Février 1968, pp. 83 y ss.; en concreto, p. 129.

⁴⁵ VEZIO CRISAFULLI, «Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois...», *op. cit.*, pp. 129-130.

⁴⁶ Así, por ejemplo, ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Un point de vue comparatiste sur la réforme de la justice constitutionnelle française», en *Revue française de Droit constitutionnel*, nº 4-1990 (monográfico sobre «L'exception d'inconstitutionnalité»), pp. 659 y ss.; en concreto, p. 664.

⁴⁷ «Cour constitutionnelle italienne» (artículo sin referencia a autoría alguna, de responsabilidad directa de la propia *Corte costituzionale*), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 165 y ss.; en concreto, p. 184.

En cuanto a la doctrina germana, Pestalozza, tras señalar que la *materiellen Rechtskraft* quiere decir, como con frecuencia se expresa, que el contenido de la resolución del Tribunal es decisivo («daß der Inhalt der Entscheidung maßgeblich ist»), constata que es opinión general («allgemeiner Auffassung») el revestimiento de las decisiones constitucionales de esta eficacia⁴⁸. También Schlaich y Koriath admiten la fuerza de cosa juzgada (obviamente en sus sentidos formal y material), aunque reconocen que la fijación de la extensión y límites («Umfang und Grenzen») de la cosa juzgada material (*materiellen Rechtskraft*) causa también dificultades («Schwierigkeiten») en el Derecho procesal constitucional («im Verfassungsprozeßrecht») ⁴⁹.

Wolfgang Zeidler, siendo Presidente del *BVerfG*, aducía al respecto que la autoridad de cosa juzgada por una decisión precedente no opera más que si se trata del mismo litigio, valiendo tan sólo *inter partes*, apostillando más adelante que tal autoridad se impone, sin embargo, también al propio Tribunal⁵⁰.

Mucho más recientemente, Weber ha puesto de relieve que, no obstante el silencio en torno al instituto que al respecto guarda el art. 31.1 *BVerfGG*, que establece el efecto vinculante de las sentencias constitucionales respecto, entre otros, a todos los tribunales («alle Gerichte»), su sentido es la extensión («die Erstreckung») de la fuerza de cosa juzgada personal («der personellen Rechtskraft») de las resoluciones del Tribunal a todos los órganos estatales («allen staatlichen Organen») ⁵¹.

C) En relación a otros países cabe decir que en Austria tanto las decisiones estimatorias como las desestimatorias tienen la autoridad de la cosa juzgada no sólo respecto del demandante, sino respecto de cualquiera, si bien en el último tipo de decisiones las tachas de inconstitucionalidad que no hayan sido sometidas al Tribunal con ocasión de una demanda de fiscalización de una ley o de un reglamento pueden ser en cualquier

⁴⁸ CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder)*, 3. völlig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 300.

⁴⁹ KLAUS SCHLAICH y STEFAN KORIOATH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 5. neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2001, p. 320.

⁵⁰ WOLFGANG ZEIDLER, «Cour constitutionnelle fédérale allemande» (7ème Conférence des Cours constitutionnelles européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 52.

⁵¹ ALBRECHT WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en CHRISTIAN STARCK y ALBRECHT WEBER (Hrsg), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 61.

momento ulterior válidamente planteadas ante el *Verfassungsgerichtshof* en otro proceso dirigido contra la misma norma⁵².

A su vez, en Portugal las sentencias desestimatorias tan sólo tienen fuerza de cosa juzgada formal, careciendo por lo mismo de la eficacia de la cosa juzgada material, en la medida en que no impiden que el mismo recurrente vuelva a solicitar al Tribunal Constitucional que verifique la constitucionalidad de la disposición anteriormente declarada conforme con la Constitución⁵³.

D) Entre la doctrina española, la posición mayoritariamente asumida, con unos u otros matices, se ubica en una dirección próxima a la de la doctrina italiana, y ello, no obstante la previsión del art. 164.1 de la Constitución, que atribuye a las sentencias del Tribunal Constitucional «el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación», eficacia que el art. 38.1 LOTC reitera respecto de «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad».

Para unos autores⁵⁴, la propiedad de la decisión del juez que se condensa en el aforismo «*semel dictum semper dictum*» no puede trasladarse válidamente con carácter general al juez constitucional; para otros⁵⁵, de modo análogo, si se parte de las reglas y principios estrictos de la cosa juzgada, tampoco es aplicable esta institución al proceso constitucional, pues existen muchas contradicciones de carácter conceptual que impiden cohesión este instituto y los límites precisos que lo encuadran⁵⁶. Para Rubio Llorente, la autoridad de cosa juzgada que la Constitución y la LOTC atribuyen a las decisiones del Tribunal Constitucional es, en lo que concierne a las decisiones dictadas en los procesos de inconstitucionalidad,

⁵² «Cour constitutionnelle autrichienne» («Rapport» presentado sin que se precise la autoría por el *Verfassungsgerichtshof* en la 7ª Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 52.

⁵³ LUIS NUNES DE ALMEIDA, «Portugal», en ELISEO AJA (editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 207 y ss.; en concreto, pp. 244-245.

⁵⁴ JERÓNIMO AROZAMENA SIERRA, «El recurso de inconstitucionalidad», en *El Tribunal Constitucional* (Dirección General de lo Contencioso del Estado), vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 131 y ss.; en concreto, p. 175.

⁵⁵ M^a DEL CARMEN BLASCO SOTO, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en (la) cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, Mayo/Agosto 1994, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 40.

⁵⁶ No muy distante de esta posición se sitúa García Martínez, para quien el concepto de cosa juzgada material tiene una serie de restricciones en su aplicación a las sentencias recaídas en procesos de inconstitucionalidad, que impiden en buena parte su consideración como efecto propio de aquéllas. ASUNCIÓN GARCÍA MARTÍNEZ, *El recurso de inconstitucionalidad* (El proceso directo de inconstitucionalidad), Editorial Trivium, Madrid, 1992, p. 225.

puramente formal; estas decisiones no tienen la autoridad material o sustancial⁵⁷.

Otros sectores de la doctrina han admitido el instituto de la cosa juzgada material en este tipo de resoluciones constitucionales, matizando que el mismo no puede operar sino con correcciones y matices de no fácil determinación⁵⁸, quedando sujeto a continuas modificaciones, a quiebras reiteradas e incluso a visibles retrocesos en su eficacia⁵⁹. En similar dirección, Gómez Montoro admite la insuficiencia de esta tradicional categoría jurídico-procesal para explicar las peculiaridades de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, precisando de inmediato que esa insuficiencia no da pie para que pueda prescindirse de este efecto, que es consustancial a toda decisión judicial en forma de sentencia⁶⁰.

No faltan, en fin, quienes entienden que ha de ser la noción de cosa juzgada la que por imperativo constitucional debe atender los especiales requerimientos de las decisiones constitucionales, aunque ciertamente no en su sentido convencional. A juicio de Bocanegra⁶¹, es posible concebir la noción de cosa juzgada de tal forma que permita ofrecer una adecuada satisfacción a las necesidades de la jurisdicción constitucional.

E) Llegados aquí, es necesario exponer nuestra opinión. En los procedimientos de control normativo que centran nuestra atención no creemos que tenga mucho sentido el recurso a la categoría de la cosa juzgada, aunque ciertamente haya de admitirse que su constitucionalización entraña que no pueda dejarse de lado este instituto. Puede admitirse su dimensión formal, entendida en el sentido de firmeza o inimpugnabilidad, pero la vertiente material nos suscita serios reparos.

⁵⁷ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Les effets des décisions du juge constitutionnel. Réaction», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, X, 1994, pp. 20 y ss.; en concreto, p. 21.

⁵⁸ A. LATORRE SEGURA y L. DÍEZ-PICAZO, «Tribunal constitutionnel espagnol», *op. cit.*, p. 122.

⁵⁹ ÁNGEL GARRORENA MORALES, «Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional» (Comentario al artículo 164 de la Constitución), en ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo XII, Cortes Generales/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, pp. 299 y ss.; en concreto, p. 338.

⁶⁰ ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO, «Comentario al artículo 38 de la LOTC», en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coordinador), Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 553 y ss.; en concreto, p. 559.

⁶¹ RAÚL BOCANEGRA SIERRA, *El valor de las sentencias...*, *op. cit.*, p. 107. En otro lugar («Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 526), el propio autor aduce que el manejo de los principios generales de la cosa juzgada conduce a resultados satisfactorios, sirviendo adecuadamente la función pacificadora que al Tribunal Constitucional corresponde, y sin que ello suponga, más allá de lo que es estrictamente necesario, una congelación de la capacidad de cambio y desarrollo constitucional.

En las sentencias estimatorias, es patente que la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico comporta la desaparición del objeto de un hipotético proceso subsiguiente. Así lo estimó por lo demás el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 169/1985. Tras declarar inconstitucional (en su STC 151/1985) un precepto del Código de Justicia Militar, le fueron planteadas al Tribunal dos cuestiones de inconstitucionalidad respecto del mismo precepto. El juez constitucional entendió que en cuanto las sentencias de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales, y la declaración de inconstitucionalidad había supuesto la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, no cabía que el mismo fuera aplicado por los tribunales de justicia en ningún supuesto, lo que conducía al Tribunal a entender que no podía pronunciarse sobre las cuestiones que ante él habían sido promovidas, al no ser posible reiterar el fallo precedente al haber desaparecido el objeto de las cuestiones planteadas⁶².

En las sentencias desestimatorias, el efecto de cosa juzgada material vendría a suponer un efecto de preclusión del proceso constitucional, impidiendo al Tribunal toda posibilidad de un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión ya resuelta precedentemente. Si se advierte que en el ordenamiento español la existencia de dos vías de impugnación de normas, la vía directa del recurso y la indirecta de la cuestión, adquiere su pleno sentido y su cabal razón de ser si se admite la compatibilidad entre ambas, esto es, la posibilidad de que, resuelto mediante una sentencia desestimatoria un recurso de inconstitucionalidad, quepa en el futuro volver a plantear ante el juez constitucional, a través de una cuestión de inconstitucionalidad, la misma problemática, o lo que es igual, la supuesta inconstitucionalidad de la disposición anteriormente considerada constitucional, se puede constatar de inmediato la grave distorsión que entrañaría ese efecto de preclusión.

El Tribunal Constitucional debe tener siempre la oportunidad de revisar su propia jurisprudencia para acomodar la interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico «en conformidad con la misma» a la evolución social y cultural, a las nuevas circunstancias sociales, o si así se prefiere, por utilizar los términos que emplea el art. 3º del Código Civil, a la realidad social del tiempo en que una y otro han de ser aplicados. Como señalara el *Justice* de la *Supreme Court* (entre 1939 y 1975) William Orville Douglas en un estudio sobre el principio *stare decisis*⁶³, y en referencia crítica a una visión estática del principio de seguridad en el

⁶² STC 169/1985, de 13 de diciembre, fund. jur. único.

⁶³ WILLIAM O. DOUGLAS, «Stare decisis», en *Columbia Law Review*, vol. 49, No. 6, June 1949, pp. 735 y ss.; en concreto, p. 735.

Derecho o en cualquier otro sitio, «security can only be achieved through constant change, through the wise discarding of old ideas that have out-lived their usefulness and through the adapting of others to current facts. There is only an illusion of safety in a Maginot Line».

En una dirección muy semejante, otro gran *Justice*, Benjamin Nathan Cardozo, en su ya clásico libro, publicado en 1921⁶⁴, se refería a la existencia de «a tendency to subordinate precedent to justice»⁶⁵. El problema de fondo, a salvo las diferencias entre el sistema norteamericano y el europeo de justicia constitucional concentrada en un órgano único, es el mismo. La sociedad evoluciona y el Derecho, también el Derecho de la Constitución, debe fluir a fin de lograr «a living Constitution». Y para que ello sea posible, en lo que ahora interesa, el Tribunal Constitucional, al menos, debe ser capaz de revisar su propia jurisprudencia.

Por lo demás, si atendemos a nuestro propio ordenamiento, encontramos en él signos inequívocos de que esa, y no otra, es la finalidad que se persigue. La propia existencia de dos vías complementarias de desencadenamiento del control normativo, una delimitada temporalmente y la otra no, la permanencia temporal en el cargo de los magistrados constitucionales, la facultad que a ellos les reconoce la ley (art. 90.2 LOTC) de emitir votos particulares y, en fin, sin ánimo exhaustivo, la específica previsión del art. 13.2 LOTC, que viabiliza el procedimiento que el Tribunal ha de seguir cuando quiera apartarse de una doctrina constitucional precedentemente establecida, son otros tantos argumentos que pueden ser esgrimidos al efecto.

De resultas de todo lo expuesto, creemos que la recepción en sus términos clásicos de la categoría de la cosa juzgada, por lo menos en su significado material, sería una rémora difícil de superar con vistas a tratar de alcanzar el objetivo de vivificar la Constitución, acomodándola a la realidad social.

⁶⁴ BENJAMIN N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (first edition 1921 by Yale University Press), twenty-seventh printing, Yale University Press, New Haven and London, 1967, p. 160.

⁶⁵ La realidad judicial norteamericana, por lo demás, nos muestra que la evolución y el dinamismo jurisprudencial siempre han terminado prevaleciendo frente a las tendencias estáticas. «The full history of American courts —escriben al respecto Cavanagh y Sarat— which has yet to be written, would be a history of dynamic adaptation — not of rigid institutional adherence to any ideal of “courtiness”». RALPH CAVANAGH and AUSTIN SARAT, «Thinking about Courts: Toward and Beyond a Jurisprudence of Judicial Competence», en *Law & Society Review*, Volume 14, Number 2, Winter 1980, pp. 371 y ss.; en concreto, p. 411.

D) Las específicas funciones del juez constitucional

Dos son las funciones que, a la vista de la problemática que nos ocupa, tienen para nosotros particular interés. La primera de ellas es la de preservación del principio de supremacía constitucional, con la subsecuente expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas disposiciones o normas contradictorias con la Constitución. La segunda función que al efecto cumple el Tribunal Constitucional, aunque en íntima conexión con la precedente, es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos, y de modo muy particular para los Jueces y Tribunales (art. 5º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de los preceptos y principios constitucionales, lo que también conlleva la interpretación del ordenamiento «en conformidad con la Norma suprema». En cierto modo, a través de ambas funciones, el Tribunal actúa, utilizando una expresión de Crisafulli⁶⁶, como órgano de cierre del sistema normativo. Y qué duda cabe que tan particulares funciones no pueden por menos que tener su reflejo en la especificidad de los efectos de sus decisiones.

a) *Preservación del principio de constitucionalidad y depuración del ordenamiento jurídico*

La función primigenia del juez constitucional es la salvaguarda del principio de constitucionalidad, esto es, de la supremacía normativa de la Constitución, a cuyo efecto le corresponde la depuración del ordenamiento jurídico, lo que lleva a cabo mediante la expulsión del mismo de todas aquellas disposiciones legales que considere contrarias a la Constitución. Ello ya nos muestra, con nitidez meridiana, el impacto normativo de las sentencias de inconstitucionalidad.

Ciertamente, hoy no se puede sostener que el Tribunal Constitucional ostente un monopolio del control de la constitucionalidad, por lo menos allí donde, como en España, los jueces pueden desencadenar el control a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, pues parece fuera de duda que tal planteamiento presupone un previo control de constitucionalidad de la disposición por parte del juez ordinario. En tal caso, el Tribunal Constitucional pasa a detentar el monopolio de rechazo.

⁶⁶ Refiriéndose a Italia, Crisafulli identificaría el rol de la *Corte costituzionale* como el propio «di organo di chiusura del sistema che le spetta nella logica e nello spirito della Costituzione». VEZIO CRISAFULLI, «Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive», en *Rivista di Diritto Processuale*, anno XXI (II Serie), nº 2, Aprile/Giugno 1966, pp. 206 y ss.; en concreto, p. 232.

Sólo él puede expulsar una disposición del ordenamiento jurídico. Ello es así desde que la *Zweite Bundesverfassungsnovelle* (la segunda Constitución nueva) austriaca, de 7 de diciembre de 1929, ampliara la legitimación para recurrir las leyes ante el *Verfassungsgerichtshof (VfGH)* por vicios de inconstitucionalidad, al Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) y al Tribunal de Justicia Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Con posterioridad, el instituto se ha extendido por diferentes países.

El monopolio de rechazo hace aún más necesario el revestimiento de la sentencia constitucional de efectos *erga omnes*, sean explicitados en esos mismos términos o a través del recurso a la fórmula alemana del art. 31.2 *BVerfGG*, que en ciertos supuestos atribuye a las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*) («hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft») ⁶⁷. Ciertamente, existen sistemas de justicia constitucional, como el portugués (en el marco del control concreto llevado a cabo en última instancia por el Tribunal Constitucional) o el belga (la *Cour d'Arbitrage* en el control concreto), en los que las decisiones constitucionales tienen una eficacia limitada al caso concreto, pero la regla general que se extrae del Derecho comparado es la de la fuerza jurídica obligatoria general (*erga omnes*) de las decisiones de inconstitucionalidad de los Tribunales Constitucionales ⁶⁸.

Podría pensarse que con ello, en último término, se retorna a la bien conocida formulación kelseniana del legislador negativo. Recordemos al respecto que el gran jurista austriaco, tras delimitar la diferencia entre la función jurisdiccional y la legislativa (mientras la última crea normas generales, la primera no crea más que normas individuales), iba a argumentar: «Or annuler une loi, c'est poser une norme générale; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif» ⁶⁹. Es clara, desde luego,

⁶⁷ Quizá convenga recordar que ya en la República de Weimar tenían «fuerza de ley» (*Gesetzeskraft*), y por lo tanto disponían de una eficacia *erga omnes*, todas las decisiones que el *Staatsgerichtshof* dictaba, al margen ya de su contenido, bien en relación al control de los actos legislativos de los *Länder*, bien respecto de las decisiones atinentes a las «controversias constitucionales», salvo algunos supuestos un tanto excepcionales. Igual eficacia tenían las decisiones del Supremo Tribunal del Reich (*Reichsgericht*), previendo la Ley de 8 de abril de 1920, dictada en desarrollo del párrafo segundo del art. 13 de la Constitución, tal eficacia de forma explícita.

⁶⁸ JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs...», *op. cit.*, p. 32.

⁶⁹ HANS Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», en *Revue du Droit Public*, tome quarante-cinquième, 1928, pp. 197 y ss.; en concreto, pp. 224-225.

la procedencia de esta eficacia general o *erga omnes* del modelo kelseniano, pero no lo es menos que la razón de ser de esta fórmula no es la de seguir los pasos del sistema kelseniano, sino la de articular la relación del juez constitucional con el resto de los órganos integrantes del complejo orgánico del Poder judicial. El monopolio de rechazo de que disfruta el Tribunal Constitucional justifica la generalidad de efectos de sus decisiones declaratorias de la inconstitucionalidad⁷⁰. Bien podría decirse que los efectos generales no son la resultante de que el Tribunal sea un legislador negativo, sino la consecuencia necesaria de que es él quien detenta un monopolio de rechazo, por lo que su decisión de expulsión del ordenamiento de un dispositivo normativo debe vincular a todos, y muy en especial a los aplicadores del Derecho, esto es, a los Jueces y Tribunales.

Íntimamente vinculada a la depuración del ordenamiento, a través de la expulsión del mismo de la disposición inconstitucional y a la generalidad de efectos de las decisiones que nos ocupan, se suscita la cuestión del valor normativo de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad. Con su habitual lucidez, hace más de un cuarto de siglo, Pizzorusso hizo especial hincapié en esta cuestión⁷¹. Al preverse —razonaba el Profesor de Pisa en referencia al sistema italiano, aunque su reflexión tenga un valor muchísimo más amplio— que la decisión estimatoria de la *Corte costituzionale* puede conducir al cese de la eficacia de una disposición legal, se ha establecido con ello un tipo de control no destinado a insertarse en el proceso de formación de la ley, sino, por contra, capaz de llevar directamente a una modificación del Derecho vigente.

La capacidad de la sentencia constitucional de hacer cesar con efectos *erga omnes* la eficacia de disposiciones legales comporta la posibilidad de calificar las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad como fuentes del ordenamiento jurídico. Insistiendo en esta idea, Pizzorusso, bastantes años después, se hacía eco de cómo aunque tal fuerza podía ser limitada a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley, en ciertos países tal fuerza se reconocía asimismo a las sentencias que rechazan la declaración de inconstitucionalidad, superponiéndose este valor normativo a la eficacia de precedente que en todo caso tienen este tipo de decisiones constitucionales⁷².

⁷⁰ Análogamente se pronunció entre nosotros tiempo atrás EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981, p. 143.

⁷¹ ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Comentario del artículo 136 de la Constitución italiana», en *Commentario della Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, vol. sobre «Garanzie costituzionali (Art. 134-139)», Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna/Roma, 1981, pp. 175 y ss.; en concreto, pp. 176 y 180.

⁷² ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Les effets des décisions du juge constitutionnel (Point de vue)», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, X, 1994, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 13.

Bastantes años antes, en relación a Alemania, Leibholz se había hecho eco de cómo las sentencias del *BVerfG* adquirirían en la inmensa mayoría de los casos el carácter de una declaración general de principios, superando así el de una mera decisión de caso concreto, por así decirlo, y adoptando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para el Estado⁷³. Desde otra óptica, el autor alemán llegaba a la misma conclusión acerca del valor normativo de este tipo de sentencias dictadas en sede constitucional.

Refiriéndose al sistema español, en el Informe presentado ante la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, Latorre y Díez-Picazo no iban a diferir de las reflexiones que preceden, al hacerse eco de cómo a la cuestión de los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias se anudaba la cuestión de su valor normativo, expresión con la que se podían identificar problemas dispares, entre ellos el de los aspectos «creadores» o «constructivos» de la jurisprudencia constitucional, gracias a la cual se actualiza un ordenamiento normativo «abierto»⁷⁴, si bien es claro que el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho es una cuestión no exactamente coincidente con aquel otro al que se refería Pizzorusso.

Admitida la capacidad de las sentencias constitucionales de innovar el orden legislativo preexistente, lo que es propio de la función legislativa, debe de inmediato afirmarse que, aun admitiendo la peculiaridad de los efectos de las sentencias constitucionales, en modo alguno puede confundirse la naturaleza jurisdiccional de las decisiones de un Tribunal Constitucional con el ejercicio de la función legislativa. Es cierto, y así se reconoce pacíficamente, que el juez constitucional, en su interpretación del ordenamiento, desarrolla una actividad que no se agota en la mera repetición de los mandatos jurídicos, sino que comporta también opciones según criterios de oportunidad política⁷⁵; más aún, en ciertos ámbitos de la fiscalización llevada a cabo en sede constitucional, como es el caso del control de las omisiones legislativas, se favorece la tendencia expansiva del juez constitucional frente al legislador. Sin embargo, no puede perderse de vista que uno de los dos grandes peligros que, como advierte Zweigert, amenazan a un Tribunal Constitucional es el de un cambio de su naturale-

⁷³ GERHARD LEIBHOLZ, «El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», en *Revista de Estudios Políticos*, nº 146, Marzo/Abril 1966, pp. 89 y ss.; en concreto, pp. 91-92.

⁷⁴ A. LATORRE SEGURA y L. DÍEZ-PICAZO, «Tribunal Constitutionnel espagnol», *op. cit.*, pp. 114-115.

⁷⁵ FEDERICO SORRENTINO, «Strumenti tecnici e indirizzi politici nella giurisprudenza della Corte costituzionale», en *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, tomo I, pp. 795 y ss.; en concreto, p. 795.

za a través de la usurpación de tareas evidentes del legislador («eine Usurpation von evidenten Aufgaben des Gesetzgebers»)⁷⁶. «Verfassungsrechtsprechung —ha escrito con toda razón Hesse⁷⁷— ist Rechtsprechung, nicht eine Art Supergesetzgebung oder ähnliches» (la jurisprudencia constitucional es jurisprudencia, no una especie de superlegislación o algo semejante).

Las reflexiones que anteceden pueden considerarse una obviedad y, como tal, algo innecesario de mención. El constitucionalismo comparado nos revela, sin embargo, la necesidad de insistir en ciertos aspectos dogmáticos, por obvios que parezcan, por cuanto no faltan sistemas que contradicen abiertamente tan elementales principios. Podemos recordar al respecto que al hilo del procedimiento de control de las omisiones legislativas, algunas entidades federativas de México han convertido a sus órganos titulares de la justicia constitucional en verdaderos legisladores. Tal es el caso del Estado de Veracruz, en el que una reforma constitucional del año 2000 ha habilitado al órgano de fiscalización, el Superior Tribunal de Justicia del Estado, para que, una vez reconocida en sede judicial la omisión legislativa inconstitucional y fijado un plazo de dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado para que éste expida la ley o decreto omisos e incumplida la expedición del texto, dicte las bases a que deben quedar sujetas las autoridades hasta que se expida la ley o decreto omisos. De esta forma, el Tribunal se convierte en legislador. Algo semejante puede decirse del Estado de Chiapas, en el que, tras la reforma constitucional de 2007, el Tribunal Constitucional del Estado que en ese momento se crea asume similar función legislativa en un supuesto sustancialmente semejante.

La peculiaridad de las funciones que en el sistema constitucional asume el Tribunal Constitucional y la especificidad de efectos de sus sentencias respecto del conjunto de los poderes públicos, muy en particular respecto del legislador, no puede conducir ni justificar una actuación por aquél atentatoria contra la libertad de configuración del legislador, que, como es bien sabido, en modo alguno se encuentra, respecto de la Constitución, en la misma situación que el poder reglamentario respecto de la

⁷⁶ KONRAD ZWEIGERT, «Einige rechtsvergleichende und kritische Bemerkungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Festsgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts), herausgegeben von CHRISTIAN STARCK, Erster Band (primer volumen), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 63 y ss.; en concreto, p. 74. El otro peligro que, según Zweigert, se cierne sobre el Tribunal Constitucional es el de una autoalienación a través de un déficit de realidad («eine Selbstentfremdung durch ein Realitätsdefizit»).

⁷⁷ KONRAD HESSE, «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», en *Juristen Zeitung*, 50. Jahrgang, 17. März 1995, pp. 265 y ss.; en concreto, p. 267.

ley. El legislador se halla lejos de ser un mero ejecutor de la Constitución, cuyas cláusulas abiertas permiten diferentes desarrollos normativos, que el legislador, que actualiza permanentemente la voluntad soberana del pueblo, está plenamente legitimado para precisar en una u otra dirección, innecesario es decir que con respeto en todo caso de las cláusulas constitucionales.

Es un tópico decir que la conversión del juez constitucional en legislador conculca de modo frontal el principio de la división de poderes, una de las claves de bóveda de la arquitectura constitucional, pero conviene añadir que lo grave de tal vulneración no es tan sólo que un poder del Estado asuma la función reservada a otro, sino que se asuma la función legislativa sin quedar sujeto a responsabilidad alguna, pues es patente que el poder legislativo, al inclinarse en su diseño normativo por una de las varias opciones de desarrollo que la Constitución le permite, ejerce una opción política para la que se encuentra específicamente legitimado y a la que, se quiera o no, se anuda una responsabilidad que el cuerpo electoral puede sancionar en el momento en que acuda a las urnas. Como escribiera Simon en alusión a su país, aunque sea una reflexión sin fronteras, la decisión del constituyente alemán en favor de una democracia asentada en la división de poderes veda una interpretación sin límites que, eludiendo la reforma constitucional, difumine los lindes entre interpretación y potestad normativa y haga subrepticamente soberano a quien únicamente es custodio de la Constitución⁷⁸⁻⁷⁹.

Los Tribunales Constitucionales europeos, o por lo menos algunos de ellos, han sido desde el momento inicial de ejercicio de sus funciones plenamente conscientes de la necesidad de respetar la libertad de configuración del legislador, lo que se ha manifestado de formas muy diferentes.

Particular creatividad encontramos al efecto en el *BVerfG*, que ha diseñado una serie de técnicas decisorias con las que intentar maximizar esa libertad del legislador. Tal es el caso de las *Appellentscheidungen* o decisiones de apelación al legislador, expresión acuñada por vez primera en 1970 en un conocido artículo de la Jueza del *BVerfG* Wiltraut Rupp-v. Brünneck⁸⁰, en el que se interrogaba acerca de si el Tribunal Constitucio-

⁷⁸ HELMUT SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, IVAP/Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, p. 854.

⁷⁹ En relación con idéntica problemática, Azzariti, siendo Presidente de la *Corte costituzionale*, escribía: «L'ambito del giudizio di legittimità esclude in ogni modo qualsiasi indagine di merito, cioè ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». GAETANO AZZARITI, «Sulla illegittimità costituzionale delle leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, anno XIII, 1959, pp. 437 y ss.; en concreto, p. 444.

⁸⁰ WILTRAUT RUPP-V. BRÜNNECK, «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzge-

nal Federal (*BVerfG*) podía apelar al legislador. Su respuesta no sólo era positiva, sino que al interrogarse sobre el sentido de este tipo de resoluciones entendía que con ellas se trataba de facilitar la legislación de los órganos constitucionales interesados, a la par que se trataba de dar claridad («klarheit») a los ciudadanos afectados («dem betroffenen Bürger») sobre las posibilidades y límites admisibles constitucionalmente respecto de una determinada regulación.

Con tales resoluciones se pretende asimismo indicar una discrepancia («eine Diskrepanz») entre las exigencias constitucionales («den Anforderungen der Verfassung») y el simple Derecho («dem einfachen Recht»), discrepancias cuya eliminación («Beseitigung») queda en manos del legislador⁸¹. Con base, entre otros, en los argumentos precedentes, la Jueza Rupp-v. Brünneck considerará injustificado («unbegründet») el reproche («der Vorwurf») realizado por algunos frente a estas decisiones, de que las mismas entrañan una «inadmisible intrusión en la competencia del legislador», entendiéndolo, por el contrario, que «sind die Appell-Entscheidungen geradezu eine Bestätigung des vom Bundesverfassungsgericht geübten *judicial self-restraint*»⁸² (las decisiones de apelación son realmente una confirmación de la experimentada *judicial self-restraint* del Tribunal Constitucional Federal).

En la misma dirección que las resoluciones anteriores se han de situar las llamadas *Unvereinbarkeitserklärung* (declaración de mera incompatibilidad o, si se prefiere, de inconstitucionalidad sin nulidad). El *BVerfG* creó esta técnica decisoria al margen de toda previsión legal, si bien es verdad que la Ley de 21 de diciembre de 1970, de reforma de la *BVerfGG*, positivó la que venía siendo práctica consolidada del juez constitucional alemán.

Se admite generalizadamente que un factor proclive a este tipo de decisiones es la salvaguarda de la libertad de configuración del legislador. Así lo subraya Pestalozza⁸³ cuando se refiere como justificación de la renuncia a la técnicamente posible declaración de nulidad, al respeto a la libertad de configuración del legislador en el marco del art. 3º.1 de la *Grundgesetz* («die Rücksichtnahme auf die sog. “Gestaltungsfreiheit des

ber Appellieren?»), en *Festschrift für Gebhard Müller* (Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts), Herausgegeben von THEO RITTERSPACH und WILLI GEIGER, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1970, pp. 355 y ss.

⁸¹ *Ibidem*, p. 369.

⁸² *Ibidem*, p. 369.

⁸³ CHRISTIAN PESTALOZZA, «“Noch Verfassungsmässige” und “bloss Verfassungswidrige” Rechtslagen» (Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände), en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, herausgegeben von CHRISTIAN STARCK, Erster band (Verfassungsgerichtsbarkeit), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, pp. 519 y ss.

Gesetzgebers” in Rahmen des Art. 3 I GG») a través de la declaración de incompatibilidad⁸⁴.

Es ésta, por lo demás, una opinión ampliamente compartida por la doctrina germana, pero no sólo por ella, sino también por la foránea. Así, por poner algún ejemplo significativo, en Italia, Crisafulli ha puesto de relieve⁸⁵ que esta peculiar variante decisoria tiene la finalidad de dejar plenamente libre al poder legislativo en la elección de los modos con los que hacer cesar la comprobada vulneración de la Constitución⁸⁶.

En definitiva, la libertad de configuración del legislador ha pasado a ser una suerte de cláusula general para justificar la declaración de inconstitucionalidad sin un pronunciamiento de nulidad, con base en que tal libertad exige que sea el poder legislativo quien decida acerca de las posibles alternativas en presencia para la eliminación de la inconstitucionalidad.

No es el Tribunal Constitucional Federal (*BVerfG*) el único que ha recurrido a crear técnicas decisorias peculiares con vistas a salvaguardar la libertad de configuración del legislador. También en la creatividad de la *Corte costituzionale* italiana, puesta de manifiesto reiteradamente en la acuñación de una heterogénea gama de decisiones, podría verse, por lo menos en algunos de tales tipos de decisiones (no, desde luego, en todos los acuñados, pues el respeto hacia esa libertad del legislador ha sido notablemente menor en Italia, que en Alemania) esa finalidad última.

Dos tipos de decisiones pueden aportarse como botón de muestra: las sentencias aditivas de principio y las *sentenze-monito*. Las primeras iban a responder al deseo de evitar que el juez constitucional operara como legislador, que es lo que, lisa y llanamente, ocurría con las sentencias aditivas clásicas. Con este tipo de decisiones no sólo se defería al legislador la regulación, sino que al viabilizar la eficacia inmediata del principio proclamado por la *Corte*, a través de la intervención de los jueces ordinarios, aunque fuera a través de su intervención *in casu*, se evitaba el efecto de parálisis que podía acompañar a otro tipo de decisiones constitucionales, como, por ejemplo, las apelaciones al legislador.

También las *sentenze-monito* pueden traerse a colación a este respecto. En estrecha conexión con las mismas se ha situado la llamada técnica

⁸⁴ CHRISTIAN PESTALOZZA, *Verfassungsprozeßrecht*, *op. cit.*, p. 344.

⁸⁵ VEZIO CRISAFULLI, «Giustizia costituzionale e potere legislativo», en *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977, vol. 4º, pp. 129 y ss.; en concreto, p. 141.

⁸⁶ Análoga posición mantienen, entre otros, ANGELO ANTONIO CERVATI, «Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 2, Agosto 1989, pp. 257 y ss.; en concreto, p. 270. Asimismo, JEAN-CLAUDE BÉGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*. Economica, Paris, 1982, pp. 250 y ss.

de la *doppia pronunzia*. A través de ella, la *Corte costituzionale*, en una primera decisión tildada como «una decisione di rigetto precario con un monito “forte”, a carattere ultimativo»⁸⁷, se pronuncia por la falta de fundamento o por la inadmisibilidad de la cuestión, a la par que en las motivaciones jurídicas anuncia de antemano la posición que adoptaría si la cuestión se le volviese a plantear sin que el vicio o incongruencia constatado en la fundamentación fuese subsanado, supuesto en el que, como es obvio, no cabría sino declarar la nulidad de la disposición. Quiere ello decir que, en cierto sentido, en su primer pronunciamiento la *Corte* ya está admitiendo, siquiera sea provisionalmente, lo justificado de la demanda, y de ahí que esté anunciando una futura sentencia estimatoria en el supuesto de que el legislador no elimine en tiempo oportuno los vicios conducentes a la incompatibilidad constitucional⁸⁸. En último término, a nuestro entender, este tipo de decisiones presenta algunas concomitancias con las *Unvereinbarkeitserklärung* del *BVerfG*, aun cuando falte en ellas la constatación formal de la inconstitucionalidad.

En resumen, se halla fuera de cualquier duda el impacto normativo que tiene la actuación depuradora del ordenamiento jurídico que lleva a cabo el Tribunal Constitucional. Se puede admitir asimismo, desde una perspectiva pragmática, que, en ocasiones, por diversos motivos la justicia constitucional acaba asumiendo funciones de compensación o sustitución del legislador. Otto Bachof⁸⁹ se refirió a cómo los Tribunales Constitucionales, en ocasiones, han adoptado una regulación transitoria, actuando en cierta medida como legisladores sustitutos, bien que, de inmediato, el propio autor precisara que esta asunción transitoria por los Tribunales Constitucionales de funciones propias del legislador no la llevan a cabo para ganarle de mano al legislador, sino precisamente para todo lo contrario, para salvaguardarle la necesaria libertad de movimiento requerida para una regulación definitiva.

Que las sentencias constitucionales impacten sobre el orden normativo, operando como auténticas fuentes de creación del Derecho, no da pie para propiciar la transfiguración del juez constitucional en legislador. «The constitutional review process —ha escrito von Brünneck⁹⁰— may not ac-

⁸⁷ ADELE ANZON, «Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XXXVII, fasc. 4, Luglio/Agosto 1992, pp. 3199 y ss.; en concreto, p. 3200.

⁸⁸ Modugno ha llegado a hablar de una «dichiarazione di incostituzionalità temporalmente limitata». FRANCO MODUGNO, «Considerazioni sul tema», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Corte costituzionale), Giuffrè, Milano, 1989, pp. 13 y ss.; en concreto, p. 20.

⁸⁹ OTTO BACHOF, «Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre Derecho y política», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XIX, n° 57, Septiembre/Diciembre 1986, pp. 837 y ss.; en concreto, pp. 848-849.

⁹⁰ ALEXANDER VON BRUNNECK, «Constitutional Review and Legislation in Western De-

tually sit in place of the legislature. It must pay regard to the freedom of discretion with which the constitution has provided the legislature». Este respeto a la libertad de configuración del legislador adquiere una particularísima trascendencia cuando la norma constitucional ofrece múltiples posibilidades de desarrollo. Como adujera el actual *Giudice della Corte costituzionale*, Gaetano Silvestri, en referencia al órgano del que forma parte⁹¹, aunque su reflexión tenga un calado infinitamente mayor, «la Corte non può e non deve prendere partito quando da una stessa norma costituzionale discendono possibilità diverse di attuazione».

De resultas de todo lo expuesto, no ha de extrañar que pueda verse en algunas de las novedosas técnicas decisorias acuñadas en sede jurisdiccional constitucional un esfuerzo de los jueces constitucionales encaminado a respetar al máximo el ejercicio de la función legislativa por el Parlamento, su legítimo titular.

b) *Interpretación vinculante de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico “en conformidad con la misma”*

Otra trascendental función del Tribunal Constitucional, acorde con su rol de «intérprete supremo de la Constitución», es la interpretación vinculante para todos los poderes públicos —particularísimamente, para los aplicadores del Derecho, jueces y tribunales— de la Constitución y del ordenamiento jurídico en conformidad con la misma Constitución, un texto, no se olvide, dotado de fuerza normativa, que requiere inexcusablemente de un órgano que, con carácter vinculante, interprete sus postulados, muchos de ellos de carácter abierto y muy general, pues, como en un afortunado símil dijera Treves⁹², «la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici».

Al Tribunal Constitucional corresponde, allí donde existe, independientemente de que se le reconozca o no de modo específico por el ordena-

mocracias», en CHRISTINE LANDFRIED (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988, pp. 219 y ss.; en concreto, p. 256.

⁹¹ GAETANO SILVESTRI, «Le sentenze normative della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XXVI, fasc. 8, 10, 1981, pp. 1684 y ss.; en concreto, p. 1719. Este trabajo puede verse asimismo en la obra colectiva *Scritti su la Giustizia Costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, CEDAM, Padova, 1985, tomo I, pp. 755 y ss.

⁹² GIUSEPPINO TREVES, «Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana», en *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di GIUSEPPINO TREVES, UTET, Torino, 1971, pp. 3 y ss.; en concreto, p. 4.

miento jurídico, el rol de intérprete supremo de la Constitución, y en cuanto que la Constitución tiene una intrínseca pretensión de vivencia, esto es, de acomodo al devenir social, acorde con el carácter fluido y dinámico de toda sociedad, ese intérprete supremo ha de asumir la tarea de vivificar la Constitución, de convertirla en *a living Constitution* (la *Supreme Court* sería el ejemplo paradigmático de ello). Ello otorga una enorme trascendencia a su función hermenéutica, lo que explica que se haya escrito: «In its place must come recognition that constitutional judges are the masters, not the servants, of a living constitution»⁹³.

La propia primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, su visualización como *vorrangiger Kontext* (contexto superior), por utilizar la expresión de Haak⁹⁴, y su configuración como núcleo vertebrador del ordenamiento, al que otorga su unidad material, exigen que la totalidad de las normas jurídicas se interpreten de conformidad con la Constitución. Se perfila de este modo el principio de interpretación conforme, de notable trascendencia en lo que ahora interesa, principio acogido desde largo tiempo atrás por la *Supreme Court*, que ha podido afirmar que «if the statute is reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it be unconstitutional and by other valid, it is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity».

Se admite de modo generalizado que el principio de interpretación conforme se vincula estrechamente con el principio de conservación de la norma. El *BVerfG* —escribió Bachof hace cerca de medio siglo⁹⁵— valora el principio («Grundsatz») de continuidad jurídica de las leyes («der Rechtsbeständigkeit der Gesetze») como un principio jurídico de considerable peso («als einen Rechtsgrundsatz von so erheblichem Gewicht»). Con ello se trata de compatibilizar la primacía de la Constitución con la salvaguarda, allí hasta donde sea posible, de la voluntad del legislador.

Desde luego, este principio tiene límites que no deben ser sobrepasados. Como tiempo atrás señalara Zippelius⁹⁶, el *BVerfG* ha repetido reiteradamente que una interpretación conforme a la Constitución encuentra dos

⁹³ VINCENZO VIGORITI, «Italy: The Constitutional Court», en *The American Journal of Comparative Law*, volume 20, 1972, pp. 404 y ss.; en concreto, p. 414.

⁹⁴ VOLKER HAAK, *Normenkontrolle und Verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1963, p. 304.

⁹⁵ OTTO BACHOF, «Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik», en *Summum Ius Summa Iniuria* (Ringvorlesung gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus. Wintersemester 1962/63), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1963, pp. 41 y ss.; en concreto, p. 48.

⁹⁶ REINHOLD ZIPPELIUS, «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, herausgegeben von CHRISTIAN STARCK, *op. cit.*, Zweiter Band (Verfassungsauslegung), pp. 108 y ss.; en concreto, p. 115.

límites («eine verfassungskonforme Auslegung finde zwei Schranken»): el sentido literal de la ley («den Gesetzeswortlaut») y la intención o finalidad («den Zweck») que el legislador perseguía de modo inequívoco («eindeutig») con su regulación («mit seiner Regelung»)⁹⁷.

Nos hallamos de nuevo en presencia de una técnica que se encuentra al servicio del mantenimiento de las normas y de la autoridad del legislador, si bien, como precisa Simon⁹⁸, ilustra asimismo acerca de la ambivalencia de los esfuerzos por respetar el ámbito de otros órganos del Estado, ya que fuerza a la interpretación del Derecho ordinario y, de esa forma, se inmiscuye al *BVerfG* en la función de los jueces y tribunales, pudiendo asimismo llegar a deformar la auténtica voluntad del legislador. La elección del Tribunal Constitucional, que a veces puede acontecer de modo «acrobático», por utilizar los términos de Stern, hace surgir las dudas acerca de si el legislador es realmente tutelado a través de esta técnica. No nos cabe la más mínima duda de que el abuso y perversión de esta técnica, de lo que la Sentencia 101/2008, de 24 de julio, del Tribunal Constitucional español, podría ser ejemplo paradigmático⁹⁹, supone un brutal atentado frente a la libertad de configuración del legislador.

La interpretación por el juez constitucional tanto de la Constitución como del resto del ordenamiento jurídico, a fin de «conformarlo» a la Norma suprema, se traduce en la creación de una jurisprudencia vinculante, que, como ya señaláramos en un momento anterior, ha venido a suponer una notable disminución de la distancia que antaño separaba la eficacia del precedente en Norteamérica, en virtud de la regla del *stare decisis* y de la posición jerárquica superior de la *Supreme Court*¹⁰⁰, de la

⁹⁷ En términos bien similares se han pronunciado KLAUS SCHLAICH y STEFAN KORIOTH (en *Das Bundesverfassungsgericht...*, *op. cit.*, p. 299), quienes subrayan que la jurisprudencia del *BVerfG* ha decantado dos limitaciones frente a esta técnica: 1) La interpretación conforme debe contenerse en los límites del sentido literal de la prescripción («im Rahmen des Wortlauts der Vorschrift»). 2) Las determinaciones fundamentales del legislador («Die gesetzgeberischen Grundscheidungen»), las valoraciones («Wertungen») y las intenciones u objetivos de la regulación legislativa («Zwecke der gesetzlichen Regelungen») no pueden ser atacadas («dürfen nicht angetastet werden»).

⁹⁸ HELMUT SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», *op. cit.*, pp. 853-854.

⁹⁹ Cfr. al efecto FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, tomo III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 1031 y ss.

¹⁰⁰ Esta vinculación de las decisiones y de la interpretación llevada a cabo por la *Supreme Court* no ha dejado, sin embargo, de ser objeto de algunos cuestionamientos. Aunque las decisiones de la *Supreme Court*, generalmente, se consideran vinculantes para todos, incluyendo al Presidente y al Congreso, Rosenfeld recuerda que ha habido al respecto impugnaciones periódicas y recurrentes a esta idea del carácter vinculante de aquéllas. MICHEL ROSENFELD, «El juicio constitucional en Europa y los Estados Unidos: paradojas y contrastes», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 8, Julio/Diciembre 2007, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 247.

eficacia de los efectos *erga omnes* de las sentencias de los Tribunales Constitucionales.

En Alemania, como ya tuvimos oportunidad de señalar, el art. 31.1 *BVerfGG* establece el carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Constitucional Federal para todos los órganos constitucionales del *Bund* y de los *Länder*, así como para «alle Gerichte» (todos los tribunales) «und Behörden» (y autoridades).

El sentido de esa eficacia vinculante (*Bindungswirkung*) es la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones («die Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen») frente a todos los órganos estatales («gegenüber allen staatlichen Organen»), eficacia vinculante ésta que también se extiende a la *ratio decidendi*, o si así se prefiere, a los *tragenden Gründe*, todo lo cual conduce, según Weber¹⁰¹ a convertir al *BVerfG* en intérprete determinante («maßgeblicher Interpret») y guardián de la Constitución («Hüter der Verfassung»). De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el *BVerfG* declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales «posibilidades interpretativas» («possibilités d'interprétation») como conformes a la Constitución¹⁰².

La polémica quizá más significativa y reciente a este respecto es la que tuvo lugar en 1987, de resultados de la posición sustentada en un *speech* por Edwin Meese, *Attorney General of the United States*, con el Presidente Reagan (cfr. EDWIN MEESE III, «The Law of the Constitution», en *Tulane Law Review*, Tulane University, New Orleans, volume 61, 1986-1987, pp. 979 y ss.), quien vino a sustentar que una decisión de la *Supreme Court* no establece un Derecho superior que a todos vincule. Refiriéndose a la vinculatoriedad de tales decisiones judiciales, Meese escribía: «Obviously it does have binding quality: it binds the parties in a case and also the executive branch for whatever enforcement is necessary. But such a decision does not establish a supreme law of the land that is binding on all persons and parts of government henceforth and forevermore» (p. 983). Tras ello, el Fiscal General iba a sostener: «The Supreme Court, then, is not the only interpreter of the Constitution. Each of the three coordinate branches of government created and empowered by the Constitution —the executive and legislative no less than the judicial— has a duty to interpret the Constitution in the performance of its official functions. In fact, every official takes an oath precisely to that effect» (pp. 985-986).

Esta discutibilísima toma de postura suscitaba una inmediata reacción del bien conocido Profesor de la *New York University School of Law*, Burt Neuborne (BURT NEUBORNE, «The Binding Quality of Supreme Court Precedent», en *Tulane Law Review*, volume 61, 1986-1987, pp. 991 y ss.). En discrepancia frontal con el *Attorney General*, Neuborne escribía: «The executive branch is, of course, free to disagree with the judiciary's resolution of a legal question and to seek to persuade the Court, the Congress, or the people to overturn it. However, so long as the judicial precedent remains viable, the executive's duty is to conform its conduct to the Supreme Court's precedent, not merely as a matter of respect, prudence, expedience, or *realpolitik*, but as a matter of formal legal obligation» (p. 993).

¹⁰¹ ALBRECHT WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», *op. cit.*, p. 61.

¹⁰² En tal sentido, el Presidente del *BVerfG*, WOLFGANG ZEIDLER, en «Cour constitutionnelle fédérale allemande», *op. cit.*, p. 53.

También en España, sin ningún género de dudas por influjo alemán, el art. 38.1 LOTC ha introducido el efecto vinculante para todos los poderes públicos de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, efecto que no ha de confundirse con el mandato genérico que, con carácter general, establece el art. 118 de la Constitución («Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales...»), ni tampoco con la concreción de tal mandato que, en relación al Tribunal Constitucional, precisa el art. 87.1 LOTC («Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva»). Si este precepto trae su causa del mencionado art. 118 de la Constitución, esto es, de la obligación general de cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales, la vinculatoriedad a que alude el art. 38.1 de la propia LOTC ha de conectarse con el rol que al juez constitucional atribuye su misma ley reguladora en el art. 1º.1, que no es otro que el de «intérprete supremo de la Constitución». En cuanto tal, y en cuanto órgano independiente de los demás órganos constitucionales y único en su jurisdicción, no puede haber duda de que su jurisprudencia, la doctrina constitucional, debe imponerse con carácter vinculante a todos los poderes, y de modo muy específico a los jueces y tribunales, en cuanto aplicadores del ordenamiento, un ordenamiento regido por la Constitución, que el Tribunal Constitucional interpreta en último término al igual que interpreta el resto del ordenamiento «en conformidad con la Constitución», de lo que constituyen ejemplo paradigmático las sentencias interpretativas.

Ya la Constitución, en un precepto un tanto elíptico como es el del inciso segundo de su art. 161.1, a), apunta a ello. A tenor del mismo: «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». Si se tiene presente que la idea de jurisprudencia que la Constitución consagra se refiere a un cuerpo reiterado y constante de doctrina emanada de los tribunales de justicia y, más precisamente, del más alto de todos, el Tribunal Supremo, en su función de Tribunal de casación¹⁰³, se puede vislumbrar que el art. 161.1,a) está refiriéndose al impacto de la jurisprudencia constitucional sobre la jurisprudencia ordinaria, algo que el art. 40.2 LOTC precisará, al determinar que «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales». Desde luego, la alusión constitucional a «la declaración de inconstitucionalidad» no

¹⁰³ LUIS DíEZ-PICAZO, «Constitución y fuentes del Derecho», en *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 21, Abril/Junio 1979, pp. 189 y ss.; en concreto, p. 196.

tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que la jurisprudencia ordinaria se va a ver afectada no sólo por las sentencias constitucionales declaratorias de la inconstitucionalidad, sino también por las decisiones desestimatorias.

La reforma de la LOTC, llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007¹⁰⁴, ha introducido una modificación de todo punto necesaria en el art. 40.2 del texto legal. Mientras inicialmente el citado precepto disponía que la jurisprudencia ordinaria recaída sobre disposiciones enjuiciadas por el juez constitucional había de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resolvieran los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, previsión que en cierto modo había de entenderse matizada por el art. 5º.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone que los Jueces y Tribunales interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos resultante de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional «en todo tipo de procesos», tras la reforma del pasado año 2007, el inciso final del art. 40.2 LOTC ha pasado a aludir a la doctrina derivada de «las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales». Ya no son tan sólo las decisiones a cuyo través el Tribunal resuelve los procesos de control normativo, sino todas aquellas decisiones que pongan fin a cualquier proceso constitucional, con independencia del proceso de que se trate; todas ellas habrán de ser tenidas en cuenta con vistas a la corrección de la jurisprudencia ordinaria.

La trascendencia de la doctrina constitucional desborda de lejos la que el Código Civil atribuye (art. 1º.6) a la jurisprudencia ordinaria, que viene a complementar el ordenamiento jurídico. No estamos ante un mero complemento, sino ante un componente que va a impregnar la totalidad de ese mismo ordenamiento al acomodar su significado a la interpretación que de los principios y preceptos constitucionales va a llevar a cabo el juez constitucional. Más aún, como dijera Leopoldo Elia, siendo Presidente de la *Corte costituzionale*¹⁰⁵, la motivación de una decisión incluye, implícita o explícitamente, «condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore». Aun cuando la sentencia pueda parecer, en sintonía con la doctrina kelseniana, tan sólo un *contrarius actus*, casi siempre es posible superar tal visión, «traendo condizionamenti impliciti o espliciti per la futura condotta del legislatore».

¹⁰⁴ Cfr. al efecto FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2008.

¹⁰⁵ LEOPOLDO ELIA, «Il potere creativo delle Corti costituzionali», en *La Sentenza in Europa. Metodo, Tecnica e Stile* (Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà. Università degli Studi di Ferrara. Facoltà di Giurisprudenza), CEDAM, Padova, 1988, pp. 217 y ss.; en concreto, p. 224.

Quizá convenga añadir algo más. Al igual que en Alemania, donde, como ya se ha dicho, el efecto vinculante se extiende a la fundamentación de las sentencias, también en España se admite generalizadamente que la eficacia vinculante no se circunscribe al fallo, a la parte dispositiva de la sentencia, sino que se proyecta asimismo a la *ratio decidendi*, esto es, a lo que se refiere, en términos de Abraham¹⁰⁶, a «the essence, the vitals, the necessary legal or constitutional core of the decision», en contraposición al *obiter dictum*, que es «a more or less extraneous point, presumably unnecessary to the decision».

2. LA INADECUACIÓN DE LAS ABSOLUTIZACIONES DOGMÁTICAS EN RELACIÓN A LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

En la caracterización de los efectos propios de las sentencias constitucionales dictadas en los procesos de control normativo, particularmente de aquellas que declaran la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, se ha venido operando desde tiempo atrás, de modo bastante generalizado, por lo menos hasta hace algunos años, con unas categorías dogmáticas perfectamente entrelazadas que no admitían matices. Ello ha sido especialmente visible entre la doctrina europea, que sólo en los años ochenta comenzará lentamente a desligarse de las rígidas fórmulas dogmáticas.

Calamandrei contribuirá a esta visión rígida de los efectos de las sentencias, pues en su bien conocida caracterización binomial de los dos grandes sistemas de justicia constitucional¹⁰⁷, y en lo que ahora interesa, separará con precisión quirúrgica el efecto declarativo de la sentencia de inconstitucionalidad propio del sistema judicial difuso, que entraña visualizar el pronunciamiento de inconstitucionalidad «como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente (*ex tunc*)», del efecto constitutivo propio de lo que el gran procesalista italiano llamará el control autónomo concentrado, que implica anulación o ineficacia *ex nunc*, que vale para el futuro, pero respeta en cuanto al pasado la validez de la ley inconstitucional.

¹⁰⁶ HENRY J. ABRAHAM, *The Judicial Process* (An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France), seventh edition, Oxford University Press, New York/Oxford, 1998, p. 245.

¹⁰⁷ PIERO CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil». Trabajo recogido en la obra recopilatoria de artículos del propio autor, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 32-33. Precisemos que este trabajo fue publicado inicialmente en Padova en 1950.

La posición de Calamandrei puede explicarse bien si se atiende a que en aquel momento el Profesor toscano se alineaba inequívocamente en la dirección kelseniana¹⁰⁸. Y aunque la tesis de Kelsen es bien conocida¹⁰⁹, quizá no sea inútil recordar que en su estudio comparativo entre el modelo austriaco y el norteamericano, Kelsen rechazó frontalmente la nulidad de raíz: «Within a system of positive law there is no absolute nullity. It is not possible to characterize an act which presents itself as a legal act as null *a priori* (void *ab initio*). Only annulment of such an act is possible; the act is not void, it is only voidable»¹¹⁰. En sintonía con tal visión, Kelsen añade más adelante que «the statute must be considered valid so long as it is not declared unconstitutional by the competent court. Such a declaration has, therefore, always a constitutive and not a declaratory character»¹¹¹. La sintonía de Calamandrei con estos planteamientos era patente, si bien es cierto que años después el Profesor toscano cambiaría de criterio¹¹². Pero no es esto lo que interesa ahora, sino más bien subrayar la existencia de unas categorías íntimamente entrelazadas que no admiten matización alguna. Y desde esta óptica, tampoco tiene mayor interés en este momento recordar que la posición prevalente en Europa, tanto entre

¹⁰⁸ Atendiendo al artículo 136 de la Constitución italiana, que cuando escribe su trabajo Calamandrei aún no había sido desarrollado por la importante Ley de 11 de marzo de 1953, nº 87 («Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»), cuyo art. 30, párrafo tercero, introducirá una relevante matización respecto de la citada previsión constitucional, Calamandrei, aun admitiendo no pocas dificultades en la interpretación del mencionado art. 136, ante la cuestión de si las leyes viciadas de ilegitimidad constitucional eran nulas o anulables, se inclinaba por la interpretación de que el control de legitimidad en el ordenamiento italiano estaba construido como control de anulación, no como control de nulidad. Recurriendo en su apoyo a Kelsen, Calamandrei añadía que la anulación de la ley ilegítima no tiene efecto retroactivo. PIERO CALAMANDREI, «La ilegitimidad constitucional de las leyes...», *op. cit.*, pp. 95 y ss.; las referencias que se han hecho, en pp. 96 y 98.

¹⁰⁹ «En tout cas —escribe Kelsen— il serait bon, dans l'intérêt de la même sécurité juridique, de n'attribuer en principe aucun effet rétroactif à l'annulation des normes générales. Du moins en ce sens qu'elle laisserait subsister tous les actes juridiques antérieurement faits sur la base de la norme en question». HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁰ HANS KELSEN, «Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution», en *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 2, May 1942, pp. 183 y ss.; en concreto, p. 190.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 190.

¹¹² Podemos recordar que en 1956, en atención primigeniamente a la previsión del penúltimo párrafo del art. 30 de la Ley de 11 de marzo de 1953, nº 87, el gran maestro toscano escribía: «In questo modo la dichiarazione di inefficacia *ex nunc*, come sembrava fosse chiaramente voluta dall'art. 136 della Costituzione, si è trasformata, in virtù di quell'art. 30, in una dichiarazione di nullità *ex tunc*: la abrogazione, voluta dalla Costituzione, è diventata un annullamento». PIERO CALAMANDREI, «Corte costituzionale e autorità giudiziaria», en *Rivista di Diritto processuale*, anno XI, Gennaio/Marzo 1956, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 26.

la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, con la relevante salvedad austriaca (que también podría ser objeto de matices desde otra óptica), se ha aproximado enormemente a la del sistema norteamericano al entender que a la inconstitucionalidad se anuda la nulidad de raíz de la disposición.

Lo que realmente interesa es subrayar que, desde la perspectiva que se acaba de exponer, se entrelazan una serie de categorías de modo casi insoluble: la inconstitucionalidad supone la nulidad, y esta nulidad de origen (*void ab initio*) propicia una sentencia declarativa —«di mero accertamento», como se dice en Italia¹¹³— a la que se anudan unos efectos *ex tunc*. Declarada la inconstitucionalidad del acto legislativo, dirá Sandulli¹¹⁴, el efecto de la misma consiste en la total y definitiva eliminación del ordenamiento, no *ex nunc*, sino *ex tunc*, de todo efecto de la norma declarada ilegítima.

Han debido pasar bastantes años y, sobre todo, constatar cómo los Tribunales Constitucionales han puentado en numerosas ocasiones las previsiones legales, dando a sus sentencias unos efectos inéditos en los textos que los regulan, para que la doctrina científica europea pueda constatar, de un lado, que el esfuerzo de ceñir la jurisdicción constitucional a firmes límites materiales, institucionales o funcionales casi se asemeja al intento de la cuadratura del círculo¹¹⁵, y de otro, que lejos de suponer la creatividad puesta de manifiesto por algunos Tribunales Constitucionales, a través del diseño de nuevas técnicas decisorias, una muestra de su arbitrio y falta de respeto a la ley, tal actuación es una prueba irrefutable de que no estamos ante órganos ciegos que ignoren las consecuencias que para la colectividad tienen sus decisiones, sino, bien al contrario, ante órganos que atienden a tales consecuencias y, a la vista de ellas, optan, por lo menos en determinados casos, por no absolutizar fórmulas dogmáticas que en nombre del Derecho pueden llegar a producir consecuencias más injustas o vulneradoras de la Constitución de las que se tratan de soslayar.

La resultante de todo ello ha sido que el legislador, en muchas ocasiones, no ha hecho otra cosa más que seguir a pie juntillas las innovaciones aportadas por la jurisprudencia fijada en sede constitucional. La reforma

¹¹³ Así, entre otros, EDOARDO GARBAGNATI, «Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale», en *Rivista di Diritto processuale*, volume XXIX (II Serie), 1974, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 207.

¹¹⁴ ALDO M. SANDULLI, «Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, anno IX, 1959, pp. 23 y ss.; en concreto, p. 41.

¹¹⁵ HANS-PETER SCHNEIDER, «Jurisdicción Constitucional y separación de poderes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, Mayo/Agosto 1982, pp. 35 y ss.; en concreto, p. 38.

de la *Bundesverfassungsgesetz (BVerfGG)*, Ley del Tribunal Constitucional Federal, de 21 de diciembre de 1970, sería paradigmática a este respecto, y el intento del legislador orgánico español, finalmente frustrado, de introducir (con ocasión de la reforma de la LOTC del año 2007) profundos cambios en los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, previéndose, por ejemplo, la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, podría valer asimismo como ejemplo de lo que decimos.

Con todo, estamos plenamente de acuerdo con quienes advierten¹¹⁶ que las definiciones normativas no pueden agotar la complejidad de la realidad jurídica que el Tribunal Constitucional conoce a diario. Y qué duda cabe que a ello responden ciertas determinaciones constitucionales, que otorgan a los respectivos Tribunales Constitucionales unos márgenes de apreciación con vistas a modular los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad. La posibilidad de que los efectos de una sentencia de anulación («*Aufhebung*») del Tribunal austriaco (*VfGH*) no entren en vigor el día de la publicación, caso de determinar el *VfGH* un plazo para la anulación, que en los términos del art. 140.5 de la Constitución («*Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten*») no puede exceder de 18 meses, fórmula plenamente tributaria del pensamiento kelseniano¹¹⁷, constituiría un perfecto ejemplo de lo que decimos, pues como, entre otros, han subrayado Korinek y Martin¹¹⁸, la decisión de fijación de tal plazo queda al libre albedrío del Tribunal («*liegt im Ermessen des VfGH*»).

No es la fórmula austriaca la única que se puede ubicar en la dirección apuntada. Tras la reforma constitucional de 1982, el art. 282.4 de la Constitución portuguesa habilita al Tribunal Constitucional («quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem») para fijar los efectos de la inconstitucionalidad con un alcance más restrictivo de lo que, con carácter general, prevén los apartados primero y segundo del mismo art. 282 (producción de efectos con «fuerza obligatoria general» desde la

¹¹⁶ A. LATORRE SEGURA y L. DíEZ-PICAZO, «Tribunal constitutionnel espagnol», *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁷ Recordemos que Kelsen, tras defender, por exigencias de la seguridad jurídica, el efecto *pro futuro* de una sentencia de inconstitucionalidad, escribe: «Il faut même envisager la possibilité de ne laisser l'annulation entrer en vigueur qu'à l'expiration d'un certain délai. De même qu'il peut y avoir des raisons valables de faire précéder l'entrée en vigueur d'une norme générale (...) d'une *vacatio legis*, de même il pourrait y en avoir qui porteraient à ne faire sortir de vigueur une norme générale annulée qu'à l'expiration d'un certain délai après le jugement d'annulation». HANS KELSEN, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», *op. cit.*, pp. 218-219.

¹¹⁸ KARL KORINEK und ANDREA MARTIN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, CHRISTIAN STARCK/ALBRECHT WEBER (Hrsg.), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, Teilband I (Berichte), pp. 67 y ss.; en concreto, p. 80.

entrada en vigor de la norma declarada inconstitucional, con la reviviscencia —«represtinação»— de las normas que la misma, eventualmente, hubiere derogado). Muy recientemente, también en Francia se ha optado por una vía semejante. La Ley constitucional nº 2008-724, de 23 de julio de 2008, de modernización de las instituciones de la V República («Journal Officiel de la République Française», 24 juillet 2008), introduce en el art. 62 de la Constitución un nuevo párrafo a tenor del cual una disposición declarada inconstitucional con fundamento en el nuevo art. 61-1 (que introduce en la justicia constitucional francesa la excepción de inconstitucionalidad, correspondiendo su planteamiento al *Conseil d'État* o a la *Cour de cassation*) es abrogada a partir de la publicación de la decisión, si bien se faculta al *Conseil constitutionnel* a que fije en su decisión una fecha ulterior, y asimismo, a que determine «les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause».

Para apreciar con una mayor claridad la problemática esbozada, nos vamos a detener, sucesivamente, en el binomio inconstitucionalidad/nulidad y en el que bien podríamos considerar trinomio nulidad/sentencia declarativa/efectos *pro praeterito*.

A) El binomio inconstitucionalidad/nulidad (*void ab initio*)

En el no muy atinadamente llamado sistema europeo de justicia constitucional, no obstante la posición esbozada por Kelsen y quienes lo han seguido, contraria, como es bien sabido, a ver en la inconstitucionalidad un vicio desencadenante de una nulidad *ipso iure*, la inconstitucionalidad, tradicionalmente, ha ido vinculada a la nulidad. Apenas un año después de que la *Corte costituzionale* iniciara sus funciones, Liebman ponía de relieve con toda nitidez tal correlación al escribir: «In un sistema di costituzione rigida, una norma di legge che, per ragioni formali o sostanziali, sia con essa in contrasto, non può che essere nulla»¹¹⁹. Esta nulidad fue comúnmente entendida en su sentido más radical, pudiéndose aplicar a la misma el conocido aforismo *quo nullum est, nullum produxit effectum*. De esta forma, parecía seguirse fielmente la fórmula norteamericana.

Desde la perspectiva de amplios sectores de la doctrina europea, en el modelo norteamericano se visualiza como auténtico principio dogmático la nulidad *ipso iure* o *ab initio*, aunque esa misma doctrina haga en ocasiones ciertas precisiones. Así, Rubio Llorente¹²⁰ matizará que «el dogma de

¹¹⁹ ENRICO TULLIO LIEBMAN, «Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte costituzionale», *op. cit.*, p. 512.

¹²⁰ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación

la nulidad *ipso iure* no lleva en los Estados Unidos a la invalidación de todos los actos producidos en aplicación de la norma disconforme con la Constitución.

Pero lo cierto y verdad es que no creemos que ni tan siquiera pueda hablarse del mencionado dogma en Norteamérica. Si al término «dogma» le atribuimos el significado que se le otorga por la Real Academia Española, «proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia»¹²¹, a la vista de las reflexiones de algunos relevantes autores norteamericanos, no parece excesivamente adecuado a la realidad hablar de «dogma».

Uno de los autores clásicos en el estudio del tema de los efectos atribuibles a las leyes inconstitucionales, Field, en un trabajo bien conocido¹²², subrayaba hace ya cerca de un siglo que los tribunales norteamericanos se hallaban bien lejos de una posición común en torno a los efectos de la inconstitucionalidad de una ley: «It must not be imagined (...) that all of our courts are in agreement as to the effect of unconstitutionality»¹²³. Ciertamente, en relación al efecto de una ley inconstitucional que pretendía crear un cargo público, en el *leading case* de esta materia, *Norton v. Shelby County* (1886), el Justice Stephen Johnson Field decía:

«An unconstitutional act is not a law; it confers no rights; it imposes no duties; it affords no protection; it creates no office; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed».

Pero en el que, no obstante no provenir de la *Supreme Court*, se ha considerado «the leading case in opposition to *Norton v. Shelby County*», el caso *Lang v. Mayor of Bayonee* (1907), se afirmaba:

«Every law of the Legislature, however repugnant to the Constitution, has not only the appearance and semblance of authority, but the force of law».

Otros casos análogos podían ser traídos a colación. Y todo ello iba a conducir a Field a considerar que también existía la doctrina de que «a

de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, Enero/Abril 1988, pp. 9 y ss.; en concreto, pp. 45-46.

¹²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa-Calpe, Madrid, 20ª ed., 1984, tomo I, p. 512.

¹²² OLIVER P. FIELD, «Effect of an unconstitutional statute», en *Indiana Law Journal*, Vol. 1, No. 1, January 1926, pp. 1 y ss.

¹²³ *Ibidem*, p. 4.

statute which is declared unconstitutional is inoperative only from the time of the decision and not from the time of its purported enactment»¹²⁴.

La conclusión de todo ello era clara para Field: hay algunas situaciones en las que los tribunales están dispuestos a seguir la «void *ab initio* doctrine», si bien las mismas no son muy numerosas. Hay, por contra, otro grupo de situaciones en las que «all courts refuse to adhere to the doctrine that the statute is void from the beginning». De resultas de todo ello no puede sino concluirse que «it is impossible to lay down as a general rule that an unconstitutional statute is void, or is to be treated as no law. As a matter of fact there are as many cases or more, and as many situations or more, where the courts hold the statute inoperative only from the date of the decision as there are that hold it void from the beginning»¹²⁵.

Ciertamente, esta posición, pese a provenir de un cualificado autor, no es pacífica entre la doctrina. El propio Field admite¹²⁶ «the persistence with which even eminent text writers will cling to the view that unconstitutional statutes are void *ab initio*», mencionando específicamente la conocida obra de Cooley, *Constitutional Limitations*.

La posición de Field está lejos de ser exótica entre la doctrina norteamericana. No pretendemos ni mucho menos ser exhaustivos, y por lo mismo tan sólo recordaremos que medio siglo después del mencionado trabajo de Field, otro notable autor, el Profesor de la Universidad de California (Los Angeles) James Allan C. Grant, no obstante haber puesto de relieve bastantes años antes que la doctrina norteamericana en torno a la cuestión que nos ocupa estaba asentada en un concepto simple: «a statute contrary to the Constitution is void»¹²⁷, aludía a que uno de los más desafiantes («most challenging») problemas del otorgamiento a un Tribunal Supremo o a un Tribunal especial creado a este propósito de la autoridad final para interpretar la Constitución concernía al efecto legal de la sentencia que declara que una ley ya promulgada viola la Constitución. En tal caso, se interrogaba Grant, ¿está declarando el Tribunal «a pre-existing fact, the statute having been void *ab initio*?» o, por contra, con una capacidad legislativa, ¿está el Tribunal conscientemente cambiando la ley?¹²⁸.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 5.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 12-13.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹²⁷ «The unconstitutional law —añadía Grant— does not become unenforceable when it is declared unconstitutional by a court; it is void *ab initio* —from the beginning— and the court cannot apply it because of its nullity». J.A.C. GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 3, 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 190.

¹²⁸ J. A. C. GRANT, «The legal effect of a ruling that a statute is unconstitutional», en *Detroit College of Law Review*, Volume 1978, Issue 2 (Summer), pp. 201 y ss.; en concreto, p. 201.

Para Grant, cualquiera de las dos doctrinas, con el efecto que a cada una de ellas se anuda («it operates *ex tunc*, retroactively, or only *ex nunc, pro futuro*»), será insatisfactoria, circunstancia por la que no debe sorprender que a pesar de que una doctrina se adopte por un determinado sistema legal, la misma tienda a modificarse con el tiempo, cambiando hacia la otra («it will tend in time to modify it by moving toward the other»)¹²⁹.

En definitiva, parece claro que la *void ab initio doctrine* está lejos de ser un dogma incontrovertible, como se viene considerando en amplios sectores de la doctrina europea.

En Europa, a su vez, al margen ya del modelo austriaco, tributario directo del pensamiento kelseniano, la inconstitucionalidad se ha vinculado estrechamente a la nulidad. Pero incluso en países, como Alemania, donde se admite que cuando el legislador prevé la nulidad de la ley inconstitucional (así, en los arts. 78, 82.1 y 95.3 *BVerfGG*, este último precepto en relación con el *Verfassungsbeschwerde* o recurso de queja constitucional) no hace otra cosa que recepcionar la tradicional doctrina alemana («der traditionellen deutschen Lehre») según la cual «ein verfassungswidriges Gesetz von Anfang an nichtig ist (*Ex-tunc-Wirkung*)» (una ley inconstitucional es nula desde un principio con eficacia *ex tunc*)¹³⁰⁻¹³¹, la realidad es bien distinta, hasta el extremo de que Schneider ha podido escribir, hace ya un cuarto de siglo, que la posibilidad del *BVerfG* de declarar la nulidad total o parcial de una ley inconstitucional cada vez se utiliza menos en los últimos años, declarando tan sólo la nulidad de una ley el Tribunal si con ello se logra restablecer inmediatamente una situación de conformidad con la Constitución¹³².

El *BVerfG*, haciendo gala de una más que notable creatividad, y bien consciente, como pusiera de relieve la Jueza integrante del propio órgano, Rupp-v. Brünneck¹³³, de que sus sentencias no pueden limitarse a ofrecer «ideales teóricos constitucionales» («theoretischen Verfassungsidealen»),

¹²⁹ *Ibidem*, p. 202.

¹³⁰ ALBRECHT WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», *op. cit.*, p. 60.

¹³¹ Entre la doctrina foránea, un excelente conocedor de la justicia constitucional alemana como es D'Orazio ha escrito en la misma dirección: «... nell'ordinamento tedesco-federale (come in quello degli Stati Uniti d'America) la legge incostituzionale, anche prima della sentenza, è considerata nulla *ab origine*». GIUSTINO D'ORAZIO, «Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 345 y ss.; en concreto, p. 365.

¹³² HANS-PETER SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», *op. cit.*, p. 58.

¹³³ WILTRAUT RUPP-V. BRÜNNECK, «Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?», *op. cit.*, pp. 364-365.

sin tener en cuenta los posibles efectos de las mismas («ohne Rücksicht auf die Möglichen Wirkungen seines Urteils»): *fiat iustitia, pereat mundus!*, ha creado un notable elenco de técnicas decisorias a las que ya hemos aludido con anterioridad y sobre las que no volveremos¹³⁴, pero de las que sí diremos que al margen ya de orientarse en muchos casos a salvaguardar la libertad de configuración del legislador, como anteriormente se dijo, revelan con particular nitidez que un órgano de esta naturaleza debe tener muy presentes las consecuencias políticas de sus fallos¹³⁵, y no sólo, añadiríamos por nuestra cuenta, las políticas, sino también las económicas y las sociales. Como dijera Krüger¹³⁶, es difícil imaginar que, según el sano criterio de la jurisdicción constitucional, se pueda disponer la posibilidad de condenar al Estado a su ruina en nombre del Derecho. Pero esto, que hoy nos resulta obvio, no siempre lo fue así, pudiendo recordarse al respecto que el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del *Reich* alemán) sostuvo la opinión de que poseía el derecho de resolver sin atender a las consecuencias prácticas de sus fallos.

A todo ello hay que añadir que este esfuerzo dogmático del *BVerfG* se ha hecho particularmente necesario en el caso de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad omisiva, al partir el Tribunal de la consideración de que es difícil declarar nulo un vacío jurídico, tesis de la que se haría eco uno de sus presidentes, Wolfgang Zeidler¹³⁷, argumento objeto de alguna crítica por parte de la doctrina italiana, cual sería el caso de D'Orazio¹³⁸, quien lo tildaría de «pregiudiziale», contraponiéndolo a la superación del obstáculo llevada a cabo por la *Corte costituzionale*, que ha reconstruido de modo diferente la relación entre disposición, norma y omisión.

En Italia, a diferencia de Alemania, se ha suscitado una cierta controversia en torno a la cuestión que nos ocupa, particularmente en los años cincuenta. El art. 136 de la Constitución fue el responsable de la misma, de la que en cierto modo ya nos hemos ocupado al aludir a la inicial interpretación que del mismo hizo Calamandrei. El propio Carnelutti se hizo

¹³⁴ Nos remitimos al efecto a nuestro trabajo «El control de las omisiones legislativas por el “Bundesverfassungsgericht”», en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22, 2º semestre 2008, pp. 95 y ss.

¹³⁵ En similar sentido se pronuncia KLAUS SCHLAICH, «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en la obra colectiva *Tribunales Constitucionales y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 133 y ss.; en concreto, p. 201.

¹³⁶ HERBERT KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1966, p. 620.

¹³⁷ WOLFGANG ZEIDLER, «Cour constitutionnelle fédérale allemande», *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ GIUSTINO D'ORAZIO, «Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1992, fasc. 1, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 101.

eco de las graves dificultades hermenéuticas que planteaba el referido precepto¹³⁹.

Bien es verdad que, tras ese inicial debate, la doctrina, muy mayoritariamente, se ha decantado por la vinculación de la nulidad a la ilegitimidad constitucional. «Questo effetto —escribía Sandulli en 1959¹⁴⁰— consiste —come è ormai chiaro sia in dottrina che in giurisprudenza— nella totale e definitiva eliminazione dall'ordinamento, non *ex nunc*, ma *ex tunc*, di ogni effetto della norma dichiarata illegittima: una volta accertatane l'illegittimità, e quindi l'invalidità, l'ordinamento non tollera che gli effetti della norma operino oltre nel suo sistema, e li fa venir meno... Si tratta, in sostanza, di un vero e proprio effetto di annullamento». También Crisafulli, de modo rotundo, se pronunciaba en la misma dirección, al señalar que el efecto de las sentencias de la *Corte* declarando la ilegitimidad constitucional no es asimilable al efecto de abrogación, que se produce, en principio, *ex nunc*; «il s'agit par contre d'un effet qu'on doit considérer comme d'annulation»¹⁴¹.

Este supuesto efecto radical de nulidad no iba, sin embargo, a ser tan rotundo como pudieran hacer pensar las afirmaciones de los autores que anteceden. La *Corte costituzionale* lo iba a dejar muy claro en el Informe presentado, bajo responsabilidad directa de la propia *Corte*, en la 7ª Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos (Lisboa, 1987). En él se hacía eco del hecho de que aunque la misma *Corte costituzionale*, en más de una ocasión (así, por poner un ejemplo, en la Sentencia nº 127, de 1966), había calificado el efecto de sus decisiones en términos de anulación de la norma censurada, no había extraído de ello, sin embargo, la consecuencia de la caducidad radical de las relaciones jurídicas ya creadas en aplicación de la norma, por lo que se inclinaba por no visualizar los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad ni desde la perspectiva de la abrogación, ni desde la óptica de la «nulidad inicial», sino más bien

¹³⁹ «Senonché l'annullamento, proprio perciò, implica l'inefficacia *ex tunc* dell'atto annullato; in altri termini ha logicamente effetto retroattivo. Perciò una costituzione, la quale, come avviene in Italia, fa decorrere l'inefficacia della legge, che la Corte costituzionale riconosce invalida, solo dal giorno successivo alla decisione, sembra contrastare all'ipotesi dell'annullamento. Questa è stata la difficoltà, che ha travagliato assai gli interpreti dell'art. 136 della costituzione italiana e costituisce, probabilmente, il più problematico degli aspetti dell'istituto». En tales términos se pronunciaba al respecto el gran maestro romano. FRANCESCO CARNELUTTI, «Aspetti problematici del processo al legislatore», en *Rivista di Diritto processuale*, año XIV, nº 1, Gennaio/Marzo 1959, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 6.

¹⁴⁰ ALDO M. SANDULLI, «Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, año IX, 1959, pp. 23 y ss.; en concreto, pp. 41-42.

¹⁴¹ VEZIO CRISAFULLI, «Le système de contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», *op. cit.*, p. 115.

desde su contemplación como un «tipo intermedio» entre estos dos casos extremos (abrogación y nulidad)¹⁴².

A lo que se acaba de precisar habría que añadir la creación por el juez constitucional italiano de algunos tipos de sentencias, ya mencionados con anterioridad, que, no obstante declarar la inconstitucionalidad, no extraen de ella la nulidad de la norma constitucionalmente ilegítima. Las sentencias aditivas de principio constituirían el ejemplo paradigmático. La falta de inmediata operatividad jurídica y el reenvío al legislador, serían sus dos rasgos característicos¹⁴³, que en buena medida se explican por el hecho de ser supuestos paradigmáticos de este tipo de decisiones los de violación de normas constitucionales atributivas de derechos prestacionales. Junto a estas sentencias hay que recordar las *sentenze-monito*, que a nuestro entender presentan algunas concomitancias con las *Unvereinbarkeitserklärungen*, aun cuando falte aquí evidentemente la constatación formal de la inconstitucionalidad.

En definitiva, también en Italia, tanto por los efectos propiamente dichos de las sentencias de inconstitucionalidad como por el diseño de otros tipos de decisiones que, de una u otra forma, tratan de separar de la declaración más o menos explícita de inconstitucionalidad el efecto de nulidad, se puede apreciar la relatividad del binomio inconstitucionalidad/nulidad.

En fin, en España, el proceso evolutivo seguido por el Tribunal Constitucional recuerda el acontecido en la República Federal con el *BVerfG*, aun cuando el ritmo del juez constitucional español haya sido más lento en sus avances en la desvinculación, en casos determinados, de la inconstitucionalidad de la nulidad.

El art. 39.1 LOTC despeja cualquier duda acerca de que a la inconstitucionalidad se anuda la nulidad. La interpretación inicial del Tribunal Constitucional se acomodó estrictamente al binomio legal. Así, en la STC 14/1981, ponía de relieve que «la función principal de los procesos de constitucionalidad (...) es la defensa objetiva de la Constitución, el afirmar su primacía y privar de todo efecto a las leyes contrarias a la misma, excluyendo del ordenamiento a las disconformes con la Constitución»¹⁴⁴. En otros fallos, el Juez constitucional señalaría que la inconstitucionalidad desencadena los efectos propios de la nulidad *a radice*¹⁴⁵ o de la invalidez de la norma *ex origine*¹⁴⁶.

¹⁴² «Cour constitutionnelle italienne», *op. cit.*, pp. 172-173.

¹⁴³ Cfr. al efecto ADELE ANZON, «Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, anno XXXVII, fasc. 4, Luglio/Agosto 1992, pp. 3199 y ss.; en concreto, p. 3203.

¹⁴⁴ STC 14/1981, de 29 de abril, fund. jur. 4º, *ab initio*.

¹⁴⁵ STC 83/1984, de 24 de julio, fund. jur. 5º.

¹⁴⁶ STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. jur. 1º.

El planteamiento ante el Tribunal de asuntos cuya resolución entrañaba una especial complejidad iba a llevar al «intérprete supremo de la Constitución», progresivamente, a modular los efectos de sus decisiones. La STC 116/1987 iba a ser especialmente significativa. La generación de una exclusión arbitraria de beneficio por la Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil habían formado parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República, al excluir de su ámbito de aplicación a los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República después del 18 de julio de 1936, dado que la violación del principio de igualdad no era el resultado de una mención expresa a la fecha desencadenante de la exclusión inconstitucional, sino de una remisión al contenido normativo de preceptos legales anteriores, impedía la invalidación parcial del texto legal cuestionado por eliminación de aquella parte del mismo causante de la discriminación. El Tribunal se iba a limitar a declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 1º de la Ley en cuanto excluía de su ámbito de aplicación a los mencionados militares.

Será, sin embargo, la STC 45/1989 la que marcará el punto de inflexión en la cuestión que nos ocupa. El Tribunal abordaba en ella la posible inconstitucionalidad de la tributación conjunta para los miembros de un matrimonio exigida por la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiendo que lo que resultaba constitucionalmente ilegítimo no era la sujeción conjunta al impuesto, sino el hecho de que la carga tributaria que pesaba sobre una persona integrada en una unidad familiar fuere mayor que la correspondiente a otro contribuyente con idéntico nivel de renta, pero no integrado en una unidad de este género.

El Tribunal, al tratar de discernir los efectos de su Sentencia, se iba a plantear con algún detenimiento por primera vez la posibilidad de romper la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad¹⁴⁷. A su juicio, «ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es (...) siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley (afirmación, dicho sea al margen, por entero inexacta, bastando para constatarlo con atender al art. 40.1 LOTC), que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento».

A partir de aquí, el Juez constitucional señala que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna, sino en su omisión. Por lo demás, el Tribunal estima que la sanción de nulidad, como medida estrictamente negativa, es manifiestamente incapaz para reordenar el régimen del Impuesto sobre la

¹⁴⁷ El planteamiento del problema en la STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

Renta en términos compatibles con la Constitución. Por todo ello, el Tribunal concluye que le cumple al legislador, a partir de la propia sentencia, llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto, sirviéndose para ello de su propia libertad de configuración normativa.

Con posterioridad, se han sucedido sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, sentencias que limitan temporalmente la eficacia de las declaraciones de inconstitucionalidad o incluso que difieren en el tiempo la nulidad, optando, pues, por una *vacatio sententiae*.

No debe extrañar por lo mismo que el legislador tratase de positivar estas innovaciones surgidas por la vía jurisprudencial, y así se intentó y se reflejó inicialmente en el Proyecto de ley orgánica de reforma de la LOTC, que quedaría finalmente plasmado en la ya varias veces citada Ley Orgánica 6/2007, bien que esta cuestión fuese finalmente apartada de la reforma, aunque pensamos que en un futuro más o menos próximo será inexcusable positivar en la LOTC las innovaciones comentadas.

Tras todo lo expuesto nos parece innecesario insistir en lo que es un dato incontrovertible en diversos países: el binomio inconstitucionalidad/nulidad presenta quiebras notables que, en el mejor de los casos, y aun postulando su mantenimiento a modo de regla general, deben conducir a restarle todo automatismo y a fortalecer la capacidad de los Tribunales Constitucionales para, llegado el caso, apartarse del mismo.

B) El trinomio nulidad/sentencia declarativa/efectos «pro praeterito»

A partir de la idea a la que nos referíamos en el punto anterior, esto es, la concatenación entre inconstitucionalidad y nulidad, se entiende a la perfección el trinomio que ahora abordamos, pues, como es evidente, si la inconstitucionalidad entraña una nulidad *a radice*, parece claro que la sentencia que la aprecie no hará otra cosa que constatar una realidad preexistente y, por lo mismo, los efectos se retrotraerán al momento en que entró en vigor el texto legal afectado por el vicio de inconstitucionalidad; serán, pues, efectos *ex tunc* o *pro praeterito*.

En las antípodas de esa visión se situará Kelsen, quien establecerá una íntima conexión entre la sentencia y la anulación del acto inconstitucional, atribuyéndose a la decisión dictada en sede constitucional una naturaleza constitutiva. En la sentencia del Tribunal Constitucional —escribe Kelsen en 1929¹⁴⁸—, cuando se accede a la impugnación («wenn der Anfechtung stattgegeben ist»), se pronuncia la casación de los actos recurri-

¹⁴⁸ HANS KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, nº 5, 1929, pp. 30 y ss.; en concreto, p. 77.

dos («die Kassation des angefochtenen Aktes... auszusprechen»), de modo que la nulidad aparece producida a través de la misma sentencia («in der Weise... daß die Aufhebung als durch das Urteil selbst bewirkt erscheint»).

Sin embargo, tampoco los elementos que integran este trinomio pueden absolutizarse. Tanto el sistema norteamericano como algunos sistemas de justicia constitucional europeos ilustran a la perfección al respecto.

El paso de la *declaratory theory* a la *prospective theory* que en cierto momento, y respecto de algunos casos, se ha producido en Estados Unidos ilustra bien a las claras de lo que venimos diciendo. La *declaratory theory* fue perfectamente compendiada por Kocourek y Koven, en un trabajo clásico sobre el principio *stare decisis*¹⁴⁹, en los siguientes términos: «The declaratory theory is that the judges do not make law but only apply it, and that judicial decisions are not laws in and themselves in the same sense that legislative enactments are law, but are only evidence of the law»¹⁵⁰.

La *declaratory nature* de la decisión judicial es deudora del pensamiento de Blackstone, cuyos célebres *Commentaires* vinieron a ofrecer su clásica formulación y a aclarar su justificación intelectual. El argumento de Blackstone es bastante simple. El deber de un tribunal —aducía el gran constitucionalista británico— no es «pronounce a new law, but to maintain and expound the old one». Coherentemente con ello, al decidir un caso litigioso se entendía que el juez venía obligado a declarar el Derecho existente al originarse la controversia y a proclamarlo como el principio determinante del caso. De la «declaratory nature» de la decisión judicial, Blackstone derivó la necesidad de que la decisión tuviera efecto retroactivo (*retrospective effect*). Si la decisión interpretaba el Derecho, entonces no hacía más que declarar lo que el Derecho siempre había sido. Si, por el contrario, llegaba a considerar necesario anular la primera interpretación, esto es, el precedente, era igualmente claro para Blackstone que la *overruling decision* no hacía más que declarar el Derecho, aunque quizá de un modo más meditado. En el lenguaje que a Blackstone gustaba utilizar, podría decirse que la primera decisión había sido tan sólo «an evidence» del Derecho cuyo posterior desarrollo la convertía en «an erroneous evidence».

En un famoso pasaje de sus *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), Blackstone escribía: «The judicial decisions are the principal and the most authoritative evidence that can be given of the existence of such a custom as shall form part of the common law... Yet this rule admits

¹⁴⁹ ALBERT KOCOUREK y HAROLD KOVEN, «Renovation of the common law through stare decisis», en *Illinois Law Review*, Volume XXIX, Number 8, April 1935, pp. 971 y ss.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 972.

of exceptions where the former determination is most evidently contrary to reason... But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as had been erroneously determined»¹⁵¹.

En definitiva, la explicación clásica del efecto retroactivo del cambio respecto del precedente judicial articulada por Blackstone fue que el Derecho existe con independencia de las decisiones judiciales. Holmes, en una conocida afirmación, hablaba de «a brooding omnipresence» absoluta e inmodificable¹⁵². La exigencia de retroactividad será vista así como una inexcusable consecuencia de la teoría de que la facultad de los tribunales se hallaba limitada a la declaración del Derecho preexistente, no extendiéndose a la creación de nuevo Derecho.

Frente a Blackstone, Austin, en sus *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, se separaba de una concepción mecanicista del *common law*, viniendo a propiciar el reconocimiento de una cierta creatividad del Derecho judicial, o como dice Mishkin¹⁵³, Austin posibilitaría el reconocimiento de que los jueces desarrollan «a lawmaking function».

La blackstoniana visión iba a ser progresivamente rechazada. Y así, ya el gran *Justice* Oliver Wendell Holmes, en un conocido *dissent* formulado en el *Black & White Taxicab case* (1928), se mostraba disconforme con la doctrina establecida en el caso *Swift v. Tyson*¹⁵⁴, doctrina cuya lógica chocaba con el otorgamiento a una decisión judicial de un efecto tan sólo *ex nunc* o *pro futuro*. La oposición de Holmes a la doctrina fijada en *Swift v. Tyson* se entrelazaba con su crítica a la «declaratory theory».

Otro bien conocido *Justice*, Benjamin Nathan Cardozo, ha sido considerado «the major advocate of prospective overruling»¹⁵⁵. Ya en 1921, antes de acceder a la *Supreme Court* (a la que llegó en marzo de 1932, en sustitución del gran *Justice* Oliver W. Holmes), en su más clásica obra¹⁵⁶,

¹⁵¹ *Apud* YALE-NOTE, «Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts», en *Yale Law Journal*, vol. 71, 1961-1962, pp. 907 y ss.; en concreto, p. 908.

¹⁵² THOMAS S. CURRIER, «Time and Change in Judge-made law: Prospective Overruling», en *Virginia Law Review*, vol. 51, number 2, March 1965, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 206.

¹⁵³ PAUL J. MISHKIN, «The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law», en *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965-1966, pp. 56 y ss.; en concreto, p. 58.

¹⁵⁴ *Black and White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.* (1928).

¹⁵⁵ YALE-NOTE, «Prospective Overruling and Retroactive Application in the Federal Courts», *op. cit.*, p. 911.

¹⁵⁶ BENJAMIN N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process* (first published, 1921), 27th printing, Yale University Press, New Haven and London, 1967, pp. 146-147.

escribía que en la mayor parte de los casos el «retrospective effect of judge-made-law» no ocasionaba dificultades o, por lo menos, éstas eran de índole menor; sin embargo, siendo mayores tales dificultades, o siendo innecesarias, el efecto retroactivo debía ser negado. La opinión de Cardozo concordaba con la posición que algunos años antes expusiera Freeman, partidario de que en aquellos casos en que los tribunales se vieran implicados por las dificultades causadas por la retroactividad de una *overruling decision*, pudieran ser capaces de enfrentarse a su responsabilidad de «eliminar la influencia de un mal precedente»¹⁵⁷. Recuerda Levy¹⁵⁸ que en enero de 1932, aún siendo miembro (*Chief Judge*) de la *New York Court of Appeals*, Cardozo pronunció una importante conferencia en la «New York State Bar Association» en la que se adhirió a la tesis de la *prospective overruling*. No ha de extrañar por lo mismo que ese año de 1932, ya incorporado a la *Supreme Court* y llamado a escribir la «opinion of the Court» en el relevante *Sunburst case*¹⁵⁹, Cardozo expresara el punto de vista de que el alcance de los límites a la adhesión al precedente era una materia que los Estados habían de decidir por sí mismos.

El progresivo impacto de la tesis austiniana no podía dejar de afectar a los efectos temporales de las sentencias, pues si éstas podían innovar, creaban Derecho en definitiva, las situaciones anteriores ajenas a la *litis* debían ser tenidas en cuenta. Se explica así que en 1940 el *Chief Justice* Hughes considerara la situación normativa anterior a la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad como un *operative fact* que no podía ser ignorado¹⁶⁰.

En los años cuarenta y cincuenta del pasado siglo, amplios sectores de la doctrina se iban a mostrar críticos frente a la *declaratory theory* y hacia la «retrospective operation of overruling decisions». Así, Grant señalaba, como un defecto inherente al sistema americano de la *judicial review* la inseguridad resultante del hecho de que, por lo general, las decisiones de los tribunales sobre ámbitos materiales constitucionales tenían efectos retroactivos. «Consequently —añadía Grant¹⁶¹— in order to know the law

¹⁵⁷ ROBERT HILL FREEMAN, «The Protection Afforded Against the Retroactive Operation of an Overruling Decision», en *Columbia Law Review*, vol. 18, 1918, pp. 230 y ss.; en concreto, p. 251.

¹⁵⁸ BERYL HAROLD LEVY, «Realist Jurisprudence and Prospective Overruling», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 109, No. 1, November 1960, pp. 1 y ss.; en concreto, p. 12.

¹⁵⁹ *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

¹⁶⁰ En una «opinion of the Court» unánime redactada por el *Chief Justice* Hughes, la dictada en el caso *Chicot County Drainage Dist. v. Baxter State Bank* (1940).

¹⁶¹ JAMES ALLAN CLIFFORD GRANT, «Judicial Control of Legislation. A Comparative Study», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. III, number 2, Spring 1954, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 192.

of today one must be able to divine the decisions of tomorrow —or of several years hence».

En los años sesenta, al fin, la Supreme Court creaba reglas diferentes para los «civil and criminal judicial proceedings». Particularísima importancia tendría el caso *Linkletter v. Walker* (1965), en el que la Corte introducía un punto de inflexión en su doctrina sobre la nulidad *ab initio*. En *Linkletter*, el Tribunal desarrolló una doctrina a cuyo tenor podría denegarse el efecto retroactivo a una recién declarada «rule of criminal law». En la sentencia, la *Supreme Court* razonaba que «the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect», consideración que apoyaba en la autorizada voz del *Justice* Cardozo, para quien «the federal constitution has no voice upon the subject»¹⁶².

Dos años más tarde, la Corte Suprema reiteró la doctrina *Linkletter* en el caso *Stovall v. Denno* (1967). En 1971, en el caso *Chevron Oil Co. v. Huson*, el Tribunal elaboró una suerte de «test for retroactivity»¹⁶³ con el que identificar los requisitos necesarios para que los *overruling* limitasen sus efectos *pro futuro*. Ciertamente, en los años subsiguientes, las decisiones de la Corte han estado lejos de ser unánimes en el punto que nos ocupa. Pero lo dicho es suficiente para mostrarnos que incluso en Estados Unidos el efecto retrospectivo exigido por la *declaratory theory* se halla lejos de ser un dogma inamovible.

Al margen ya de Estados Unidos, el Derecho comparado nos revela una tendencia general hacia la búsqueda de instrumentos decisorios que aseguren una cierta flexibilidad al régimen de los efectos de las decisiones de inconstitucionalidad, flexibilidad alcanzada en algunos casos a través de la vía jurisprudencial, y por lo general, posteriormente consolidada legislativamente, y en otros, expresamente contemplada en los textos constitucionales o en las leyes que rigen los Tribunales Constitucionales¹⁶⁴.

El problema de fondo está lejos de provenir de la conveniencia de postergar los efectos *ex tunc* en favor de los efectos *ex nunc*. Ciertamente, la opción por una u otra fórmula no es indiferente, pero lo crucial de esta problemática reside, como con evidente razón aduce Ruotolo¹⁶⁵, en el anacronismo de un sistema que se cierra en nombre de la rigidez de uno u otro principio (eficacia *pro praeterito*/eficacia *pro futuro*) sin admitir derogación o matización alguna.

¹⁶² Cita del *Justice* Cardozo extraída de la sentencia dictado en el caso *Great Northern Railway v. Sunburst Oil & Refining Co.* (1932).

¹⁶³ Cfr. al efecto LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, volume one, third edition, Foundation Press, New York, 2000, p. 219.

¹⁶⁴ MARCO RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, *op. cit.*, p. 351.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 310.

Un brevísimo repaso del Derecho comparado, circunscribiéndonos a algunos países europeos, nos muestra la diversidad de soluciones encaminadas a la flexibilización de los efectos en el tiempo de las sentencias de inconstitucionalidad.

El caso austriaco sigue siendo paradigmático. La ya citada posibilidad que la Constitución otorga al *Verfassungsgerichtshof* (*VfGH*) de diferir temporalmente los efectos de las sentencias que establecen la inconstitucionalidad de una ley, entraña una más que notable matización frente a la regla general del efecto *pro futuro* de las mismas, regla que tras la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1975 ha sido objeto de una innovación de notable interés. Trae esa reforma, se posibilita al *VfGH* que, frente a la regla general de que se siga aplicando la ley declarada inconstitucional a los hechos realizados antes de la anulación («Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände»), con la excepción del caso que ha dado origen al fallo («mit Ausnahme des Anlaßfalles», en la dicción literal del art. 140.7 de la Constitución), pueda disponer otra cosa en su pronunciamiento («aufhebenden Erkenntnis» en el texto del mencionado art. 140.7 tras su reforma de 1975), lo que obviamente quiere decir que el Tribunal Constitucional queda facultado para «puentear» el principio de eficacia *pro futuro* de sus sentencias de anulación.

Una de las transformaciones más relevantes de la jurisprudencia constitucional austriaca, que se puede apreciar a partir de 1985, atañe a la noción de *Anlaßfall*, que si originariamente concernía sólo al caso que había dado origen al pronunciamiento del Tribunal, a partir de 1985, tal concepto ya no identifica tan sólo el caso desencadenante del proceso constitucional, sino a todo caso pendiente de juicio ante el propio *VfGH* en el momento de la deliberación de la sentencia de anulación (*Aufhebung*) por el Tribunal. Tal transformación ha sido considerada¹⁶⁶ como expresión de la tendencia a extender también a otros casos pendientes el efecto anulatorio de una sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de una disposición legal, con el subsiguiente efecto de anulación.

La sentencia de anulación (*Aufhebung*) debe ser publicada sin demora, lo que obliga particularmente al Canciller Federal (*Bundeskanzler*) o al Gobernador del *Land* (*Landeshauptmann*) competente. La anulación, como regla general, entrará en vigor con efectos obviamente *erga omnes* el día de la publicación, si el *VfGH* no hubiese determinado un plazo para la anulación, plazo que, como ya se dijo, puede llegar hasta los 18 meses. La posibilidad que con ello se ofrece al Tribunal, razonan Korinek y Mar-

¹⁶⁶ ANGELO ANTONIO CERVATI, «Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 2, Agosto 1989, pp. 257 y ss.; en concreto, p. 275.

tin¹⁶⁷ le libera («brefeit ihn»), en efecto, durante el control de constitucionalidad de una ley («bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes») de la necesidad, en la apreciación de la cuestión constitucional («in die Beurteilung der Verfassungsfrage»), de tomar en consideración las consecuencias prácticas de una anulación legal («die praktischen Auswirkungen einer allfälligen Gesetzesaufhebung») lo que, a juicio de los mismos autores, se ha acreditado perfectamente en la práctica austriaca («in der österreichischen Praxis bestens bewährt»).

Parece claro que cuando el VfGH prevé un término para la entrada en vigor de la anulación de una ley (de algunas de sus disposiciones) declarada inconstitucional, convirtiendo en inimpugnable la propia ley dentro de tal período¹⁶⁸, desenvuelve la función propia de un legislador *ad interim*¹⁶⁹. No debe extrañar por lo mismo que el Tribunal, que utiliza frecuentemente esta facultad, recurra a ella en casos de omisiones legislativas parciales o relativas; así, por ejemplo, en caso de anulación por violación del principio de igualdad de una disposición que concede una ventaja o beneficio. En cierto modo, lo que también podemos denominar la *vacatio sententiae* viene a cumplir un rol equivalente al de una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, con lo que ello entraña de llevar a cabo una suerte de apelación implícita al legislador, al que se otorga un determinado plazo a los efectos de que proceda a dictar un nuevo texto o a modificar las previsiones consideradas inconstitucionales, evitando de esta forma la inasumible situación jurídica que se hubiera podido crear de resultas de un efecto inmediato de la anulación.

Somos plenamente conscientes de que el sistema austriaco no se acomoda al trinomio que da rótulo a este epígrafe, no obstante lo cual nos hemos hecho eco de él en cuanto nos muestra que esta relativización de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad se produce en todos los sistemas de justicia constitucional.

Centrándonos ahora en algunos países a los que, *a priori*, les sería aplicables el trinomio de referencia, podemos apreciar que la situación no es muy distinta a la que se ha expuesto.

¹⁶⁷ KARL KORINEK und ANDREA MARTIN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich», *op. cit.*, p. 80.

¹⁶⁸ «Un tel délai —se afirma por el propio VfGH [en «Cour constitutionnelle autrichienne» (7ème Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes), en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, III, 1987, pp. 59 y ss.; en concreto, p. 79]— a pour conséquence que la norme annulée jusqu'à l'entrée en vigueur de l'annulation conformément au délai fixé doit «être traitée comme un élément de l'ordre juridique conforme à la Constitution et irréprochable»».

¹⁶⁹ THEO ÖHLINGER, «La giurisdizione costituzionale in Austria», en *Quaderni Costituzionali*, anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 535 y ss.; en concreto, p. 547.

En Alemania, tras todo lo ya comentado precedentemente, no creemos que sea necesario añadir nada más. La tradicional doctrina de la nulidad *ab initio* de la norma constitucional no ha impedido al *BVerfG* recurrir a fórmulas muy dispares, como las decisiones de mera incompatibilidad, con la finalidad (entre otros fines) de modular la eficacia temporal de las decisiones de inconstitucionalidad. Weber lo ha puesto de relieve con toda claridad cuando, tras recordar la eficacia *ex-tunc* (*Ex-tunc Wirkung*) de las decisiones de inconstitucionalidad¹⁷⁰, precisa a renglón seguido que el *BVerfG* no elimina sin embargo la ley con efecto retroactivo («vernichtet jedoch nicht das Gesetz rückwirkend»), acomodándose por lo tanto a la teoría de la anulabilidad (*Vernichtbarkeitslehre*)¹⁷¹. También Schneider ha precisado¹⁷² que aunque la inconstitucionalidad tiene generalmente efectos *ex tunc*, en ocasiones esos efectos son *ex nunc*.

Heyde ha explicado¹⁷³ con toda nitidez que argumentos tales como la exigencia de evitar el caos legislativo o el hundimiento del «Estado de impuestos» («Steuerstaat»), o la de soslayar una situación aún más inconstitucional que la precedente, que se trata de evitar, además ya del respeto al poder legislativo, son algunas de las razones esgrimidas por el *BVerfG* para modular las previsiones que en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad establece su propia ley, la *BVerfGG*.

Por lo demás, no puede olvidarse que la Ley del Tribunal, en su art. 79, prevé algunas modulaciones respecto de los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. Así, si el apartado primero de dicho precepto dispone que cuando una sentencia condenatoria firme («ein rechtskräftiges Strafurteil») se base en una norma declarada incompatible o, conforme al art. 78, nula («unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm»), o en una interpretación («oder auf der Auslegung») por la que el *BVerfG* la declare incompatible con la Ley Fundamental («unvereinbar mit dem Grundgesetz»), cabrá recurso de revisión («Wiederaufnahme des Verfahrens») conforme a las prescripciones procedentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig»). Por el contrario, tal efecto retroactivo, que como vemos alcanza en el ámbito penal incluso a las sentencias con fuerza de

¹⁷⁰ ALBRECHT WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», *op. cit.*, p. 60

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 61.

¹⁷² HANS-PETER SCHNEIDER, «Jurisdicción constitucional y separación de poderes», *op. cit.*, p. 58.

¹⁷³ WOLFGANG HEYDE, «Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrigkeitserklärung von normen», en W. ZEIDLER (Hrsg.), *Festschrift für H. J. Faller*, München, 1984, p. 53. Cit. por MARCO RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, *op. cit.*, p. 318.

cosa juzgada, a la vista de lo dispuesto por el apartado segundo del propio art. 79, no se produce respecto de las sentencias dictadas en otros ámbitos, que ya no son más impugnables («die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen»), aun cuando se basaran en una norma declarada nula conforme al art. 78 («auf einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen»). Como recuerda Stuth¹⁷⁴, el *BVerfG* ha sostenido reiteradamente la conformidad constitucional de estas previsiones de su propia ley reguladora, a través de las cuales el legislador ha tratado de resolver las posibles contradicciones entre la justicia del caso singular y el principio de seguridad jurídica, principios ambos, innecesario es decirlo, de la mayor relevancia constitucional en un Estado de Derecho.

También en Italia, como incluso vimos con anterioridad que precisaba la propia *Corte costituzionale* en su Informe a la Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos celebrada en Lisboa, se han efectuado modulaciones en los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad. La doctrina se ha mostrado por entero de acuerdo con buena parte de dichas modulaciones. Y así, Temistocle Martines, en el Seminario realizado sobre esta problemática en el *Palazzo della Consulta*, señalaba¹⁷⁵ que la desaplicación de una norma declarada inconstitucional (*illegittima*) en todas las relaciones (jurídicas) aún pendientes puede revelarse una solución demasiado drástica, en todas las ocasiones en que venga a provocar una disparidad de tratamiento, con lo que este *summum ius* podría transmutarse en una *summa iniuria* en todos esos casos de tratos desiguales o cuando con ello se desatiendan expectativas legítimas en el momento en que habían surgido. En la misma línea, Caravita se ha hecho eco de una consideración comúnmente sentida por amplios sectores de la doctrina: la de que si las sentencias de inconstitucionalidad tuviesen una eficacia indiscriminada e incondicionadamente retroactiva, tendrían el riesgo de atropellar («travolgere») órganos, institutos y actividades de enorme relieve institucional y constitucional; en tales casos, el *vulnus* sería hasta tal punto insoportable que no permitiría a la *Corte* golpear («colpire») la normativa con un drástico pronunciamiento de inconstitucionalidad¹⁷⁶.

Por lo demás, existe una cierta convergencia doctrinal en la apreciación de que la realidad muestra que los efectos temporales de las decisio-

¹⁷⁴ SABINE STUTH, «Il Bundesverfassungsgericht e il profilo tecnico delle sue pronunce», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 2, Dicembre 1989, pp. 287 y ss.; en concreto, p. 289.

¹⁷⁵ TEMISTOCLE MARTINES, «Considerazioni sul tema», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 235 y ss.; en concreto, p. 236.

¹⁷⁶ BENIAMINO CARAVITA, «La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte...*, *op. cit.*, pp. 243 y ss.; en concreto, p. 255.

nes estimatorias de la *Corte costituzionale* no son realmente determinables ni en términos de efectos *ex tunc*, esto es, retroactivos, ni hablando de efectos *ex nunc* o *pro futuro*. «Essi —precisará Pizzorusso¹⁷⁷— si determinano infatti nei confronti di tutti i rapporti (anteriori o successivi alla pubblicazione della sentenza) in relazione ai quali le disposizioni o norme dichiarate incostituzionali risultino comunque applicabili».

En fin, Zagrebelsky se ha referido¹⁷⁸ a un efecto sustancial para el futuro análogo a la abrogación, mientras que, para el pasado, alude a un efecto procesal que, sin embargo, se refleja naturalmente en el plano de las relaciones sustantivas en curso, de modo tal que la retroactividad de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad se manifieste en la «desaplicación» por los jueces comunes de la ley declarada inconstitucional, en relación a situaciones anteriores a la decisión de la *Corte*. De esta forma, la retroactividad es el reflejo indirecto de situaciones procesales en las que a los jueces ordinarios se les prohíbe aplicar leyes inconstitucionales a situaciones sustantivas preexistentes, si bien ese efecto retroactivo no es ilimitado, pues sólo rige respecto de «situazioni e rapporti pendenti», excluyéndose por lo mismo tales situaciones cuando se hallen «esauriti» (agotadas).

Si a todo lo expuesto se añade la ya comentada creación por la *Corte costituzionale* de algunas técnicas decisorias, como bien podría ser el caso de las *sentenze-monito*, que han propiciado que la doctrina las tilde de una «dichiarazione di incostituzionalità temporalmente limitata»¹⁷⁹, por cuanto siendo formalmente de rechazo, en sus fundamentos contienen una auténtica afirmación de inconstitucionalidad, se puede apreciar que también en Italia la correlación nulidad/retroactividad de efectos está lejos de ser una realidad universalmente operativa.

En España, la situación no difiere gran cosa de la existente en Alemania e Italia. La LOTC, no obstante anudar la nulidad a los preceptos legales declarados inconstitucionales (art. 39.1), no acoge ni mucho menos un principio de retroactividad sin límites, pues aunque tal retroactividad se infiere de una interpretación *a sensu contrario* de su art. 40.1 («Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante

¹⁷⁷ ALESSANDRO PIZZORUSSO, «Comentario al art. 136 de la Constitución», en *Commentario della Costituzione*, a cura di GIUSEPPE BRANCA, volumen sobre «Garanzie costituzionali (Art. 134-139)», Nicola Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna/Roma, 1981, pp. 175 y ss.; en concreto, p. 184.

¹⁷⁸ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, nuova edizione, Bologna, 1988, p. 266.

¹⁷⁹ FRANCO MODUGNO, «Considerazioni sul tema», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.; en concreto, p. 20.

sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»), lo cierto es que el principio de retroactividad tiene como barrera infranqueable (a salvo las sentencias dictadas en procedimientos de naturaleza sancionadora, en las que la inconstitucionalidad de la norma aplicada se traduzca en un efecto más favorable para el sancionado: retroactividad *in bonum partem*) las relaciones ya agotadas, lo que en último término entraña, como pusiera de relieve Barile¹⁸⁰, que la regla fundamental del Derecho procesal, *tempus regit actum*, se haga presente como regla sustantiva en las relaciones ya agotadas. Ello, por lo demás, está lejos de ser extraño, pues la teoría de la nulidad de los actos, aún entrañando la desaparición de los efectos jurídicos producidos por el acto nulo, nunca es tan radical como para privar de todo efecto a toda relación jurídica surgida al amparo del acto legislativo presuntamente válido cualquiera que fuere la situación jurídica en que tal relación se encontrare. De ahí que las situaciones agotadas, consolidadas por medio de una sentencia con fuerza de cosa juzgada, en aras del trascendental principio de seguridad jurídica, quedan al margen de todo efecto retroactivo, a salvo la retroactividad *in bonum*.

Más allá de ello, el Tribunal Constitucional, como con razón ha dicho Jiménez Campo¹⁸¹, ha ido privando de razón práctica a esa difundida interpretación de la nulidad que le atribuye genéricamente «efectos retroactivos». Y si ya el binomio nulidad/retroactividad es de difícil resolución, la complicación a la que el mismo conduce aún se hace mayor si se atiende a la jurisprudencia del «intérprete supremo de la Constitución»¹⁸².

Un repaso a esa jurisprudencia, aún siendo muy superficial como es el caso, así lo corrobora. La STC 60/1986 recoge novedosamente, en el párrafo final de su último fundamento¹⁸³, una explícita referencia a los efectos de la decisión: «Esta anulación (de varios preceptos del Decreto-Ley 22/1982, de 7 de diciembre, sobre medidas urgentes de la reforma administrativa) —se puede leer— no ha de comportar, sin embargo, la de los

¹⁸⁰ PAOLO BARILE, «Considerazioni sul tema», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte...*, *op. cit.*, pp. 327 y ss.; en concreto, p. 331.

¹⁸¹ JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «Qué hacer con la ley inconstitucional», en la obra colectiva *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 42.

¹⁸² En tal sentido, ENCARNACIÓN MARÍN PAGEO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1990, p. 359.

¹⁸³ STC 60/1986, de 20 de mayo, fund. jur. 5º, *in fine*.

actos jurídicos dictados en ejecución de los preceptos que ahora se invalidan, ni, por lo mismo, la de las situaciones administrativas declaradas a su amparo, pues no hay razón alguna en este caso para retrotraer el efecto invalidante de las normas declaradas inconstitucionales al momento de la entrada en vigor de las mismas».

Será en cualquier caso la STC 45/1989, de 20 de febrero, la que lleve a término un cambio de registro significativo. Ya nos hemos referido precedentemente con algún detalle a esta decisión; por lo mismo, seremos ahora especialmente concisos. Dos aspectos son de subrayar: el primero, la reivindicación que el Tribunal hace de su tarea de precisar el alcance de los efectos de la nulidad en cada caso, lo que justifica, de un lado, en la harto discutible consideración de que la LOTC no define los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado, y de otro, en que la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento¹⁸⁴.

El segundo aspecto a destacar es la equiparación que el Tribunal lleva a cabo entre las situaciones consolidadas de resultados de una sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC) y aquellas otras establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes, lo que justifica en que la conclusión contraria entrañaría «un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales». Como es obvio, esta interpretación se traduce, en lo que ahora interesa, en una nueva limitación del efecto retroactivo de la declaración de nulidad.

En otras sentencias posteriores, el juez constitucional se ha manifestado sin ambages en favor de diferir los efectos de la nulidad. Común denominador de las sentencias en que, de una u otra forma, el Tribunal ha optado por diferir los efectos de la nulidad, es una asunción de competencias por parte del Estado que resulta contraria al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, si bien, en unos casos, esa invasión competencial estatal es fruto no tanto de previsiones específicas cuanto de silencios de la legislación estatal conducentes al vaciamiento de competencias autonómicas previamente reconocidas y asumidas por la vía estatutaria, mientras que en algún otro supuesto la quiebra competencial es la resultante de una específica determinación de la legislación estatal que invade competencias ajenas.

En resumen, el devenir del tiempo ha ido incidiendo, vía jurisprudencial, sobre el tema que nos ocupa, encontrándonos diversas inflexiones jurisprudenciales que, lejos de manifestarse en una misma dirección, presentan diferentes variantes cuyo común denominador es impedir el auto-

¹⁸⁴ STC 45/1989, de 20 de febrero, fund. jur. 11.

matismo inicialmente contemplado entre inconstitucionalidad, nulidad y retroactividad. En ello ha tenido bastante que ver, entre otros diversos factores, la sensibilidad del juez constitucional hacia las consecuencias de sus decisiones. La siguiente reflexión del Tribunal lo aclara meridianamente: «La declaración de nulidad —se argumenta en la STC 54/2002— no ha de presentar siempre y necesariamente el mismo alcance. En efecto, la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley, prestemos también atención a las consecuencias que esa misma declaración de nulidad puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales»¹⁸⁵.

3. LA CONVENIENTE CAPACIDAD DE GRADUACIÓN POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE LOS EFECTOS DE SUS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD, EN ORDEN A LA ARMONIZACIÓN DE LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN PRESENCIA

Cuanto hasta aquí se ha expuesto creemos que deja claro varios aspectos: la inconveniencia de una aplicación rígida de estrictas categorías dogmáticas en lo que a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad se refiere, el desbordamiento que de las fórmulas legales vienen haciendo los Tribunales Constitucionales en el punto objeto de nuestra atención y el seguimiento que a su vez hace el legislador de las pautas previamente fijadas por la jurisprudencia constitucional, procediendo en muchos casos a su positivación. Parece clara por todo ello la necesidad de que el legislador no trate de sujetar de un modo absolutamente rígido al juez constitucional a la hora de discernir los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, dejándole siempre un cierto resquicio, un determinado margen de maniobra. El Tribunal debe siempre tener a su alcance la posibilidad de graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad a fin de poder acomodarlos a las consecuencias que extraiga de las ponderaciones que realice a la vista de los diferentes principios, bienes y valores constitucionales en presencia.

Por lo demás, que un Tribunal Constitucional no puede desinteresarse de los efectos de sus sentencias es algo que está fuera de toda duda. «La Corte —ha escrito Zagrebelsky¹⁸⁶— non può disinteressarsi degli effetti

¹⁸⁵ STC 54/2002, de 27 de febrero, fund. jur. 8°.

¹⁸⁶ GUSTAVO ZAGREBELSKY, «Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 1 (monográfico sobre «L'efficacia temporale delle sentenze della Corte»), Aprile 1989, pp. 67 y ss.; en concreto, p. 70.

delle pronunce di incostituzionalità, quando queste possono determinare conseguenze sconvolgenti (...). In tali casi, essa non può mirare puramente e semplicemente —cioè ciecamente— all'eliminazione della legge incostituzionale, per il passato come per il futuro. L'etica della responsabilità esige da essa questa attenzione». Y como es patente, todo ello debe de ir unido a una cierta capacidad de decidir dentro de determinados límites.

Desde luego, no faltan autores que expresan su preocupación ante el riesgo de atribuir al Tribunal Constitucional un rol excesivamente «fuerte» en el sistema, pues ello puede desembocar en el puro arbitrio. Pero como replica Ruotolo¹⁸⁷, tal peligro no puede conducir a una apriorística negación de un rol dinámico del juez de las leyes y, sobre todo, impedir argumentar en términos problemáticos y con la vista puesta en la iniciativa de nuevas propuestas, acerca de la oportunidad del reconocimiento de un poder de modulación de la eficacia temporal de las decisiones de inconstitucionalidad.

En esta línea de crítica y de preocupación, no han faltado tampoco quienes han recordado que por encima de los órganos de la jurisdicción constitucional no existe instancia alguna habilitada para fiscalizar sus actuaciones, lo que les puede permitir ampliar sus facultades creativas hasta límites con frecuencia insospechados¹⁸⁸. Esta preocupación o crítica es bien poco original. Ya Juvenal se interrogaba acerca de *Quis custodiet ipsos custodes?* De la omnipresencia como inquietud científica y política de este irresoluble problema constituye una prueba bien elocuente la alusión que al mismo hizo, en su réplica frente a la defensa por Sieyès de su *Jurie constitutionnaire*, el diputado Fauré en la sesión de la Asamblea del 24 thermidor del año II (11 de agosto de 1794), considerando tal problema como «la pierre philosophale» de los modernos sistemas constitucionales¹⁸⁹. Casi un siglo después, Jellinek, en su famoso opúsculo en favor de un Tribunal Constitucional, publicado en Viena en 1885¹⁹⁰, en el que iba a reivindicar la transformación del *Reichsgericht* austriaco (creado en las Leyes constitucionales de 1867) en un *Verfassungsgerichtshof*, se replanteaba el mismo problema, formulando una conclusión con la que, en buena medida, nos sentimos identificados: la única garantía de la actividad del

¹⁸⁷ MARCO RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, op. cit., p. 357.

¹⁸⁸ JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, «Constitución y remisión normativa (Perspectivas estática y dinámica en la identificación de las normas constitucionales)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 39, Septiembre/Diciembre 1993, pp. 115 y ss.; en concreto, p. 150.

¹⁸⁹ Cfr. al respecto M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, Paris, 1995, pp. 178 y ss.

¹⁹⁰ GEORG JELLINEK, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Alfred Holder, Wien, 1885, 70 pp.

guardián o defensor de la Constitución se ha de situar, en último término, en su conciencia moral. Ello no entraña, a nuestro entender, abdicar de la necesidad de cautelas jurídicas, si bien es patente que el problema que late en todas estas reflexiones es de difícil solución desde perspectivas estrictamente jurídicas.

Ante la problemática de fondo, hay autores, como Cervati¹⁹¹, que hacen especial hincapié en la motivación de las opciones interpretativas que el Tribunal Constitucional lleve a cabo de la Constitución, pero no sólo de ella, también de las leyes ordinarias, subrayando que ello debe hacerlo sobre todo cuando se trate de opciones hermenéuticas que presenten un más amplio margen de opinabilidad. Otros autores, como es el caso del actual *Giudice della Corte costituzionale*, Gaetano Silvestri¹⁹², se inclinan por deferir las soluciones de los problemas de Derecho intertemporal planteados por las sentencias de inconstitucionalidad a los jueces comunes o a la Administración, en el caso de que no se evidencien intereses constitucionalmente relevantes que impongan una graduación, racional y racionalizada, de los efectos de la decisión sobre las «relaciones pendientes», fórmula de solución en tales casos (no en otros) que nos parece por entero razonable¹⁹³.

No cabe duda de que si pueden derivar inconvenientes de que un Tribunal Constitucional pueda graduar la eficacia temporal de sus sentencias, no menos inconvenientes pueden desprenderse del hecho de que no lo pueda hacer¹⁹⁴.

Por nuestra parte, no nos cabe duda de que aún existiendo peligros, el juez constitucional debe estar en condiciones de poder graduar los efectos de sus sentencias de inconstitucionalidad, no sólo para acomodarlos a las consecuencias que puedan derivarse de las mismas, a fin de soslayar sus efectos dañinos, sino para poder asimismo modularlos en función de la previa ponderación de los principios, bienes y valores constitucionales en

¹⁹¹ ANGELO ANTONIO CERVATI, «Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 2, Agosto 1989, pp. 257 y ss.; en concreto, p. 285.

¹⁹² GAETANO SILVESTRI, «Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 1, Aprile 1989, pp. 61 y ss.; en concreto, p. 64.

¹⁹³ En forma análoga, Onida, quien fuera presidente de la *Corte*, cree que tras el pronunciamiento del Tribunal es el juez común quien debe aplicar la norma resultante; «e che quindi alla fine è il giudice comune ad avere l'ultima parola sul modo in cui operano gli effetti della sentenza della Corte». VALERIO ONIDA, «Considerazioni sul tema», en la obra colectiva *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale...*, *op. cit.*, pp. 185 y ss.; en concreto, p. 187.

¹⁹⁴ Análogamente se pronuncia SERGIO FOIS, en «Il problema degli effetti temporali alla luce delle fonti sul processo costituzionale», en *Quaderni Costituzionali*, anno IX, n° 1, Aprile 1989, pp. 27 y ss.; en concreto, p. 29.

juego. Ello no debe entenderse en el sentido de que el legislador otorgue un cheque en blanco al Tribunal Constitucional. La ley debe regular con cierta precisión los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, dejando siempre abierta la posibilidad de que, cuando razones de naturaleza constitucional, debidamente justificadas, así lo acrediten, el Tribunal pueda decidir dentro de unos márgenes flexibles que se aparten de la regla general.

En coherencia con ello, hubiera sido deseable, a nuestro juicio, la aprobación de la previsión que al texto del art. 39.1 LOTC se incorporaba en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC, presentado en el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre de 2005¹⁹⁵, texto que aunque se convertiría finalmente en la Ley Orgánica 6/2007, de reforma de la LOTC, se vería privado en su «iter» legislativo de la determinación aludida.

No faltan autores que consideran que no hay precepto alguno en la Constitución ni en la LOTC que impida al Tribunal Constitucional ponderar en toda su extensión temporal la eficacia de una nulidad por él declarada¹⁹⁶. No estamos en absoluto de acuerdo con tal visión. Que el Tribunal lleve a cabo tal ponderación no presupone que no existan previsiones legales que han de forzarse en su interpretación hasta el extremo, si es que no, lisa y llanamente, ignorarse para que pueda efectivamente hacerlo. De ahí la conveniencia de positivar, en la dirección fijada por el mencionado Proyecto, lo que viene ya haciendo el Tribunal. Su legitimación se verá fortalecida.

Y no creemos deber terminar sin aludir al inexcusable principio del *self restraint*, que si siempre debe presidir la actuación del Tribunal Constitucional, aún debe hallarse más presente en supuestos como los que hemos venido tratando.

¹⁹⁵ El Proyecto de Ley Orgánica fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A, nº 60-1, 25 de noviembre de 2005.

A tenor del texto dado al art. 39.1 por el Proyecto: «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años».

¹⁹⁶ RICARDO ALONSO GARCÍA, «El Tribunal Constitucional y la eficacia temporal de sus sentencias anulatorias», en *Revista de Administración Pública*, nº 119, Mayo/Agosto 1989, pp. 255 y ss.; en concreto, p. 268.