

EL EFECTO VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD FRENTE AL LEGISLADOR EN ESPAÑA

The binding effect of unconstitutional court judgements and its relation with legislative power in Spain

ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELÁEZ¹
Universidad Carlos III de Madrid
elenita.escobar@gmail.com

Cómo citar/Citation

Escobar Arbeláez, E. M. (2023).
El efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad frente al legislador en España.
Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27(1), 241-269.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.27.08>

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo revisar la doctrina y la legislación españolas con el fin de establecer si existe una prohibición que impida respuestas legislativas respecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma en España. Para dar cuenta o no de la existencia de ese límite en el constitucionalismo español, en una primera parte, se verifica cómo vinculan las sentencias de inconstitucionalidad a los poderes públicos, a fin de establecer que no puede predicarse el mismo grado de vinculación de tales fallos, respecto de operadores jurídicos como los judiciales o la administración pública, y el legislador. Posteriormente, se aborda la diferencia entre el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad para el legislador, y la posibilidad (o no) de derivar de ese efecto, una eventual prohibición

¹ El presente trabajo fue merecedor de un accésit en el VI Premio de la Revista Teoría y Realidad Constitucional para jóvenes constitucionalistas, según acta del 26 de enero de 2021.

dirigida a los Parlamentos que les impida ofrecer respuestas legislativas en estos casos. Por último, a partir de las reflexiones anteriores, se indaga sobre las posibilidades de diálogo interinstitucional en España.

Palabras clave

Tribunal constitucional español; respuestas legislativas; efecto vinculante; diálogo interinstitucional.

Abstract

The purpose of this article is to review Spanish doctrine and legislation in order to establish whether there is a prohibition that prevents legislative responses to unconstitutional judgments in Spain. In order to determine whether (or not) there is such a limit in Spanish constitutionalism, first of all, the paper verifies how the binding effect of unconstitutional sentences affects public authorities, in order to establish that it is implausible to sustain the same degree of binding, with respect to legal operators such as judiciary or public administration, and the legislative power. Subsequently, the paper faces the difference between the binding effect of unconstitutional judgments to lawmakers and the eventual prohibition – arises from that effect – for Parliaments that would prevent them offering legislative responses. Lastly, based on the above reflections, the possibilities of inter-institutional dialogue in Spain are explored.

Keywords

Spanish Constitutional Court; legislative responses; binding effect; inter-institutional dialogue.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CÓMO VINCULAN LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD AL LEGISLADOR?: 1. Efecto vinculante y supremacía constitucional. 2. Efecto vinculante diferenciado respecto del poder judicial, la administración pública y el legislador. III. ¿PUEDE EL LEGISLADOR REPRODUCIR CONTENIDOS NORMATIVOS PREVIAMENTE DECLARADOS INCONSTITUCIONALES? IV. POSIBILIDADES DE DIÁLOGO INTER-INSTITUCIONAL Y RESPUESTAS LEGISLATIVAS: 1. Respuesta legislativa y ausencia de enjuiciamiento. 2. Respuesta legislativa y reiteración del precedente. 3. Respuesta legislativa y cambio jurisprudencial. V. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA.*

I. INTRODUCCIÓN

¿Puede el legislador emitir nuevas leyes reproduciendo contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales?, ¿existe en España una prohibición para las respuestas legislativas respecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma? Estas preguntas se enmarcan en la clásica tensión existente entre el principio mayoritario de autogobierno y la idea de supremacía constitucional (García de Enterría, 1983; Aja, 1998; y Ferreres Comella, 2012b). Como es sabido, el principio mayoritario otorga importantes credenciales a la acción del Parlamento como órgano de representación política y de creación legislativa, mientras que la idea de supremacía constitucional presupone límites a la acción de ese Parlamento, dentro de los cuales podría estar el de exigir que un contenido previamente declarado inconstitucional no pueda ser reproducido en una nueva legislación; es decir, que las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional no puedan ser objeto de respuestas legislativas. En ese contexto, el presente artículo ofrece una respuesta a las referidas preguntas a partir del estudio de la doctrina y la legislación españolas, con el fin de dar cuenta de las posibilidades de respuestas legislativas en España.

Para dar cuenta o no de la existencia de ese límite en el constitucionalismo español, interesa, en una primera parte, verificar cómo vinculan las sentencias de inconstitucionalidad al legislador, a fin de establecer que no puede predicarse el mismo grado de vinculación de tales fallos, respecto de

operadores jurídicos como los judiciales o la administración pública, y el poder legislativo. Lo anterior, dado que el órgano legislativo goza de un margen de libertad de configuración normativa otorgado por la misma Constitución, entre otras razones.

Una vez establecida esa idea, se abordará en detalle la diferencia que existe entre el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad para el legislador, y la posibilidad (o no) de derivar de ese efecto, una eventual prohibición dirigida al Parlamento que le impida ofrecer respuestas legislativas en estos casos. Como se verá, a pesar de la falta de claridad interpretativa y doctrinal, puede afirmarse que en España no existe una prohibición para que se produzcan respuestas legislativas en contra de sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de normas con rango de ley.

Por último, a partir de las reflexiones anteriores, es posible indagar sobre las posibilidades de diálogo interinstitucional en España. Lo anterior, para establecer que, a pesar de la «calificación» del modelo español dentro de los llamados constitucionalismos fuertes (Tushnet, 1999; Melero de la Torre, 2017 y 2020), en que la última palabra está en manos de la justicia constitucional, cabe la posibilidad real de interacción dialógica entre Parlamento y Tribunal Constitucional. Esta situación, impacta de manera positiva la tensión entre principio mayoritario y control judicial de leyes, y propicia un mejor ambiente institucional para el cabal y conjunto cumplimiento de los postulados de autogobierno y de establecimiento de límites al poder.

II. ¿CÓMO VINCULAN LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD AL LEGISLADOR?

1. EFECTO VINCULANTE Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Antes de la fuerte irrupción del nuevo paradigma constitucionalista (Atienza, 2001: 309), en España las constituciones se consideraban documentos políticos² que no incidían o incidían mínimamente en la actividad jurídica estatal y en la vida de la ciudadanía. Esta idea cambió con la consagración del principio de supremacía normativa de la Constitución española de 1978 (en adelante CE), que implica la sujeción jerárquica de todos los poderes públicos a los mandatos constitucionales, en los términos del art. 9.1 superior. Tal cambio de paradigma también impactó directamente el entendimiento sobre el valor vinculante de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional

² Puede establecerse una excepción respecto de la Constitución de 1931.

(en adelante TC), más aún, si se tiene en cuenta que se introduce la justicia constitucional³, en un contexto jurídico que históricamente había atendido a una tradición de derecho continental (*civil law*), en la cual la jurisprudencia es fuente auxiliar de derecho (no vinculante).

En esta clásica división, el sistema *civil law* parte de la premisa de que el derecho es un cuerpo normativo acabado y completo, el cual debe ser aplicado por los jueces quienes siguen las instrucciones de la ley. En contraste, en el modelo de *common law*, el derecho es un sistema imperfecto e inacabado en el cual el juez es un cooperador habitual en la formación de reglas jurídicas (Sager, 2007: 89)⁴. La creación judicial del derecho caso a caso (*case law*) constituye una de sus principales fuentes, que es decantada a través de un sistema de precedente fuerte, en el cual el valor vinculante de las sentencias de las altas instancias judiciales es central. Esta lógica impacta todas las áreas del derecho, incluida la constitucional (Ferrerres Comella, 2012a: 12).

Esta diferencia de tradiciones jurídicas, en el pasado, fue una variable importante para establecer cuál era el valor vinculante de las sentencias en el sistema de fuentes del derecho (auxiliar o principal). Sin embargo, hoy en día en la mayoría de las democracias constitucionales se descarta la tesis tradicional del *civil law* que predica que la jurisprudencia constitucional es una simple fuente auxiliar de derecho, lo anterior, porque la aceptación de esa tesis implicaría diluir el principio de supremacía constitucional. En palabras de Bocanegra Sierra, el problema de la vinculación de las sentencias constitucionales a partir de 1978, no sólo tiene implicaciones jurídico procesales, sino que abarca cuestiones vitales de derecho constitucional material, que «no suponen otra cosa, en la práctica, que decidir, en una medida enormemente significativa, sobre la distribución de poderes entre los más altos órganos

³ Recuérdese que el caso estadounidense se decantó por la fórmula de *judicial review*, con efectos inter partes; mientras que, en Europa, años más tarde (1919-1920), se introduce un control concentrado, abstracto y con efectos erga omnes, ejercido por un órgano único: un Tribunal Constitucional. Esta diferencia, acarreó a su vez, diversas formas de entendimiento respecto de los efectos de las sentencias emitidas por tales Tribunales Constitucionales, en especial, respecto de los demás poderes públicos. (García de Enterría, 1983: 132).

⁴ Recuérdese que para Sager, la gran paradoja del sistema constitucional estadounidense está en resolver la pregunta de ¿por qué permitir que las cuestiones controvertidas socialmente sean resueltas a partir de la combinación de las voluntades constituyentes del pasado y los jueces constitucionales contemporáneos? Al final, su tesis se decanta por defender la idea de que los jueces son cooperadores/colaboradores y esa función es determinante en la democracia, pues la vía del *judicial review* ofrece un tipo de representación adicional a la electoral, la representación argumentativa.

constitucionales, y decidir, en consecuencia, sobre un elemento esencial de la estructura constitucional...» (Bocanegra Sierra, 1982: 13).

El modelo del *common law* permea así el entendimiento del sistema de fuentes clásico de los sistemas continentales, para incluir un nuevo actor: el TC como órgano que colabora en la creación e interpretación de contenidos normativos que, además, deben asumirse como obligatorios. Así, sobre el influjo del precedente judicial en España, García de Enterría indicó:

la Constitución no es, pues, un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofiláctico concentrado en un órgano único y exquisito, a quien se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales como complemento de la actividad propiamente legislativa, actividad que sólo a través de la eliminación y sustitución de las normas llegará, finalmente, a los ciudadanos y a los jueces... En este sentido, habrá que decir que en nuestro sistema constitucional están también presentes elementos sustanciales procedentes del principio americano de supremacía constitucional, por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada (García de Enterría, 1983: 61).

En efecto, en el ordenamiento jurídico español, se atribuye al TC ser el «interprete supremo de la Constitución», según el art. 1º de la Ley Orgánica del TC (en adelante LOTC). Adicionalmente, y en específico respecto de los procedimientos de inconstitucionalidad, el art. 27.1 de la LOTC, enlaza la función interpretativa del TC con la garantía de la primacía normativa de la Constitución. En efecto, tal artículo dispone: «Mediante los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad regulados en este título, el Tribunal Constitucional **garantiza la primacía de la Constitución** y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados» (resaltado propio).

Así mismo, las expresiones del efecto vinculante en el ordenamiento jurídico español, están presentes a partir de enunciados normativos que establecen que las sentencias de inconstitucionalidad «tienen plenos efectos sobre todos» y «vincularán a todos los poderes públicos», en los términos de los arts. 164 de la CE y 38.1 de la LOTC, respectivamente. En atención al alcance de tales artículos, el TC explicó que el efecto vinculante no sólo se limita a la parte resolutive del fallo, sino que incluye las consideraciones determinantes para la toma de la decisión, es decir, la *ratio decidendi*.

En este punto, es preciso recordar brevemente que la diferencia entre la cosa juzgada material y el efecto vinculante de las sentencias ha sido objeto de pronunciamiento por parte del TC. Así, en Sentencia STC 158/2004, se indicó que la distinción radica en que, la cosa juzgada sólo se produce respecto del fallo o parte resolutive, mientras que la regla vinculante está

determinada por la *ratio decidendi* o el fundamento principal de una determinada sentencia, y el mismo no puede ser ignorado por los poderes públicos. En la referida sentencia, el TC se enfrentó al estudio de un caso materialmente similar a otros que ya había fallado, pero sobre el cual no pesaba la cosa juzgada material, pues formalmente eran diferenciables⁵. Así, el TC usó la regla de vinculación a todos los poderes públicos para extender *la ratio decidendi* expuesta en una sentencia anterior, que preveía determinado entendimiento de la Constitución, al nuevo asunto. En la referida sentencia (fj.4), el TC señaló:

[...] la especial vinculación que para todos los poderes públicos tienen las sentencias de este Tribunal no se limita, en contra de lo sostenido por el abogado del Estado, al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi*.

Del contenido normativo y jurisprudencial expuesto hasta aquí, puede deducirse que el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad en España: a) se da frente a todos los poderes públicos y, b) implica la obligación de éstos de ejercer su actividad conforme las pautas y los criterios establecidos en tales sentencias, en tanto, la vinculación cobija la *ratio decidendi* de las mismas. Ahora, ¿en qué medida opera tal vinculación para los distintos poderes públicos? ¿puede predicarse el mismo nivel de vinculación para todos ellos? Veamos.

2. EFECTO VINCULANTE DIFERENCIADO RESPECTO DEL PODER JUDICIAL, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL LEGISLADOR

Efecto vinculante y poder judicial: carácter absoluto

El debate por la vinculatoriedad de las sentencias del TC se generó, inicialmente, alrededor del poder judicial, ámbito en el cual se ha construido un importante consenso en torno al concepto de la vinculatoriedad de tales sentencias para el ejercicio de dicha actividad, incluso cuando hay diversidad

⁵ En efecto, a través de esta sentencia el TC estudio un conflicto de competencias en relación con las ayudas a la formación continua de los trabajadores, que resultaba idéntico a otros ya resueltos en los cuales intervenían otras partes. Allí reiteró que las razones para estimar casos anteriores eran plenamente aplicables al asunto que conocía.

interpretativa de la ley⁶. En la actualidad es claro que ningún miembro del poder judicial puede aplicar una ley o un contenido normativo que fue objeto de declaratoria de inconstitucionalidad, por varias razones.

En primer lugar, dado que así lo establece el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que indica que los jueces y tribunales están vinculados por la Constitución y por las interpretaciones que de ella haga el TC. En segundo lugar, porque el respecto del precedente constitucional constituye una garantía de igualdad y de seguridad jurídica para todos los usuarios del sistema. Estas dos premisas, se fundan en la búsqueda de una aplicación uniforme del derecho por parte de uno de sus principales operadores: los jueces. Así, fue consagrado desde la misma exposición de motivos de la LOPJ, (apartado IV):

Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del art. 9.1 que prescribe que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento». Otras disposiciones constitucionales, como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, completan el efecto del citado párr. 1 del art. 9º y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro ordenamiento con todos los efectos jurídicos a ello inherentes.

Conectado con lo anterior y, en tercer lugar, en materia de leyes expulsadas del ordenamiento jurídico; esto es, declaradas nulas en los términos del art. 39.1 de la LOTC, el respeto del efecto vinculante de las sentencias del TC está íntimamente ligado con la garantía de la aplicación correcta de las fuentes del derecho y el respeto por el imperio de la ley (arts. 117.1 de la CE y 1 de la LOPJ).

En este sentido, frente al poder judicial el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad tiene carácter absoluto, derivado de su expreso sometimiento al imperio de la ley, fundamental en un Estado Social y Democrático de Derecho, que impide a sus miembros aplicar una regla o un enunciado normativo que fue declarado incompatible con la Constitución por parte del TC.

⁶ Aclaro que este consenso es casi total en materia de sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas, sin embargo, este debate tiene importantes matices cuando se abordan sentencias desestimatorias o moduladas e interpretativas, pues la vinculación entra en colisión con el principio de independencia judicial (Díaz Revorio, 2000). Ese es un tema de análisis muy interesante, pero diferente al del presente trabajo.

Efecto vinculante y administración pública: carácter absoluto

Ahora bien, ese carácter absoluto del efecto vinculante de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad es también predicable frente a la administración pública, pues como se deriva de los arts. 97 y 103.1 de la CE, el Gobierno y la administración pública ejercen sus funciones de conformidad y con sometimiento a la Constitución y la ley. Así, el margen de su actuación está construido por la ley en sentido amplio, que no sólo constituye un límite a su acción, sino que también es su fundamento. En tal sentido, a este grupo de operados jurídicos no les está permitido aplicar una norma que fue previamente declarada inconstitucional por parte del TC.

En un comentario a la LOTC, De la Cueva Aleu precisó que la vinculación a todos los poderes públicos establecida en el art. 38.1 de la LOTC, está referida de manera más intensa a la administración pública, que al poder legislativo a quien se le sigue reconociendo un margen amplio de configuración normativa. Si se tiene por cierta esta tesis, el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad frente al legislador español no tendría ese carácter absoluto, que sí tiene para los operadores jurídicos de la administración pública y del poder judicial (De la Cueva Aleu, 2010: 425).

Efecto vinculante y poder legislativo: margen de respeto por la libertad de configuración normativa

El carácter vinculante de las sentencias del TC irradia también al poder legislativo, en especial, cuando el mismo funge como aplicador de normas. Sin embargo, esta premisa, no deriva el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad, de lo indicado por los arts. 5.1 de la LOPJ o 97 y 103.1 de la CE (con alcance sólo para los poderes judicial y ejecutivo), sino que inserta sus raíces en los arts. 1º y 38.1 de la LOTC, lo cual tiene implicaciones mucho más complejas. Esta complejidad, es resaltada por Ahumada Ruiz, cuando indica:

La supremacía de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Constitucional se afirma frente a «otros» intérpretes de la Constitución, no sólo frente a los jueces ordinarios. La ley del Tribunal Constitucional (de nuevo, es la ley) reconoce la «fuerza vinculante» de las sentencias constitucionales, aparentemente, un efecto distinto del de la cosa juzgada y de los «plenos efectos frente a todos». En qué se concreta esa fuerza vinculante respecto de los poderes públicos (legislador, jueces, administración) es algo que sigue estando poco claro (Ahumada Ruiz, 2003: 364).

Esa falta de claridad que la autora destaca, está relacionada con la forma en que se vincula al legislador a este tipo de sentencias, ya que predicar el mismo grado o intensidad en la vinculación que se le da al poder judicial o a la administración pública, impactaría directamente el sistema de reparto del poder y reconfiguraría las relaciones entre el TC y el poder legislativo, tal como lo resaltaba Bocanegra Sierra (1982: 13). Estas implicaciones han sido resaltadas también por Casal, quien indica que «una proyección no matizada de la interpretación jurisprudencial vinculante de la constitución sobre el legislador, puede suscitar serias complicaciones institucionales» (Casal, 2015: 308). Es así porque, este último no sólo puede considerarse un operador jurídico, sino que es por excelencia el poder creador de derecho y canalizador de demandas políticas y sociales, en él que, además, se concreta una parte importante del ideal democrático de autogobierno que inspira los estados de la segunda post-guerra⁷. En el precitado comentario a la LOTC, De la Cueva Aleu, explicó:

Distinta es la vinculación del legislador en la medida en que, pese a que resulta frecuente que su producción normativa se ajuste a las pautas ofrecidas en las sentencias del TC, aquel goza de plena libertad a la hora de desenvolver su actividad. Ello sin perjuicio de que, si se desconoce la doctrina constitucional sobre una materia, pueda incidir en la inconstitucionalidad y esta sea declarada por el TC en el marco de un nuevo proceso (De la Cueva Aleu, 2010: 430).

Lo anterior, fortalece la idea de que la vinculación debe ser diferente cuando los destinatarios son operadores jurídicos habituales que **aplican** el derecho; de cuando se trata del legislador en ejercicio de su función **creadora** del mismo. Ello, porque si se predica el mismo grado de vinculatoriedad que estas sentencias tienen para el poder judicial o la administración pública, respecto del legislador español, sería posible también argumentar que las respuestas legislativas a dichas sentencias están implícitamente prohibidas. Esto traería como consecuencias positivas el aumento de la seguridad jurídica y reforzaría el principio de primacía normativa de la Constitución. Sin embargo, hablar de una prohibición implícita en esos términos, tendría desventajas como la posibilidad de aumentar las objeciones democráticas a la justicia constitucional (Bickel, 1896; Waldron, 2005; o Bayón Mohíno, 2010). En efecto, la prohibición puede ser vista como un límite desproporcionado al margen de

⁷ El proceso de democratización fue especialmente intenso con la finalización de la segunda guerra mundial, en 1945 aproximadamente, y avanza hasta los años setenta con la entrada a las democracias de la mayoría de países de América Latina, España y Portugal (Blanco Valdés, 2010).

configuración legislativa, lo cual es especialmente problemático, si a través de sentencias de inconstitucionalidad se definen desacuerdos sociales altamente controvertidos (Waldron, 2005: 117)⁸, a partir de interpretaciones constitucionales que acepten otras visiones plausibles de lo que la Constitución dice (Bayón Mohíno, 2010: 287).

En esa medida, otorgar un grado de intensidad *menor* al efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad respecto del poder legislativo en España generaría la posibilidad de que las respuestas legislativas a este tipo de sentencias propicien un diálogo entre TC y Parlamentos, e insertaría la idea de que, si bien el TC es el intérprete supremo de la Constitución, el legislador también tiene voz en materia interpretativa dada su «especial dignidad democrática» (Waldron, 2005: 123). Esta situación no está suficientemente explorada en los llamados constitucionalismos fuertes, pero aparentemente fomentaría la colaboración interinstitucional en la resolución de desacuerdos sociales altamente controvertidos (Post y Siegel, 2013; Hoog y Bushell, 1997: 75-124; y Gargarella, 2012: 231-256). Ahora bien, según sostienen autores como Waldron (2006) o Tushnet (2008) en el ámbito norteamericano, Bayón Mohíno (2010) en el ámbito europeo, o González Bertomeu (2016) en el latinoamericano, la interacción institucional entre TCs y Parlamentos debe ser evaluada desde diversos puntos de vista y en todo caso siempre atendiendo al contexto constitucional concreto.

Con todo, esta gama de posibilidades ha fomentado en España un debate doctrinal en torno a si están o no permitidas las respuestas legislativas en contra de las sentencias de inconstitucionalidad. Debate que es necesario explorar antes de presentar una conclusión sólida o definitiva sobre los beneficios o perjuicios que implica establecer una vinculación diferenciada del legislador respecto de sentencias de inconstitucionalidad en España. Veamos.

⁸ En su libro *Derecho y Desacuerdos*, Waldron expone sus razones para no apoyar el atrincheramiento constitucional de ciertas normas. Su argumento central es el desacuerdo, pues para él es evidente que en las sociedades plurales y multitudinarias actuales, somos muchos y discrepamos. Así, sostiene que a) no existen acuerdos sobre lo que un derecho significa, aun definiéndolos en constituciones, b) la gente discrepa acerca de lo que debería o no ser un derecho y sobre sus fundamentos, en especial, cuando estos se acercan a cuestiones de justicia, y c) incluso si hay un consenso por superposición sobre los derechos básicos (*overlapping*), existe desacuerdo sobre lo que significa ese consenso en lo que respecta a su aplicación concreta y detallada (Waldron, 2005: 18).

III. ¿PUEDE EL LEGISLADOR REPRODUCIR TEXTOS NORMATIVOS PREVIAMENTE DECLARADOS INCONSTITUCIONALES?

Por regla general y como consecuencia del efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad, el legislador no *debería* entrar en contradicción con la doctrina constitucional, pues hacerlo podría implicar el incumplimiento del principio de supremacía constitucional. De esta regla de vinculación, ¿podría deducirse que no puede reproducir contenidos normativos que fueron previamente declarados inconstitucionales?; en otras palabras, ¿del efecto vinculante puede derivarse una regla implícita que prohíba respuestas legislativas a las sentencias de inconstitucionalidad?

Al analizar estas cuestiones, se encuentra que en España no es posible llegar a respuestas afirmativas, ya que, a pesar de la diversidad doctrinal de criterios⁹, prevalece la tesis sobre la posibilidad que tiene el legislador de emprender un ejercicio legislativo para producir una ley que responda, directa o indirectamente, a este tipo de sentencias.

Para abordar la cuestión es imperioso destacar una diferencia sutil, pero importante, entre dos premisas: a. El efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad aplica frente al legislador, y b. puede deducirse de ese efecto que existe una prohibición que impida respuestas legislativas respecto de sentencias de inconstitucionalidad. La diferencia radica en que la fuerza vinculante es un efecto general que, sin embargo, se vería amplificado con la eventual regla de prohibición, en tanto, la primera premisa afecta la aplicación del derecho por parte de todos poderes públicos, pero la segunda irradiaría sus efectos limitativos directamente en la creación del derecho, lo cual, como se viene sosteniendo, es problemático porque afectaría las funciones legislativas, deliberativas y políticas del Parlamento, tendría el potencial de cerrar el diálogo interinstitucional y, a su vez, de incrementar o propiciar mayores objeciones democráticas a la justicia constitucional.

Entendida esta diferencia, hay autores que conciben que tales premisas no pueden separarse, éstos serán para quienes las respuestas legislativas no son posibles en España. Por su parte, la mayoría de autores visibilizan la diferencia sutil entre las premisas y concuerdan en que sí es posible que el legislador

⁹ Muestra de la diversidad de posturas al respecto, es lo indicado por Viver Pi-Sunyer cuando precisa que «una parte de la doctrina española al analizar los efectos vinculantes de las sentencias ni siquiera se plantea la posibilidad de que el legislador pueda apartarse legítimamente de la doctrina constitucional y menos aún que pueda reiterar preceptos declarados inconstitucionales, y de otro lado, quienes sí plantean este interrogante suelen darle respuestas genéricas sin detenerse en la fundamentación de las mismas...» (Viver Pi-Sunyer, 2013: 15).

pueda emprender respuestas, sin embargo, algunos establecen matices a esta posibilidad y analizan el rol del TC respecto de estos casos.

Dentro de los autores que predicán que no son posibles las repuestas legislativas está, en el extremo más alejado Jiménez Campo, quien estima que si el legislador emprende una respuesta legislativa reproduciendo un contenido normativo que fue previamente declarado inconstitucional, esto debería ser considerado un acto ilícito. Puede sostenerse que esta postura confunde en uno solo, los conceptos de supremacía constitucional y supremacía judicial, pues se parte de la idea de que lo que establece el TC es parte indisoluble de la Constitución, y que ser el intérprete supremo de la misma, le da la condición de ser el único intérprete (Jiménez Campo, 1997: 15-80). Esta posición, guarda coherencia con un sistema de supremacía normativa de la Constitución, pero propicia costos altos para el autogobierno y es problemática en términos democráticos pues cierra las posibilidades de interpretación constitucional al legislador y al *pueblo* mismo, según defendería el constitucionalismo popular¹⁰. Ha de resaltarse en este punto que existen países que consagran cláusulas constitucionales o legales que expresamente prohíben la reproducción de este tipo de normas (como Portugal o Colombia), pero no es el caso español.

Alejado de los anteriores postulados abstractos, Viver Pi-Sunyer también sugiere que en España no son posibles las respuestas legislativas en contra de las sentencias de inconstitucionalidad, pero lo hace por razones pragmáticas. Este autor reconoce que, en principio, el legislador (nacional o autonómico) no tiene ningún impedimento para emitir una ley que reproduzca un contenido normativo previamente declarado inconstitucional, pero sostiene que, en la práctica, cuando esa legislación llega al TC, éste siempre la declarará inconstitucional dado que ese ente ha sostenido que su doctrina es «definitiva, e

¹⁰ Según Alterio, el constitucionalismo popular surge como un ejercicio basado en estudios históricos, sin pretensión teórica, que intentó recuperar el debate en torno al papel del pueblo en la discusión y decisión de asuntos constitucionales. Tiene dos posibles perspectivas: una descriptiva y una normativa. La visión descriptiva da cuenta de los distintos actores que participan en la asignación de significado a las cláusulas constitucionales, enfatizando en la fuerza que han tenido las visiones populares. La versión normativa insta o procura que los puntos de vista de las personas comunes acerca de los significados constitucionales jueguen un papel tan importante como que las élites tienen en la construcción de los entendimientos constitucionales. Desde esta visión, el constitucionalismo popular pugna por: una constitución flexible, delgada, que permita la interpretación extra gubernamental, que desafía la supremacía judicial, promueve mayor democratización y recupera la relación entre derecho y política (2016: 63-94).

indiscutible», lo cual cercena toda posibilidad de diálogo interinstitucional. Para este autor, lo anterior implica que el TC no pueda variar su propia doctrina constitucional y asume que tales características la hacen inmutable (Viver Pi-Sunyer, 2013: 13-44).

Otro autor que muestra su escepticismo respecto de la posibilidad de las respuestas legislativas por motivos prácticos es Bayón Mohíno, quien por su parte destaca que la figura de la cuestión de inconstitucionalidad restaría impacto a las eventuales respuestas legislativas, dado que, independientemente de que las leyes no fueran objeto de un recurso de inconstitucionalidad, todas ellas llegarían (más temprano que tarde) al TC. El autor explica que, si el TC no ha modificado su composición, sería muy improbable que sus miembros tomaran en cuenta los nuevos argumentos de la respuesta legislativa y la descartarían de plano (Bayón Mohíno, 2010: 285).

Si bien, las propuestas de Viver Pi-Sunyer y de Bayón Mohíno son plausibles, no son suficientes para afirmar que están prohibidas las respuestas legislativas en España, pues sus argumentos están dirigidos a verificar la efectividad de las respuestas, especialmente, desde la perspectiva del legislador; es decir, si la visión interpretativa de éste triunfa o no. Sin embargo, desde la perspectiva de la activación del diálogo entre Parlamentos y TC, lo cierto es que ambos autores parecen sostener que el legislador sí puede emitir nuevas leyes que contraríen la doctrina constitucional de las sentencias de inconstitucionalidad, aun cuando éstas leyes no logren variar la interpretación constitucional que pretenden modificar.

En contraposición a estas posturas doctrinales, están aquellas que, como se indicó, hacen una diferencia entre el efecto vinculante y una eventual prohibición de respuestas legislativas. En efecto, para López Guerra, la fuerza vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad no implica una prohibición para el legislador de promover, a través de la emisión de una nueva ley, un eventual cambio de jurisprudencia respecto de determinado asunto dirimido previamente por el TC. Sin embargo, advierte que el poder legislativo debe tener en cuenta los riesgos evidentes de que la nueva ley sea declarada inconstitucional. Textualmente, este autor indica que:

[...] el legislador, por tanto, para adoptar su decisión, deberá ponderar la presencia o no de factores como... la existencia de cambios sociales y económicos que el Tribunal puede tener en cuenta en su labor interpretativa, y la posible evolución en la opinión del Tribunal, manifestada en votos particulares, en precisiones o matizaciones de su jurisprudencia anterior, o en cambios en la composición del Tribunal que puedan traducir a la práctica esta evolución (López Guerra, 2012: 35).

Ahumada Ruiz comparte la premisa que avala la posibilidad de respuestas legislativas, sin embargo, resalta que en ningún caso el legislador podría reproducir el contenido normativo previamente declarado inconstitucional si esto se hace con efectos retroactivos. Lo anterior, debido a que ello, más que una réplica a la jurisprudencia constitucional o un ejercicio dialógico en el cual se pretenda el intercambio de argumentos entre Parlamento y TC, constituiría un intento de defraudar e incumplir las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal (Ahumada Ruiz, 2012: 55).

Por su parte, Ferreres Comella precisa que el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad no impide que el órgano político pueda emprender una réplica a cierta doctrina constitucional con la que no esté de acuerdo. Ahora bien, explica que ese tipo de ejercicio legislativo debe cumplir ciertas condiciones para que no sea tomado como un fraude o una burla a las sentencias del TC. Señala que el legislador «debe manifestar su discrepancia de modo franco y sincero» (Ferreres Comella, 2012a: 23), y debe proponer abiertamente los argumentos por los cuales estima que la Constitución debe o puede ser interpretada de una forma diversa a la establecida en la sentencia del TC. Esfuerzo argumentativo que también se espera del TC, si la nueva ley llega a su análisis.

Estas tres posturas doctrinales tienen en común que afirman la plena vinculación del legislador a las sentencias de inconstitucionalidad, pero admiten que, con determinados requisitos o condiciones, éste órgano siempre debe tener la posibilidad de controvertir la interpretación hecha por el TC, en especial, si se trata de asuntos controvertidos o fundados en desacuerdos sociales. Para sintetizar, estos autores propugnan por la posibilidad de respuestas legislativas, siempre y cuando: a. el legislador tenga en cuenta los aspectos extra-jurídicos que impactan la eventual respuesta legislativa; b. que las respuestas no tengan nunca efectos retroactivos; y c. que el legislador manifieste clara y directamente que no está de acuerdo con determinada doctrina constitucional y presente los argumentos para abrir la discusión.

Para cerrar el panorama doctrinal, es importante resaltar la posición de Niembro Ortega, quien entiende que sí son posibles las respuestas legislativas, pero parte de la premisa de que en España las sentencias de inconstitucionalidad no son vinculantes para el legislador. Este autor, fundamenta su posición en «que es democráticamente deficiente que otros poderes del Estado estén vinculados por su doctrina [hace referencia a la del TC]» (Niembro Ortega, 2012: 158). A pesar del intento de Niembro Ortega de adaptar las normas constitucionales y legales que consagran el efecto vinculante de las sentencias del TC (arts. 164 CE, y 1, 38.1 LOTC) a la premisa de la no vinculación, lo cierto es que sólo da cuenta de una visión prescriptiva de cómo debería entenderse el efecto vinculante, y esa visión no concuerda con la forma en

que *son* realmente interpretadas y aplicadas tales normas, tanto por el TC como por el mismo legislador español. Este autor también parte de equiparar el efecto vinculante con la prohibición de las respuestas legislativas, y por eso, su opción argumentativa se encamina a atacar ese primer elemento. Sin embargo, esta no parece la vía adecuada para argumentar que sí son viables las respuestas legislativas frente a declaraciones de inconstitucionalidad en España, tal y como se deriva del análisis realizado en la primera parte de este trabajo.

Ahora bien, teniendo en cuenta las diversas posturas doctrinales se destaca que una eventual regla de prohibición de respuestas legislativas en España, sólo sería posible si se le otorgara un carácter absoluto al efecto vinculante de este tipo de sentencias respecto del poder legislativo, lo cual impacta la tensión entre principio mayoritario y supremacía constitucional, pues apuntalaría, a favor del TC, la pugna por la definición de los aspectos controvertidos o de los desacuerdos razonables que, en ese caso, no serían susceptibles de nuevas interpretaciones constitucionales. Sin embargo, esta tesis se descarta a partir del análisis matizado y contextual que se debe dar al efecto vinculante de las sentencias del TC respecto del legislador en España. El matiz está dado por el grado o intensidad de la vinculación, que es menor cuando se predica frente al órgano legislativo en su función creadora de derecho; y el contexto lo ofrece la consagración de España como una democracia constitucional que valora tanto el principio democrático de autogobierno como la supremacía constitucional y la necesidad de establecer ciertos límites al poder político. En esa medida, no puede afirmarse que, el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad, consagrado especialmente en el art. 38.1. de la LOTC, tenga un carácter absoluto frente al legislador que implique una prohibición *implícita* y *absoluta* de respuestas legislativas. Lo anterior da pie a nuevos horizontes de análisis.

IV. POSIBILIDADES DE DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL Y RESPUESTAS LEGISLATIVAS

Brevemente es importante contextualizar el presente análisis en el marco de lo que algunos autores han llamado revisión judicial dialógica o constitucionalismo dialógico. La referencia a constitucionalismos fuertes y débiles está cada vez más extendida. Es una clasificación atribuida inicialmente a Tushnet (1999), quien llamó la atención en las formas constitucionales de los países de la Commonwealth, en los cuales, si bien se consagra una Carta de Derechos y hay revisión judicial de leyes, los jueces no tienen la última palabra, pues ésta es entregada al Parlamento. Estas serían las condiciones del constitucionalismo

débil, en contraposición a aquellos sistemas en los cuales la última palabra está en cabeza del órgano de control judicial de constitucionalidad de leyes, dentro de los cuales caben los sistemas que atienen tanto al modelo concentrado de origen europeo, como difuso de origen estadounidense. Los modelos de constitucionalismo débiles y fuertes se diferencian entre sí, porque en uno se otorga la última palabra en materia de interpretación de la Constitución a los jueces (fuertes) y el otro al legislador (débiles).

Por otro lado, para Tushnet «la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones —diálogos— entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta» (Tushnet, 2013: 3). En este punto es importante aclarar que Tushnet está pensando que la revisión dialógica es posible sólo en los modelos de constitucionalismo débil, en los cuales las sentencias del TC son declaraciones de incompatibilidad no vinculantes —como en Reino Unido o Nueva Zelanda— o en donde existe una posibilidad de veto legislativo a las sentencias del TC, al estilo de la cláusula canadiense «*notwithstanding*». Sin embargo, este trabajo pretende mostrar cómo también podría generarse diálogo aún en los modelos que Tushnet clasifica como de constitucionalismo fuerte, como el español, a través de los ejemplos que se citarán más adelante.

Ahora bien, aunque son conceptos relacionados, revisión judicial dialógica y constitucionalismo débil no son lo mismo. Si bien de los modelos débiles surge con mayor claridad conceptual lo que hoy en día se entiende por diálogo interinstitucional, esa característica también puede predicarse de modelos en los cuales, si bien el TC tiene la última palabra, sí hay espacios para diálogo, como ocurre en España. En efecto, esta idea viene siendo desarrollada por varios autores como Roa Roa (2019: 449) o Casal, entre otros. Este último precisa:

Los signos de posible debilidad de un sistema de justicia constitucional no necesariamente se traducen en la generación de interacciones dialógicas. La mayor o menor debilidad o fortaleza de un sistema de justicia constitucional, según factores como los mencionados, es un rasgo separable de su aptitud para favorecer el diálogo jurisdiccional-legislativo. Lo decisivo es la apertura al diálogo... (Casal, 2015: 304).

Teniendo en cuenta lo anterior, Linares define el **diálogo interinstitucional** como «un intercambio que tiene al menos tres fases posibles: argumento, respuesta y réplica. La estructura del diálogo en (al menos) tres fases es esencial; ese esquema comunicativo permite que las decisiones de los jueces constitucionales admitan al menos una réplica por parte del Congreso. Ello da margen para que los jueces puedan cambiar de opinión» (Linares, 2008: 200).

Partiendo de esta estructura, la **primera fase: «el argumento»**, estaría compuesta por las sentencias de inconstitucionalidad del TC. En este punto, lo que conviene destacar es que de la sentencia no sólo importa el fallo o la parte resolutive (pues esto se circunscribe a sólo un efecto: la cosa juzgada material), sino que es necesario, extraer las razones o fundamentos que llevaron al TC a concluir que determinado contenido normativo no es compatible con el texto superior: *la ratio decidendi*. En este caso, el TC, al interpretar la Constitución, propondrá una determinada forma de entenderla, que sería vinculante y, en principio, prevalente.

En la **segunda fase: «la respuesta»**, se encontraría en las leyes que desconozcan o interpreten de manera alternativa la doctrina constitucional. Como se indicó, en esta fase, para algunos doctrinantes es preciso que se den algunas condiciones como: a. Que la respuesta atienda a situaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas que justifiquen con suficiencia la necesidad de modificar determinada doctrina constitucional. b. Que la respuesta no se produzca con efectos retroactivos, ni como una forma de burlar o hacer fraude a las sentencias de inconstitucionalidad. Y c. Que el legislador en su ejercicio identifique de forma clara las reglas vinculantes con las que no está de acuerdo y presente los argumentos para su modificación o re-interpretación.

Quizá esta sea la fase más polémica de un eventual diálogo interinstitucional en un sistema de constitucionalismo fuerte como el español, en tanto, sería necesario explorar una gama más amplia de condiciones y/o restricciones a las respuestas de los legislativos frente a sentencias inconstitucionales como, por ejemplo, limitaciones de tiempo (al estilo de cláusulas de enfriamiento) o requisitos que aseguren la razonabilidad del desacuerdo, que provoca la diversidad interpretativa del texto constitucional (por ejemplo, sería improbable pensar que una respuesta legislativa que intente desmontar el desarrollo jurisprudencial en materia de equidad de género, sea razonable si la base del desacuerdo se funda en la inferioridad ontológica de la mujer). Por ello, es imperioso insistir en que las respuestas legislativas deben estar enmarcadas en la lógica de diálogo interinstitucional, siempre dentro del paradigma constitucionalista (Atienza, 2001: 309), en el cual, la relación entre derechos y democracia, no es antagónica, sino interdependiente (Dworkin, 1990; Nino, 1997). Adicional a ello, tales requisitos y condiciones de las respuestas legislativas, deben ser pensadas teniendo en cuenta la cultura y la práctica constitucional, que cómo se indicó *ut supra*, en el caso español se dan con sus matices y atendiendo al contexto (acápito III).

Por último, la **tercera fase «la réplica»**, implica la respuesta del TC, si es que la ley fue enjuiciada. En este punto, el TC puede reiterar su precedente o generar un cambio jurisprudencial. Como lo sostiene Viver Pi-Sunyer y Bayón Mohíno, abría indicios para pensar que la réplica por parte del TC

apuntará a la reiteración de la jurisprudencia, en especial, si la ley en respuesta a la sentencia inconstitucional se presenta «acto seguido». Y en este escenario, es plausible derivar que la re-aprobación inmediata de contenidos normativos declarados inconstitucionales o llamémosla *respuesta legislativa reactiva*, más que generar un diálogo provocaría un enfrentamiento de posiciones poco deseable en términos de estabilidad política e institucional. Frente a este supuesto, y teniendo como finalidad la generación del diálogo en el contexto del constitucionalismo fuerte, habría que apelar a la mesura y responsabilidad del poder legislativo que, en términos institucionales, sería exigible a partir de la institucionalización de los requisitos y condiciones para la respuesta legislativa en la segunda fase (vrg: exigencias de tiempo, razonabilidad, prohibición de retroactividad, entre otras).

Como veremos más adelante, en el sistema jurídico español, si bien existe la posibilidad de las respuestas legislativas y se han dado, las mismas son soterradas y no tienen un manto regulativo (ni normativo ni jurisprudencial) que pueda reducir las indeseadas *respuestas legislativas reactivas* y el consecuente enfrentamiento. Pensar en clave de diálogo interinstitucional, implica denunciar la necesidad de ciertos arreglos institucionales que incentiven el intercambio de argumentos, lo que Melero de la Torre (2020: 24)¹¹ ha denominado una cultura democrática de la justificación, y que desincentiven el choque de poderes públicos. Melero está pensado que tal cultura de la justificación, es sólo posible quitando la última palabra de las manos del TC, pero las respuestas legislativas en España tienen el potencial de mostrar que una cultura democrática de la justificación también puede ser posible en constitucionalismos fuertes, si se hacen algunos ajustes institucionales que no necesariamente pasan por quitar la última palabra constitucional al TC.

En suma, con estas tres fases del diálogo interinstitucional en mente, es preciso ahora analizar ciertas situaciones o escenarios de eventuales respuestas legislativas a sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de normas con rango de ley. Sin embargo, es necesario hacer dos aclaraciones previas que delimitan el análisis.

¹¹ Según Melero, a diferencia de lo que ocurre con los autores del constitucionalismo político (en donde hay una crítica unánime a la legitimidad del control judicial de la legislación), en el constitucionalismo jurídico pueden encontrarse, al menos dos vertientes. Por un lado, están los ius-constitucionalistas que defienden la supremacía judicial como una forma de protección de los derechos fundamentales frente las embestidas del legislador democrático; y por otro, aquellos que separan la supremacía constitucional de la supremacía interpretativa de los jueces, promoviendo el control judicial como una práctica deliberativa que contribuye a fortalecer una cultura democrática de la justificación.

En primer lugar, es importante anotar que hay muchos casos en los cuales el legislador responde ante las sentencias de inconstitucionalidad a través de actos que no son necesariamente leyes. Por ejemplo, el legislador autonómico catalán ha respondido a sentencias de inconstitucionalidad del TC, a través de actos parlamentarios que no son leyes, sino declaraciones políticas, actos de las mesas directivas de los parlamentos u otros. Por ese motivo, estos actos no necesariamente llegan al TC a través de un recurso de constitucionalidad, sino por medio de otros procedimientos, como amparos parlamentarios y/o incidentes de ejecución de sentencias. En segundo lugar, este análisis es sólo sobre los escenarios relacionados con sentencias que declaran la inconstitucionalidad, a pesar de que un análisis similar puede extenderse a las sentencias interpretativas o moduladas; situación mucho más compleja. Estos son escenarios a partir de los cuales también puede ser evaluado el diálogo interinstitucional, sin embargo, este trabajo no los explora pues el objeto de estudio está acotado por las sentencias de inconstitucionalidad de leyes.

1. RESPUESTA LEGISLATIVA Y AUSENCIA DE ENJUICIAMIENTO

El primer escenario que se puede presentar es que el legislador emita una ley que reproduzca contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales y la misma no sea enjuiciada. Este escenario, es propicio para la producción de las llamadas mutaciones constitucionales o reformas implícitas a la Constitución (Ackerman, 2011: 39)¹², ya que si el nuevo contenido legal establece una nueva forma de interpretar la Constitución, diferente a la establecida por el TC, convivirían en el sistema jurídico una sentencia que establece que «X» contenido normativo es contrario a la Constitución, y una ley válida y vigente que reproduce el mismo texto inconstitucional.

En España, ese tipo de situaciones tiene un antídoto importante que descansa en la cuestión de inconstitucionalidad, pues esta figura institucional permite que se ejerza una vigilancia normativa por parte de los operadores jurídicos judiciales, aun después del corto periodo que existe para enjuiciar leyes. Esta posibilidad de elevar la cuestión de constitucionalidad es la que fundamenta el argumento de Bayón Mohíno (2010: 285), que fue reseñado *ut supra*.

¹² Sobre esta posibilidad, el autor Bruce Ackerman ha hecho un importante análisis de caso estadounidense. Este autor, indica que el término mutaciones constitucionales hace referencia a la posibilidad de que se modifiquen ciertos contenidos constitucionales a través de procedimiento no formales, sino que es un cambio producido a través de hechos y prácticas institucionales.

Ahora bien, sobre este escenario lo que podría decirse es que, de no existir otros mecanismos de depuración normativa (como la cuestión de inconstitucionalidad), una cláusula que prohíba la reproducción de contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales podría significar una ventaja para la seguridad jurídica y la primacía de la Constitución, pues evitaría la posibilidad de que se produzcan mutaciones constitucionales. Sin embargo, el caso español muestra que una prohibición no es ni la única, ni la mejor forma de sortear esa eventualidad, que puede encontrar soluciones menos problemáticas en términos democráticos, en otros aspectos del diseño institucional y procedimental.

A pesar de lo anterior, pueden encontrarse casos en los cuales la doctrina constitucional sufrió importantes modificaciones por parte del legislador, pero los asuntos no han llegado de nuevo al TC. Si bien no son respuestas legislativas en contra de sentencias de inconstitucionalidad, es importante reseñarlos con el fin de indicar que la doctrina constitucional sí ha sido modificada por vía legal en España. En efecto, algunos ejemplos de lo anterior, identificados por Ahumada Ruiz, son: a. La modificación del art. 379 del Código Penal que tipificó el delito de conducción bajo el efecto del alcohol, que contenía una postura contraria a la contenida en la Sentencia STC 145/1985. b. La aprobación de la Ley 33 de 2006, sobre la igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, que efectúa un entendimiento diametralmente opuesto a lo establecido por el TC en la STC 126/1997. Y, por último, c. la modificación del art. 132.2 del Código Penal, sobre la interrupción de la prescripción penal del delito, en la cual, expresamente el legislador indicó que la ley estaba dirigida a crear seguridad jurídica para eliminar los criterios diferentes existentes entre TC y Tribunal Supremo, adoptando la postura del Supremo —lo cual no deja de ser polémico desde la visión de la supremacía constitucional— (Ahumada Ruiz, 2012: 54).

2. RESPUESTA LEGISLATIVA Y REITERACIÓN DEL PRECEDENTE

El segundo escenario que puede presentarse es que el legislador —nacional o autonómico— emita leyes que reproduzcan contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales, las mismas sea enjuiciadas, y con ello, se produzca un nuevo pronunciamiento del TC en el cual ratifica su postura anterior (declarar la inconstitucionalidad del texto normativo reproducido). Esta es la situación que destaca Viver Pi-Sunyer (2013), a partir de la cual no puede argumentarse que estén prohibidas las respuestas legislativas, pero sí pueden evaluarse otros aspectos como: la efectividad del diálogo interinstitucional, el intercambio de argumentos, las posibilidades de cambio

jurisprudencial, e incluso, el hecho de que el TC esté o no vinculado por su propia doctrina constitucional.

Ejemplos de este segundo escenario son las Sentencias SSTC 134/2017, 145/2017 y 2/2018, que regularon aspectos relacionados con la universalización de los servicios sanitarios para personas que no estuvieran registradas en el Sistema Nacional de Salud (inmigrantes no regularizados), en las comunidades autónomas de Euskadi, Valencia y Extremadura, respectivamente.

En la STC 134/2017, se revisó el Decreto 114 de 2012, sobre el régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en la Comunidad Autónoma de Euskadi. En ese primer momento, el TC, entre otros aspectos, encontró que el Decreto había extendido algunas prestaciones sanitarias a cargo del Sistema Nacional de Salud, a personas que no tenían la calidad de asegurados ni de beneficiarios. Para el TC la comunidad autónoma, si bien tiene competencias concurrentes en materia de sanidad, no tenían la capacidad de modificar o ampliar la categoría de personas que pueden reclamar prestaciones sanitarias a cargo del Sistema Nacional de Salud. Explicó que una disposición normativa en ese sentido invadía la competencia del Gobierno estatal en materia de sanidad e inmigración, de conformidad con el art. 149.1.16 de la CE.

Posteriormente, el TC revisó el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. En esta revisión, el TC citó la sentencia anteriormente reseñada, reiteró su *ratio decidendi* y declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la norma, en los siguientes términos: «Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana».

Por último, en la STC 2/2018, el TC revisó la Ley 7/2016, de medidas extraordinarias contra la exclusión social de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en la cual se consagró una disposición que incluía algunas prestaciones sanitarias para personas que no estaban categorizadas como aseguradas o beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. En ese momento el TC indicó (STC 2/2018, fj. 3.b):

El problema planteado en el presente recurso de inconstitucionalidad ya ha sido resuelto por este Tribunal en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, en la que nos pronunciamos acerca de si en el Sistema Nacional de Salud, establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva, doctrina que ha sido reiterada en la STC 145/2017, de 14 de diciembre, FJ 2.

Si bien estas anteriores sentencias son ejemplos de la reiteración de la doctrina constitucional que muchas veces promueve el TC, éstas no pueden ser parámetro para indicar que éste está vinculado a su propia doctrina, como consecuencia inescindible de la vinculatoriedad de sus sentencias o que tal vinculatoriedad implique que el legislador no puede reproducir textos o contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales, pues no existe una postura unificada ni sistemática en ese sentido, que se derive de la labor del alto órgano constitucional. De la reiteración de la doctrina constitucional no puede derivarse un «requisito» legislativo que impida expedir leyes que no se ajusten a tal doctrina.

Otro ejemplo, de este escenario, es el relacionado con la modificación del Estatuto de Autonomía de Cataluña y la Sentencia STC 31/2010, que para Viver Pi-Sunyer implicó «la negativa radical a cualquier posibilidad de que el Legislador estatutario se aparte legítimamente de la doctrina previamente establecida por el Tribunal... la conversión de la doctrina del Tribunal en canon directo y único de constitucionalidad y, consiguientemente, la negativa a realizar un nuevo juicio de constitucionalidad que tenga como parámetro la Constitución y no la doctrina constitucional» (Viver Pi-Sunyer, 2013: 43).

Al margen de eventuales análisis sobre ese particular, es preciso sostener que, en este caso, como en otros, el legislador propició una respuesta legislativa y ésta fue rechazada por el TC a través de la reiteración de su precedente. Ahora bien, después de esta última fase, la vía que quedaría en este escenario sería la de la reforma constitucional con el objetivo de cambiar la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, esa es una vía que no ha sido transitada en España y, por ahora, «resulta prácticamente inimaginable» (Ferrerres Comella, 2012a: 23).

3. RESPUESTA LEGISLATIVA Y CAMBIO JURISPRUDENCIAL

Por último, existe el escenario en el que el legislador emita una ley que reproduzca contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales, la misma sea enjuiciada, y con ello, se produzca un nuevo pronunciamiento del TC, en el cual realiza un cambio de jurisprudencia (*overruling*). Este escenario, en términos normativos es posible, pues ante la inexistencia de una cláusula de prohibición, el TC puede cambiar de jurisprudencia, ya que no está necesariamente obligado por su propio precedente.

Como expresión de la segunda fase dialógica, las respuestas legislativas se han dado, y sin duda, la ausencia de una prohibición permite mayor apertura y debate sobre la doctrina constitucional. Estos emprendimientos han dado lugar a leyes válidas y vigentes, que si bien pueden ser objeto de polémica, han

tenido las mayorías necesarias para su promulgación, ya que, la réplica no está ni constitucional ni legalmente proscrita.

Un caso de cambio jurisprudencial en relación a una declaración de inconstitucional, es el ocurrido en la STC 155/2017, respecto de la STC 13/2015. En la STC 13/2015, se resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado por las Cortes de Aragón en contra de la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. Entre muchas otras razones, la Comunidad Autónoma recurrente consideró que se vulneró la CE y su Estatuto de autonomía, porque las Cortes Generales aprobaron ciertas enmiendas a esa ley, a pesar de que, en los términos del Estatuto autonómico debían tramitarse previo informe preceptivo de la Comunidad, al ser normas relacionadas con recursos hídricos (trasvases de cuencas hidrográficas). El TC estimó tal petición de inconstitucionalidad, al considerar que las Cortes Generales habían omitido tramitar el informe preceptivo de la Comunidad y, por tanto, declaró la nulidad de la ley. El TC explicó que, si bien el informe de la Comunidad no tenía carácter vinculante para las Cortes, el mismo «puede servir para proporcionar a la Cámara una información adicional a tener en cuenta durante la tramitación legislativa».

Mediante la Ley 21/2015, las Cortes Generales reprodujeron los contenidos normativos contenidos en la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de forma. La nueva Ley fue de nuevo recurrida por las Cortes de Aragón porque en el trámite legislativo, sólo se solicitó formalmente el informe preceptivo, pero ni siquiera se esperó a que el mismo fuera presentado. Al día siguiente a la solicitud, se aprobó la ley sin la participación efectiva de la Comunidad, a pesar de que algunos parlamentarios de la oposición y de la región advirtieron que, al menos debía esperarse a que la CA presentara el informe, so pena de incumplir la orden del TC.

En la STC 155/2017, el TC, a pesar de haber reconocido en la sentencia anterior la posibilidad de que el informe aportara datos adicionales y valiosos para el trámite legislativo, explicó en su nuevo pronunciamiento (fj.4): «A diferencia, pues, de lo ocurrido en el procedimiento parlamentario enjuiciado en la STC 13/2015, la Cámara sí interesó en este caso, una vez aceptadas las enmiendas a examen, el informe de la Comunidad Autónoma, de modo que la discusión procesal se ha de entender objetivamente ceñida a si el informe se pidió de una manera regular y en términos tales que permitieran a aquélla manifestar con efectividad su criterio al respecto».

Este es un ejemplo polémico, en especial, porque el cambio de jurisprudencia parece carecer de suficiencia argumentativa, lo cual, hace que la interacción entre Parlamentos y TC no cumpla la finalidad esperada en los términos que señala Ferreres Comella (2012a) y que fueron reseñados con anterioridad.

Otro ejemplo, destacado por Ahumada Ruiz, «fue el ocurrido con ocasión de la aprobación de la legislación mercantil que reintroducía la obligatoriedad de la adscripción a las Cámaras de Comercio (y consiguiente sujeción al pago del recurso cameral), declarada por el Tribunal Constitucional contraria a la libertad de asociación del art. 22 CE en la STC 179/1994 y conforme a la Constitución en la STC 107/1996» (Ahumada Ruiz, 2012: 54).

Aquí se declaró inconstitucional la regulación procedente del Código de Comercio de 1901 y se desestimó la inconstitucionalidad de idéntica regulación contenida en la Ley Bases de 1993. Lo anterior, muestra que, la réplica del TC incluyó los argumentos esgrimidos por el poder legislativo y si se quiere, hubo una actitud de deferencia, que no necesariamente envuelve un vaciamiento constitucional, pero sí una modificación de la doctrina del TC. Como explica López Guerra, «una mayor disponibilidad al diálogo con los órganos democráticos es sumamente recomendable para reforzar la legitimidad de la justicia constitucional. La jurisprudencia, en definitiva, es vinculante, pero ello es compatible con la existencia de vías por medio de las cuales los órganos políticos pueden empujar a los tribunales a reorientar su jurisprudencia en nuevas direcciones» (López Guerra, 2012: 27).

Antes de pasar a las conclusiones, es pertinente destacar que los escenarios reseñados en este acápite, dan un amplio panorama de las posibilidades de diálogo entre Parlamentos y TC, que pueden ser evaluados desde diversos puntos de vista. En este trabajo se destaca que, si bien son pocos, los ejemplos españoles muestran una visión de colaboración en la interpretación constitucional que, sin embargo, necesita ser profundizada, estudiada y sistematizada. De los ejemplos, puede intuirse que aún no se cumplen algunas de las condiciones para que una respuesta legislativa produzca mejor interacción con el TC, por ejemplo, la resaltada por Ferreres Comella, respecto de la necesidad de que el legislador abierta y directamente identifique la doctrina con la que no está de acuerdo. Si se mejoran ese tipo de situaciones, el diálogo interinstitucional sería más identificable, pues sin duda hoy en día, si bien no puede negarse, si debe advertirse que es bastante soterrado.

V. CONCLUSIONES

Existe un debate doctrinal en torno a si es posible o no que el legislador reproduzca contenidos normativos previamente declarados inconstitucionales por parte del Tribunal Constitucional, que muestra la necesidad de matizar y contextualizar el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad frente al legislador. Si el efecto vinculante es entendido en términos absolutos respecto del legislativo, los contenidos constitucionales que han sido definidos

por el TC a través del tiempo, se entenderían así mismo abstraídos del margen de configuración legislativa, lo cual genera serios cuestionamientos acerca de la legitimidad democrática de algunas decisiones polémicas y de la posibilidad o no de reabrir debates que atiendan a nuevos contextos sociopolíticos, entre otros.

El diseño institucional de un fenómeno como el efecto vinculante de las sentencias de inconstitucionalidad, y su desarrollo legal y jurisprudencial, es determinante a la hora de propiciar o cerrar el diálogo institucional entre TC y Parlamentos, lo que, a su vez, permite intuir que de la decisión que se elija, dependerá la tendencia hacia el incremento o la disminución de las objeciones democráticas a la justicia constitucional. La posibilidad de reproducción de una norma previamente declarada inconstitucional está directamente conectada con la legitimidad que tenga el Parlamento para propiciar o no un cambio en la doctrina constitucional. Sin embargo, esta posibilidad debe evaluarse en atención a cada contexto, pues si se da una réplica por parte del legislador de manera inmediata y reactiva (*respuesta legislativa reactiva*) en contra de una sentencia de inconstitucionalidad, este hecho constituye un desacato o desafío al orden institucional y al principio de supremacía constitucional. Por el contrario, si el legislador emite la nueva ley apelando a cambios de contextos socio-políticos, a la obligación de atender nuevas necesidades o a la manifestación de su convencimiento razonado de que la Constitución merece una nueva interpretación en determinada materia, esta réplica puede ser aceptada como un mecanismo de construcción de consenso y de diálogo interinstitucional.

Las respuestas legislativas en España han sido pocas y soterradas. Así mismo, este tipo de acciones no tienen un manto regulativo (ni normativo ni jurisprudencial) que pueda reducir las indeseadas *respuestas legislativas reactivas*, por lo que parece necesario pensar en arreglos institucionales que, sin quitar la última palabra al TC, incentive de una mejor manera el diálogo interinstitucional como una forma de atender de manera conjunta tanto al principio de autogobierno democrático como al ideal de los derechos como límites al poder. Así, sin desconocer la tradición del constitucionalismo fuerte español, podría pensarse en la institucionalización de requisitos y condiciones para la respuesta legislativa en la segunda fase dialógica como, por ejemplo, exigencias de tiempo, de razonabilidad, prohibición de retroactividad, entre otras.

Bibliografía

Ackerman, B. (2011). *La Constitución Viviente*. Madrid: Marcial Pons.

- Ahumada Ruiz, M. A. (2003). Stare Decisis y creación judicial de derecho (constitucional): A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, 351-265.
- (2012). Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores. En M. A. Ahumada Ruiz, V. Ferreres Comella, L. López Guerra y C. Viver Pi-Sunyer (dirs.). *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?: seminari, Barcelona, 28 d' octubre de 2011* (pp. 39-58). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- Aja, E. (1998). Prólogo. En E. Aja (ed.). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (pp. 1- 11). Barcelona: Ariel.
- Alterio, A. (2016). El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. En R. Gargarella y R. Niembro (coords.). *Constitucionalismo progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (pp. 63-94). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bayón Mohíno, J. C. (2010). Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell y L. García (eds.). *El canon neo-constitucional* (pp. 285-355). Madrid: Trotta.
- Bickel, A. (1896). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press.
- Blanco Valdés, R. (2010). *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Casal, J. M. (2015). Respuestas del legislador ante la interpretación de la Constitución efectuada por la jurisdicción constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 21, 299-318.
- De la Cueva, I. (2010). De la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y de sus efectos. En J. J. González Rivas (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional* (pp. 425-468). Madrid: La Ley.
- Díaz Revorio, J. (2000). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lexa Nova.
- Dworkin R. (1990). *A Bill of rights for Britain*. London: Chatto & Windus.
- Ferreres Comella, V. (2012a). ¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador? En M. A. Ahumada Ruiz, V. Ferreres Comella, L. López Guerra y C. Viver Pi-Sunyer (coords.). ¿Con vinculen les sentències constitucionals el legislador? (pp. 11-26). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- (2012b). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García de Enterría, E. (1983). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Thomson Civitas.
- Gargarella, R. (2012). Democracia deliberativa, justicia dialógica y derechos sociales. *Teoría Política*, 2, 231-256.

- González Bertomeu, J. F. (2016). Tushnet y el control de constitucionalidad: una teoría ligeramente desenfocada. En R. Gargarella y R. Niembro (coords.). *Constitucionalismo progresista: Retos y Perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet* (pp. 95-134). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hoog, P, y Bushell, A. (1997). The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures. *Osgoode Hall Law Journal*, 35, 75-124.
- Jiménez Campo, J. (1997). Qué hacer con la ley inconstitucional. *Cuadernos y debates: la sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley. Actas de las II jornadas de Asociaciones de Letrados del Tribunal Constitucional*, 66, 15-80.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.
- López Guerra, L. (2012). Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores. En M. A. Ahumada Ruiz, V. Ferreres Comella, L. López Guerra y C. Viver Pi-Sunyer (coords.). *¿Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?: seminari, Barcelona, 28 d' octubre de 2011* (pp. 27-37). Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms.
- Melero de la Torre, M. (2017). Constitucionalismo Débil = Weak-Form Judicial Review. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 198-210. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3814>.
- (2020). *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo del Commonwealth*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Niembro Ortega, R. (2012). Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95, 139- 168.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Post R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconstrucción entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- Roa, J. E. (2019). *Control constitucional deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons.
- Tushnet, M. (1999). *Taking Away the Constitution from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/9781400822973>.
- (2008). *Weak Courts, Stronge Rigths*. New Jersey: Princeton University Press.
- (2013). Revisión judicial dialógica. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14, 1-10.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el Legislador: ¿Puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 13-44.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.

- (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1348-1406.

Jurisprudencia

- Tribunal Constitucional de España. STC 145/1985, 26 de noviembre.
Tribunal Constitucional de España. STC 126/1997, 3 de julio.
Tribunal Constitucional de España. STC 158/2004, 21 de septiembre.
Tribunal Constitucional de España. STC 31/2010, 28 de junio.
Tribunal Constitucional de España. STC 13/2015, 5 de febrero.
Tribunal Constitucional de España. STC 134/2017, 16 de noviembre.
Tribunal Constitucional de España. STC 145/2017, 14 de diciembre.
Tribunal Constitucional de España. STC 155/2017, 21 de diciembre.
Tribunal Constitucional de España. STC 2/2018, 11 de enero.