

LOS EFECTOS VINCULANTES DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL LEGISLADOR: ¿PUEDE ÉSTE REITERAR PRECEPTOS LEGALES QUE PREVIAMENTE HAN SIDO DECLARADOS INCONSTITUCIONALES?

CARLES VIVER PI-SUNYER

1. PRESENTACIÓN: OBJETO Y OBJETIVO DE LA PONENCIA.—2. PETRIFICACIÓN, JURISDICCIÓN SIN CONTRAPESOS Y ABSTRACCIÓN DE LA REALIDAD: a) *Petrificación*. b) *Una jurisdicción sin contrapesos jurídicos relevantes*.—3. UN CONTRAPUNTO A LA DOCTRINA MAYORITARIA BASADO EN EL DERECHO COMPARADO.—4. ¿CUÁNDO Y CÓMO DEBERÍA PODER EL LEGISLADOR APARTARSE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?—5. CODA.

1. PRESENTACIÓN: OBJETO Y OBJETIVO DE LA PONENCIA (1)

Como es bien conocido, la Constitución española prevé, de forma ciertamente poco precisa, que todas «las sentencias» del Tribunal Constitucional tienen «valor de cosa juzgada» y que las que «declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos» (art. 164.1). La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —en adelante, LOTC—, inspirándose directamente en el artículo 31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán, añade, como tercer efecto, que «vincularán a todos los poderes públicos» las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad

(1) Este artículo tiene su origen en una ponencia que presenté en diciembre de 2011 en el seminario organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Gerona. Una primera versión de este trabajo fue publicada en catalán por el Institut d'Estudis Autònoms en el libro colectivo *Com vinculen les sentències constitucionals al legislador?* Quisiera agradecer a los profesores Gerard Martín, Javier Mieres y Miguel Ángel Cabellos las observaciones que hicieron a esta primera versión del trabajo.

(art. 38.1 LOTC) y en conflictos, tanto de competencia (art. 61.1 LOTC) como de defensa de la autonomía local (art. 75 *quinque*, apart. 6).

En esta ponencia pretendo analizar un aspecto muy concreto de este efecto vinculante. De entre todos los poderes públicos voy a ceñirme únicamente al caso del legislador y, más específicamente, a la cuestión de si, como consecuencia de esa vinculación, el legislador tiene vedada la posibilidad de reintroducir en el ordenamiento jurídico un enunciado normativo declarado previamente inconstitucional por una sentencia de inconstitucionalidad y, más en general, para no limitarme a la hipótesis extrema, si puede reintroducir en el ordenamiento un precepto legal que, sin tener el mismo enunciado que otro declarado inconstitucional, se aparta de la doctrina constitucional que ha impuesto una determinada interpretación constitucional de la ley enjuiciada o una determinada interpretación de la Constitución.

Más concretamente: no analizaré la cuestión de la reiteración legislativa desde la perspectiva de los efectos de cosa juzgada y de la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales, ni me referiré tampoco a otros efectos vinculantes sobre el legislador como, por ejemplo, al deber de realizar determinadas actuaciones para acomodar la legislación a las sentencias del Tribunal Constitucional o para dar ejecución a los mandatos en ellas contenidos. La pregunta a la que quisiera dar respuesta es únicamente la de si el legislador puede legítimamente apartarse del fallo y de la doctrina constitucional, reiterando el contenido de un precepto que ha sido declarado inconstitucional o que no se ajusta a la interpretación constitucional efectuada por el Tribunal y, en el caso de que la respuesta sea positiva, en qué supuestos y cómo puede hacerlo y qué consecuencias puede tener esta reiteración respecto del control de constitucionalidad que debe realizar el Tribunal si es requerido para ello y, muy especialmente, si éste viene obligado a llevar a cabo un enjuiciamiento *ex novo* de la nueva ley.

Ya les avanzo de entrada que no tengo una respuesta con pretensiones conclusivas a estos interrogantes. Mi modesta intención es la de tratar de centrar lo mejor posible los términos de este complejo debate y plantear del modo más adecuado alguno de los interrogantes pertinentes en orden a avanzar en la resolución de una cuestión que juzgo relevante tanto desde una perspectiva dogmática como práctica. Creo que, a pesar de su modestia, éste es un objetivo legítimo en un seminario de profesores en el que el debate sobre dudas puede ser tan fructífero como el debate sobre pretendidas certezas.

En descargo de los limitados objetivos de la ponencia tan sólo quisiera apuntar que, como han destacado casi todos los autores que han abordado el análisis de los efectos de las sentencias constitucionales, éste «es, sin duda,

uno de los aspectos más problemáticos —si no el que más— de la justicia constitucional, y lo es además en todos los países donde esta (justicia) existe» (2). A esta constatación han añadido el dato de que hasta ahora en España ni el legislador ni la doctrina han contribuido a mejorar ese panorama incierto (3).

Pues bien, este diagnóstico general resulta especialmente pertinente en relación con el supuesto específico aquí analizado. Baste recordar que en este caso una parte importante 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 se plantean este interrogante suelen darle respuestas genéricas sin detenerse en la fundamentación de las mismas y dejando abiertas cuestiones nucleares que apenas dejan insinuadas.

Así, un sector de la doctrina, posiblemente el mayoritario, se limita a negar *a radice* esta posibilidad —a partir de premisas discutibles o cuando menos de premisas que en rigor no permiten llegar a esta conclusión si no van acompañadas de una mayor argumentación; se trata de afirmaciones como las que sostienen que la doctrina constitucional crea normas que se adhieren a los enunciados constitucionales interpretados, que concreta el contenido normativo de esos enunciados, que tiene el valor de la norma interpretada, que ocupa el lugar de esa norma o que se trata de una interpretación auténtica de la Constitución que por ello mismo se impone a todos los poderes públicos (4)—. Con todo, una parte importante de estos autores admite, aunque sin mayores precisiones, que la vinculación del legislador a la doctrina constitucional es diferente y menos

(2) Así lo afirma GÓMEZ MONTORO, A., «Comentario al artículo 38 de la LOTC», en REQUEJO, J. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, 2001, pág. 555.

(3) Así lo advierte GARRORENA MORALES, A., «Artículo 164 de la Constitución, Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en ALZAGA, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, XII*, Madrid, Edersa, 1999, pág. 333. En sentido parecido se pronunció RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, enero-abril de 1988, pág. 49.

(4) Véase, entre otros, GARCÍA ROCA, J., «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, diciembre de 2011, págs. 87 y sigs. MEDINA GUERRERO, M., «Comentario al artículo 1 de la LOTC», *ob. cit.*, págs. 69 y sigs. REQUEJO RODRÍGUEZ, P., «La posición del Tribunal Constitucional Español tras su Sentencia 31/2010», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 43, *ob. cit.*, págs. 318 y sigs. BALAGUER, F., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 134.

intensa que la de los otros poderes públicos (5) y que en todo caso esa vinculación está todavía mal delimitada (6).

En cambio otro sector doctrinal, hoy todavía minoritario, admite la legitimidad de que el legislador no se ajuste a la doctrina constitucional e incluso que reitere preceptos declarados inconstitucionales, aunque hace estas afirmaciones con suma cautela, sin concretar el cuándo y el cómo puede el legislador contravenir esa doctrina y defendiendo esta tesis de modo quizá más «intuitivo» que fruto de una elaboración doctrinal previa, que en todo caso no suelen explicitar (7).

Ante este vacío doctrinal casi absoluto es lícito preguntarse si el problema, al menos tal y como lo he presentado aquí, está bien planteado y si se trata de un problema relevante desde el punto de vista teórico y práctico. Podría pensarse, por ejemplo, que la cuestión es intrascendente ya que en la práctica no puede impedirse que el legislador reitere el texto de una ley inconstitucional aun sabiendo que corre un alto riesgo de que nuevamente sea declarado inconstitucional.

Sin embargo, frente, esta duda, para mí está claro que aceptar o no la posibilidad de reiteración de leyes que se apartan de la doctrina constitucional y determinar, en su caso, cuándo y cómo resulta legítimo este apartamiento, responde y afecta a cuestiones básicas de la dogmática constitucional y tiene importantes repercusiones prácticas.

En este debate están implicadas cuestiones dogmáticas como la posición constitucional del legislador y del Tribunal Constitucional, la relación entre la Constitución, las leyes y las sentencias constitucionales dentro del sistema de

(5) Véase, por todos, GÓMEZ MONTORO, *ob. cit.*, pág. 572; GARRORENA MORALES, A., *ob. cit.*, pág. 378; GARCÍA ROCA, *ob. cit.*

(6) Por todos, RUBIO LLORENTE, F., *ob. cit.*, pág. 33.

(7) Una de las primeras y más claras aportaciones en esta línea es la de AHUMADA RUIZ, M. A., «Las sentencias del Tribunal Constitucional. Los votos particulares», en *Bases de Conocimiento Jurídico*, Iustel-Portal Derecho, 2001 —<http://www.iustel.com/v2/cl.asp?z=1&=911116&sec=&sumario=&0r=&h=>— Diez años más tarde, GAVARA DE CARA, J. C., reitera literalmente esta posición en «Los efectos de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: las implicaciones para su normativa de desarrollo y los estatutos de otras Comunidades Autónomas», en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, 2011, pág. 249, y GONZÁLEZ PASCUAL, M., «La posición de los estatutos de autonomía en el sistema constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27, pág. 514. Más ampliamente fundamentada resulta la posición de FERRERES COMELLA, V., favorable a que la crítica democrática de la jurisprudencia constitucional pueda articularse mediante la aprobación de leyes que se apartan de la doctrina constitucional, véase «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», en el libro *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos, págs. 24 y sigs.

fuentes del Derecho o el alcance que debe darse a la supremacía interpretativa que al Tribunal Constitucional le atribuye su ley orgánica.

Y afecta a cuestiones prácticas tan relevantes como el papel desempeñado por la Constitución y la doctrina constitucional en tanto que parámetros de constitucionalidad de las leyes —por jemplo, la condición de canon directo de constitucionalidad de la Constitución, el papel «mediador» de la doctrina constitucional, etc.— y, relacionado con ello, la necesidad o no de que el Tribunal Constitucional realice un nuevo enjuiciamiento de las leyes que se apartan de su doctrina.

Desde la perspectiva del legislador, la opción por una u otra respuesta puede tener también consecuencias prácticas como las de estimular o retraer el ejercicio de su actividad legislativa o a la hora de encontrar mayores o menores obstáculos en los trámites parlamentarios iniciales de los procesos legislativos (toma en consideración, etc.).

En otro orden de consideraciones, del relieve práctico y teórico de la cuestión aquí analizada puede dar cuenta el dato, al que luego me referiré extensamente, de que el Congreso anual de la Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos del pasado año se dedicó a analizar precisamente este tipo de cuestiones y entre las preguntas formuladas en el cuestionario vertebrador del encuentro figuraba la cuestión de si «le está permitido al legislador aprobar, a través de otra ley, una “solución legislativa” que haya sido declarada inconstitucional». Los Tribunales Constitucionales en este tipo de reuniones no suelen plantearse cuestiones banales, intrascendentes o de respuesta evidente.

Por fin, podría añadirse todavía otro dato, que fue precisamente el que desveló mi interés por este tema y que puede ayudar a centrar el problema de fondo que aquí se ventila. Me refiero al debate que se suscitó en España cuando se estaba elaborando el anteproyecto de ley de lo que luego fue el Estatuto de Cataluña de 2006 y que ha continuado entablado después de que la STC 31/2010 resolviese el recurso interpuesto por un grupo de diputados del Partido Popular contra esta disposición normativa. En el origen de este debate estaban los artículos, bastante numerosos, que se apartaban de forma clara, y creo que consciente, de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional y pretendían propiciar una nueva interpretación de la Constitución, sin excluir llegado el caso la revisión expresa de esa doctrina constitucional por parte del Tribunal. Frente a este planteamiento, un importante sector de la doctrina iuspublicista española proclamó enfáticamente que esta pretensión era en sí misma inconstitucional, no por apartarse de la Constitución, sino por contradecir lo establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional «que vincula a todos los poderes públicos».

Algunos profesores recordaron la frase centenaria e ingeniosa de Charles Evans Hughes —que llegó a ser presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América—, según la cual la Constitución dice lo que los jueces dicen que dice y, a partir de esta premisa, convirtieron la doctrina del Tribunal Constitucional en parámetro directo e inmediato de la constitucionalidad del proyecto de reforma del Estatuto catalán. Para ellos, la sola contradicción con la doctrina sentada por el Tribunal era causa suficiente de inconstitucionalidad en la medida en que vulneraba un presunto deber jurídico del legislador de no apartarse de la misma. La doctrina constitucional y no la Constitución se convertía en objeto directo de la controversia sobre la constitucionalidad del proyecto de Estatuto. Por ello, si el legislador quería promover una modificación de la doctrina constitucional no tenía más alternativa que la de intentar reformar la Constitución.

Ciertamente, este planteamiento, así como las premisas teóricas antes mencionadas en las que se basa y el veto radical a la reiteración de leyes que contravienen la doctrina constitucional, respondía y responde a la necesidad de dar contenido a los efectos vinculantes que proclama la LOTC, de un modo ciertamente excepcional en Derecho comparado (8), y a la configuración del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, que, al menos en relación con el legislador, tampoco es unánime en Derecho comparado y que, más allá de la LOTC, no tiene una base constitucional tan sólida como la supremacía que puede predicarse respecto del poder judicial. Es más, debe reconocerse que ese planteamiento coadyuva sin duda a hacer efectivos principios tan importantes e irrenunciables en un Estado constitucional de Derecho como el de la supremacía de la Constitución frente a las disposiciones emanadas de los parlamentos y, más en general, contribuye a garantizar la efectividad del principio de seguridad jurídica y el valor de mantener los precedentes jurisdiccionales, cuya relevancia práctica es difícil exagerar. Más todavía: debe admitirse que el veto radical a que el legislador se aparte de la doctrina constitucional puede contribuir a reforzar la posición del Tribunal Constitucional, objetivo especialmente relevante en el momento histórico en el que se restablece o se establece *ex novo* la justicia constitucional en un determinado ordenamiento. De hecho, este dato, que como veremos de inmediato viene significativamente corroborado por el Derecho comparado, quizá sea uno de los elementos que permita explicar la posición mantenida mayoritariamente por la doctrina española a lo largo de

(8) Sólo en Alemania, como he dicho, existe una regulación como la española y en dos casos —los de Rusia y Lituania— se va todavía más lejos, ya que la ley prohíbe expresamente la reiteración de preceptos previamente declarados inconstitucionales.

estas primeras décadas de andadura de la justicia constitucional restablecida por la Constitución de 1978.

Sin embargo, como iré exponiendo a lo largo de esta ponencia, al interpretar el alcance de los preceptos de la Constitución y de la LOTC aquí involucrados debe tenerse presente que ni los efectos vinculantes de las sentencias sobre el legislador ni la supremacía de la Constitución sobre las leyes exigen como condición *sine qua non* el veto radical a la reiteración legislativa de preceptos declarados inconstitucionales; es más, ese veto no es tampoco indispensable a la hora de garantizar la efectividad de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el legislador ni, por otra parte, esa supremacía constituye un valor absoluto e ilimitado que no deba coexistir con otros valores también relevantes como los que tienden a evitar los efectos jurídico-prácticos perniciosos que puede provocar una aplicación excesivamente rígida del veto a la reiteración legislativa de ese tipo de preceptos. De hecho, alguna lección debe extraerse del Derecho comparado que en esta materia ofrece numerosos ejemplos de ordenamientos en los que los principios antes mencionados, incluida la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional allí donde se proclama, se garantizan de forma matizada, sin vetos radicales y ello incluso en casos como el alemán en el que, como he reiterado, existe una cláusula de vinculación de los poderes públicos idéntica a la contenida en la LOTC.

Conviene, pues, analizar con un poco más de detalle las posibles insuficiencias que presenta el planteamiento mayoritario y hacer una breve referencia a las numerosas experiencias comparadas que contrastan con lo defendido por ese planteamiento. Esto es lo que pretendo hacer en los dos próximos epígrafes.

2. PETRIFICACIÓN, JURISDICCIÓN SIN CONTRAPESOS Y ABSTRACCIÓN DE LA REALIDAD

La prohibición, sin matices, de que el legislador se aparte de la doctrina constitucional me parece una opción excesivamente radical por varios motivos. Aquí quisiera centrar mi atención en tres de las consecuencias «jurídico-prácticas» que derivan de este planteamiento mayoritario y que, a mi entender, la dogmática jurídica no debería ignorar al elaborar sus propuestas. Me refiero concretamente, en primer lugar, a las dificultades que ese veto puede producir a la hora de asegurar una correcta adecuación de la doctrina constitucional, de la Constitución y del ordenamiento jurídico en general a los cambios de la «realidad social» a los que alude el artículo 3.1 del Código Civil, incluidos los

cambios de la «realidad jurídica» (cambios normativos en materias conexas a la que fue declarada inconstitucional, nuevos enfoques jurisprudenciales del propio Tribunal Constitucional o de otros tribunales, especialmente de los supraestatales, etc...); en segundo lugar, a los peligros derivados de la inexistencia de contrapesos jurídicos efectivos a la jurisdicción constitucional y, finalmente, me refiero a la claudicación que para el Derecho puede suponer la renuncia a encauzar jurídicamente lo que sucede en la realidad.

a) *Petrificación*

En efecto, desde la perspectiva de la doctrina constitucional, vetar *a radice* la posibilidad de que el legislador reintroduzca en el ordenamiento jurídico un precepto legal que contraviene la doctrina constitucional dificulta en gran medida la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda revisar su jurisprudencia para adaptarla a los cambios sociales y jurídicos.

Dado que el Tribunal no puede revisar «de oficio» su doctrina, que los jueces y tribunales no pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de una ley previamente expulsada del ordenamiento jurídico y que, como es obvio, el legislador es el único que puede reintroducir una ley en el ordenamiento, el Tribunal Constitucional sólo puede replantearse su doctrina de forma indirecta —por ejemplo, al hilo del control de constitucionalidad de cambios normativos en materias conexas o al hilo de impugnaciones de leyes que efectivamente se ajustan a la doctrina constitucional pero que son impugnadas por quienes están legitimados para ello con el objetivo precisamente de provocar un cambio en esa doctrina constitucional— (9). En cualquier caso debe advertirse que, paradójicamente, el Tribunal Constitucional podría revisar su doctrina, y así lo ha declarado expresamente (10), a instancia de un juez que decida reiterar una cuestión de inconstitucionalidad después de haber obtenido

(9) Como veremos, esto es cabalmente lo que, a mi juicio, sucedió respecto de algunos preceptos del Estatuto de Cataluña de 2006 que se limitaban a reproducir doctrina constitucional y, sin embargo, fueron impugnados y posteriormente declarados inconstitucionales. Tal sería el caso de la «definición» de las bases o de la configuración de los Estatutos de Autonomía como disposiciones que forman parte del bloque de la constitucionalidad.

(10) Así se reconoce explícitamente en la STC 55/1996 cuando en su fundamento jurídico 2 se admite la posibilidad de reiterar una cuestión de inconstitucionalidad sobre un determinado precepto legal y **por los mismos motivos** ya que, afirma, que afirma el Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad «no adolece, por reiterativa, de notoria falta de fundamento, ya que resulta relevante **el lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la STC 160/1987, a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social** (con posterioridad a la referida STC)...».

una sentencia desestimatoria, pero no podría hacerlo a instancia del legislador tras una sentencia de inconstitucionalidad o de una sentencia interpretativa de inconstitucionalidad. Ciertamente, como veremos, a nuestros efectos no son plenamente equiparables las consecuencias que derivan de la reiteración de una cuestión de inconstitucionalidad que las que produce la reiteración de un precepto legal ni son iguales los efectos de una sentencia desestimatoria y los de una sentencia estimatoria; sin embargo, la situación descrita no deja de ser algo sorprendente.

De hecho existen materias constitucionales, especialmente las más impermeables a la influencia de las jurisdicciones supraestatales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —como, por ejemplo, la relativa a la organización territorial interna del poder de los Estados—, en las que la evolución de la doctrina constitucional resulta muy compleja sin la intervención del legislador (11).

Vista la cuestión desde la perspectiva de la adaptación de la Constitución y del ordenamiento en general a los cambios sociales o jurídicos o, como dice el Tribunal, vista desde la exigencia de adecuación de su sentido «a las circunstancias del tiempo histórico» (STC 31/2010, FJ 57), negar que el legislador pueda reiterar enunciados legales que contravienen la doctrina constitucional supone desconocer que éste es el procedimiento que mejor garantiza esa adaptación, evitando la adecuación por medio de instrumentos jurídicos o de vías de hecho mucho menos seguras y razonables desde la perspectiva jurídica. Y supone también menospreciar el dato sin duda relevante de que el legislador está en mejor posición que el Tribunal para valorar de modo global los cambios sociales y su influencia en el significado de la Constitución y para ponderar los cambios que deben hacerse en el ordenamiento para concretar esta nueva significación constitucional. No debe olvidarse que es al legislador y no al Tribunal Constitucional a quien corresponde la «realización» de la Constitución (12). Todo ello no es incompatible con el hecho de que el Tribunal Constitucional puede reivindicar con éxito la supremacía derivada de su cualidad de órgano especializado en la

Un ejemplo claro y significativo de un cambio en la doctrina constitucional derivado de una cuestión de inconstitucionalidad «reiterativa» lo ofrecen las SSTC 179/1994 y 107/1996 en relación con la obligación del pago de la cuota cameral a las Cámaras de Comercio.

(11) En efecto, éste sería el caso, como iremos viendo, de las materias relativas a la organización territorial del poder del Estado, e incluso, aunque en menor medida, de la organización institucional del Estado, en contraste con lo que sucede en el ámbito de los derechos en los que la actuación de los Tribunales supraestatales antes citados e incluso, en mucha menor medida, de otras instancias internacionales contribuye a la evolución de la doctrina constitucional.

(12) BALAGUER, F., *ob. cit.*, pág. 134.

tarea de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes concretas que se sometan a su jurisdicción (13).

Frente a lo dicho, un sector doctrinal contra-argumenta afirmando que si el legislador pretende adecuar *contra sententiam* la legislación a lo que considera un cambio de significado de la Constitución, lo que debe hacer es impulsar una reforma constitucional. A mi juicio, esta alternativa resulta poco razonable y de hecho no evita el riesgo de petrificación.

Es poco razonable porque no todo cambio en el significado de la Constitución debe reflejarse en sus enunciados normativos ni con frecuencia es bueno que así sea, ya que si así se exigiese el texto constitucional debería descender a un nivel de detalle y a un casuismo impropio de una Constitución.

Y desde la perspectiva de los peligros de petrificación, la exigencia de impulsar la reforma constitucional resulta claramente desproporcionada si se tienen en cuenta las enormes dificultades que las reformas constitucionales han tenido secularmente en España, fruto al parecer de una cultura jurídica arraigada, que sólo parece admitir excepciones —como las de 1992 y 2011— cuando el impulso reformador se origina fuera de las fronteras estatales.

Aceptar que el legislador, cuando cumple determinados requisitos a los que luego me referiré, puede legítimamente adaptar el ordenamiento a las nuevas circunstancias sociales incluso *contra sententiam* supone, sin duda, introducir una importante modulación a la supremacía interpretativa del Tribunal y a los efectos vinculantes de sus sentencias, pero debe precisarse que estos principios no quedan vacíos de contenido. Sin perjuicio de las matizaciones que se harán, debe tenerse presente que cuando el legislador reintroduce un precepto contrario a una sentencia constitucional, la nueva ley queda, como es obvio, sometida al control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, ya que éste en modo alguno está vinculado por la interpretación y concreción constitucional realizada por el legislador aunque pretenda haberse limitado a constatar un cambio en la realidad social y jurídica que, a su entender, habría cambiado el significado de la Constitución.

Es cierto que la ley que reintroduce un precepto declarado inconstitucional se incorpora de manera inmediata al ordenamiento jurídico, es válida y produce efectos en tanto no sea de nuevo expulsada de ese ordenamiento por el Tribunal Constitucional. Y también es cierto que éste puede no tener oportunidad de pronunciarse sobre la misma si los sujetos legitimados para ello no cuestionan su

(13) Sobre el carácter de órgano especializado de los Tribunales Constitucionales puede verse FERRERES COMELLA, V., *Constitutional Courts and Democratic Values*, New Haven/London, Yale University Press, 2009, págs. 36 y sigs. Existe una versión castellana de esta obra, publicada por Marcial Pons bajo el título *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*.

constitucionalidad con lo que podría darse el caso de que estuviese vigente una ley contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional, que vería así debilitada la supremacía interpretativa que le otorga su ley orgánica.

Con todo debe advertirse que la posibilidad de que exista en el ordenamiento una ley o un precepto inconstitucionales es un dato conocido en todos los ordenamientos, que es fruto del hecho de que la jurisdicción constitucional es una jurisdicción rogada y esta característica, compartida por la práctica totalidad de las jurisdicciones constitucionales, constituye un límite a las mismas tan importante como, con toda seguridad, irrenunciable.

En cualquier caso, desde la perspectiva de la supremacía interpretativa del Tribunal, no debería plantear graves objeciones una interpretación flexible de la misma que aceptase que, con el cumplimiento de determinados requisitos, el legislador puede apartarse legítimamente de la doctrina constitucional para adaptar el ordenamiento jurídico a una evolución de la realidad social o jurídica que permite afirmar que la Constitución ya no dice lo que antes decía según lo declarado en su momento por el Tribunal Constitucional.

Naturalmente esta interpretación flexible de la supremacía interpretativa sólo es posible, desde la perspectiva dogmática, si se admite que la Constitución puede no decir siempre exactamente lo mismo que el Tribunal Constitucional dice que dice; si se acepta, como he apuntado con anterioridad, que esa supremacía no es totalmente indispensable para garantizar la supremacía de la Constitución y, por lo que aquí interesa, si se acepta que la supremacía interpretativa del Tribunal proclamada en la LOTC no es un valor absoluto e ilimitado que no pueda y deba coexistir con otros valores también relevantes, como el aquí analizado de coadyuvar a una adecuada adaptación de la Constitución, del ordenamiento e incluso de la doctrina constitucional a los cambios de la realidad social o jurídica.

b) *Una jurisdicción sin contrapesos jurídicos relevantes*

Un segundo problema del veto radical a que el legislador reitere preceptos que no se ajustan a la doctrina constitucional está relacionado con los conocidos debates en torno a los contrapesos del poder del Tribunal Constitucional, tanto los relacionados con el principio democrático encarnado por el legislador, como los derivados de la existencia de jurisdicciones supraestatales mutuamente influyentes (14). Se trata de debates suficientemente conocidos en los

(14) Como advierte CRUZ VILLALÓN, P., «El Tribunal Constitucional (está) apenas sometido a los contrapesos de otros poderes», en *La Constitución accidental*, en *La democracia constitucio-*

que no puedo a entrar aquí *in extenso*. Sólo quisiera apuntar que de todas las propuestas tendentes a garantizar un cierto equilibrio entre los organismos que están en la cúspide de los distintos poderes estatales y supraestatales, la más seria y eficaz es sin duda la que defiende la necesidad de propiciar el diálogo entre ellos y, en lo que aquí respecta, el diálogo entre el legislador y el Tribunal Constitucional. Y no hay duda que el modo más eficaz de propiciar ese diálogo consiste precisamente en permitir que el legislador que discrepe de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional pueda, dadas determinadas condiciones, instar la revisión de esa doctrina constitucional aunque sea de forma indirecta mediante la reiteración de una disposición previamente declarada inconstitucional. El *self restrain*, la deferencia, el respeto escrupuloso a las reglas procesales, la calidad de los jueces constitucionales (15), pueden coadyuvar a acotar el inmenso poder que puede llegar a acumular un Tribunal Constitucional, pero ninguno de ellos tiene el relieve práctico que puede alcanzar el diálogo a partir del reconocimiento de la posibilidad de que el legislador reitere un precepto que contravenga la doctrina e incluso el fallo contenidos en una sentencia constitucional.

En este caso, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto antes analizado de cambio de la realidad social y jurídica, el apartamiento de la doctrina constitucional podría no justificarse únicamente sobre la base de un elemento «externo» o «ajeno» a la doctrina constitucional como puede ser un cambio en el significado de la Constitución provocado por un cambio social, sino que también podría ser fruto de una simple discrepancia jurídica con la sentencia constitucional.

No cabe duda que en este segundo supuesto la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional podría verse más afectada que en el caso anteriormente analizado respecto del que podría afirmarse incluso que el legislador se limita a constatar un cambio de la realidad social que tácitamente ha mutado el significado de la Constitución modificando, también tácitamente, el contenido de la doctrina constitucional. En cambio, en el supuesto del diálogo abierto como consecuencia de una mera discrepancia jurídica la supremacía interpretativa del Tribunal resulta más directamente interpelada.

Sin embargo, como trataré de argumentar más adelante, de ello no se infiere la necesidad de un veto radical a la reiteración legislativa con los consiguientes problemas y rigideces a las que ya he aludido anteriormente, aunque sí exige

nal. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente, vol. II, AAVV, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 1177.

(15) Véase GARCÍA ROCA, *ob. cit.*

al legislador discrepante el cumplimiento de unos requisitos específicos que analizaré más adelante.

A la hora de precisar la legitimidad del diálogo entre el legislador y el Tribunal a partir de la reiteración de leyes *contra sententiam* y de recordar los beneficios que pueden derivarse del diálogo entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático, que como he reiterado tiene una visión global del ordenamiento jurídico de la que puede carecer el Tribunal, quizá convenga tener presente que este diálogo, y la consiguiente flexibilización de la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional, existe ya en la práctica en relación con el poder judicial, siendo así que en este caso esa supremacía tiene un anclaje constitucional y funcional mucho más claro y firme que en relación con el legislador. Son muchos los ejemplos que podrían aportarse en los que los tribunales de justicia y especialmente el Tribunal Supremo se apartan de la doctrina del Tribunal Constitucional (16), incluso de modo expreso y a veces solemnizando (17), y debe reconocerse que con frecuencia ese «diálogo» ha finalizado con una rectificación de la doctrina constitucional. No hay buenos argumentos para negar *a radice* al legislador democrático lo que en la práctica vienen haciendo los tribunales de justicia con menos fundamento jurídico o incluso sin él.

En cualquier caso debe reiterarse la obviedad de que admitir el diálogo entre el legislador y el Tribunal Constitucional no excluye en ningún caso el control de constitucionalidad de las nuevas leyes: el único efecto de propiciar el diálogo es el de evitar en determinadas circunstancias que el pronunciamiento del Tribunal pretenda constituirse en una última, definitiva y petrificadota palabra, sólo discutible mediante una improbable reforma constitucional.

Finalmente todavía una precisión: con toda seguridad la necesidad de propiciar el dialogo entre el Tribunal Constitucional y el legislador, así como los tér-

(16) En relación con esta cuestión resulta muy interesante la tesis que está ya en proceso de publicación de GONZÁLEZ ALONSO, A., *La tutela jurisdiccional de los derechos del artículo 24.1 de la Constitución Española*.

(17) Recuérdese, por ejemplo, en relación con la polémica entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre el cómputo de la interrupción de la prescripción, que el Pleno de la Sala Penal de este último Tribunal el 25 de abril de 2006 adoptó solemnemente dos acuerdos en los que se manifestaba: «1.º Que «El artículo 5.1 de la LOPJ, interpretado conforme a los artículos 117.1, 161.1.b) y 164.1 CE, no pueden impedir que el Tribuna Supremo ejerza, con plena jurisdicción, las facultades que directamente le confiere el artículo 123.1 CE». 2.º «**Mantener la actual jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción pese a la sentencia del Tribunal Constitucional 63/2005**». Este tipo de acuerdos fueron adoptados por el Tribunal Supremo en otras ocasiones. Las últimas reformas de la LOTC han intentado reforzar la supremacía del Tribunal Constitucional sobre todos los órganos del poder judicial, pero el acuerdo transcrito no deja de ser altamente significativo.

minos en los que éste debería producirse, depende de diversas variables que iré analizando entre las relativas al tipo de materia constitucional afectada, como ya he avanzado al referirme a los peligros de la petrificación.

c) *Abstracción de la realidad*

Finalmente, como he avanzado, la doctrina del veto también resulta insatisfactoria en la medida en que ignora lo que sucede en la realidad en lugar intentar encauzarla mediante pautas que, por cierto, no tienen por qué plasmarse normativamente. En efecto, es un hecho incontrovertible que en España con cierta frecuencia los poderes públicos se apartan de lo establecido por el Tribunal Constitucional. Antes he hecho referencia al poder judicial, también encontramos ejemplos muy significativos de este hecho en relación con el poder ejecutivo (18) y, por supuesto, el legislador, especialmente el legislador estatal, no constituye una excepción. En efecto, con cierta frecuencia este legislador se aparta abiertamente de la doctrina constitucional por acción o por omisión: dicta leyes que contradicen claramente doctrina constitucional o hacen caso omiso de mandatos de modificación contenidos en esa doctrina. Estas inaplicaciones de los mandatos en el fondo responden a una discrepancia del legislador con la doctrina del Tribunal Constitucional (19); sin embargo, como ya he avanzado,

(18) La regulación de la formación profesional ocupacional podría ser un ejemplo de reiterado apartamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional. Con todo, la actividad subvencional o de fomento del Estado constituye sin duda un ámbito en el que ese apartamiento es frecuente y notorio. Podría afirmarse que en este ámbito el Gobierno mantiene una actitud de contumacia frente a la doctrina constitucional y el Tribunal se ha visto forzado a declarar la obligación «de dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva... (dado que la eficacia de sus Sentencias) no se proyecta únicamente respecto de hechos pretéritos... sino que se extienden *de algún modo* hacia el futuro» (STC 230/2003). El Tribunal ha mostrado frecuentemente su malestar ante la reiteración del desacato a su doctrina (STC 158/2004) y ha llegado a apelar a la lealtad constitucional (STC 38/2012).

Con todo, lo cierto es que también en este caso, fruto de ese diálogo, debe reconocerse que el Tribunal ha ido ampliando el alcance de las excepciones que acompañaban a su doctrina delimitadora del *spending power* estatal de modo que hoy sin poder hablarse de una rectificación de esa doctrina constitucional, sí se percibe una cierta modulación de la misma tendente a aceptar con mucha mayor frecuencia la posibilidad de que el Estado regule la normación relativa a todo tipo de subvenciones, preservando tan sólo las competencias de gestión a favor de las Comunidades Autónomas. Puede verse al respecto VIVER, C., «La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿La reafirmación del Estado unitario?», en *Los caminos del federalismo*, Instituto Vasco de Administración Pública (en prensa).

(19) Como ejemplos podría citarse, entre otros muchos, la STC 196/1996 sobre la Ley estatal de 1988 sobre disciplina e intervención de entidades de crédito en la que, en el ámbito sancio-

no son estos incumplimientos —que afectan sobre todo a «los plenos efectos de las sentencias»— los que aquí nos interesan, ya que nuestro objeto de análisis es únicamente el de los supuestos de reiteración en una ley de un enunciado normativo que contradice la doctrina constitucional.

Algunos ejemplos bastarán para ilustrar este fenómeno. Uno de los más emblemáticos es sin duda el de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que reforma el Código Penal que en dos de sus preceptos se aparta de forma, a mi juicio, incontrovertible de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en las SSTC 63/2005 y 57/2008, sobre el momento en el que se inicia la interrupción del cómputo de la prescripción de los delitos y sobre el cómputo del abono de la prisión provisional en más de una causa. De hecho, la Ley Orgánica 5/2010 se limita a acoger las tesis del Tribunal Supremo que, como hemos visto, se habían apartado expresamente de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (20). Otro caso relevante, aunque la contradicción quizá no es tan flagrante, lo constituye la Ley Orgánica 2/2010 de interrupción voluntaria del embarazo que introduce el supuesto del plazo apartándose al menos a primera vista de lo establecido en la STC 53/1985 que rechazaba, como mínimo de manera implícita, este supuesto.

Ante los datos que ofrece la realidad caben dos opciones: primera, negar la necesidad de regular cualquier posibilidad de reiteración legislativa recurriendo para ello a la idea de que el ámbito propio del Derecho es el del deber ser y no el del ser y sosteniendo incluso que las leyes que se apartan de la doctrina constitucional son pocas, de modo que, admitir excepciones al principio de no reiteración de preceptos «inconstitucionales» puede debilitar inútilmente la efectividad del principio de supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional. O bien, segunda opción, no negar la existencia del problema sino intentar encauzarlo jurídicamente aunque sólo sea ofreciendo desde la dogmática jurí-

nador de las Cajas de Ahorro, declaraba inconstitucional un precepto de la ley dado que no dejaba ningún espacio de actuación a las Comunidades Autónomas. El legislador estatal nunca reparó esta inconstitucionalidad. Del mismo modo, por poner otro ejemplo, en una sentencia reciente —la STC 62/2011— el Tribunal declara que se ve obligado a reiterar la doctrina contenida en una serie de sentencias que cita en las que se pide un esfuerzo al legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal del artículo 44.4 LOREG con las garantías del artículo 24 CE.

(20) Con todo debe advertirse que en una STC muy reciente (de 19 de marzo de 2012) el Tribunal Constitucional en relación a un supuesto parecido al de la Ley Orgánica 5/2010, niega, creo que sin demasiado éxito, la contradicción entre las doctrinas de los dos máximos Tribunales. De hecho, los cuatro votos particulares que se formulan a la sentencia no comparten la conclusión a la que llega la mayoría del Tribunal Constitucional y mantienen la doctrina constitucional precedente.

dica criterios con los que dar la máxima seguridad posible a la solución de este complejo problema.

Esta segunda opción me parece la más atendible, aunque debe reconocerse que la claudicación del Derecho a la hora de regular algunas de las cuestiones social y jurídicamente más relevantes es un fenómeno relativamente habitual en nuestros ordenamientos jurídicos que merecería un estudio en profundidad.

3. UN CONTRAPUNTO A LA DOCTRINA MAYORITARIA BASADO EN EL DERECHO COMPARADO

Por supuesto el problema que estamos analizando no es privativo del caso español. En la práctica totalidad de los países en los que existe control de constitucionalidad de las leyes se suscita esta cuestión. Sin embargo, la solución dada a este problema por la doctrina científica, la práctica y la normación varían notablemente de un país a otro. En esta ponencia no pretendo hacer un análisis comparado de estas diversas soluciones; mi propósito se limita a poner de manifiesto, como contrapunto a la posición mayoritaria en nuestra doctrina, que el panorama comparado es mucho más rico y matizado.

Para satisfacer este limitado propósito y en relación con el ámbito europeo bastará una somera aproximación a las respuestas dadas por los Tribunales Constitucionales en los informes presentados al XV Congreso de la Conferencia de Tribunales Constitucionales celebrada en Bucarest en mayo de 2011, al que ya he hecho referencia (21).

Este panorama podría sintetizarse así: en dos países el legislador tiene legalmente vetada la posibilidad de reiterar preceptos previamente declarados inconstitucionales, son los casos de Rusia y Lituania antes mencionados. Otros informes, entre los que significativamente continúan predominando los de Tribunales de reciente creación o restauración, deducen esta prohibición de principios como la supremacía de la Constitución (Estonia) o de este principio y el que declara que la sentencias constitucionales son irrecurribles y sus efectos son universalmente vinculantes (Polonia). Otros se limitan a responder de modo muy sintético que en sus respectivos ordenamientos el legislador no puede reiterar un precepto inconstitucional aunque este veto no se funda en ningún precepto constitucional o legal y los informes no explicitan los principios jurídicos

(21) Véase *La Justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques*, XV^e Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes, Bucarest/Rumanía. Ed. R. A. MONITORUL OFICIAL, 2011.

o las premisas teóricas en las que basan esta prohibición (Francia, Georgia, Hungría, Irlanda o Rumanía). Sin embargo, muchos de los informes que sostienen que el legislador no puede reiterar preceptos inconstitucionales, reconocen que en la práctica sí lo hacen y que, salvo supuestos como el de Bélgica, en el que el Tribunal Constitucional puede suspender de entrada la aplicación de una ley que reproduce preceptos declarados inconstitucionales, la única consecuencia de esta reiteración es «la alta probabilidad» de que sea de nuevo declarada inconstitucional (22).

En algún informe, como el portugués, se reconoce que la cuestión de la reiteración legislativa de preceptos inconstitucionales no es pacífica en la doctrina, ya que, por ejemplo, existe un sector doctrinal relevante que sostiene que las declaraciones de inconstitucionalidad vinculan al poder ejecutivo y a los jueces pero no al legislador. El Tribunal Constitucional portugués en su informe advierte, significativamente, que todavía no ha manifestado su posición al respecto y que en consecuencia la cuestión permanece todavía abierta.

En el caso italiano se afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una ley no impide que el legislador pueda dictar una ley posterior con el mismo contenido, ya que las sentencias de inconstitucionalidad no afectan a situaciones futuras sino sólo a situaciones pasadas, de modo que lo que se veta es que el legislador dicte leyes con efectos retroactivos sobre las situaciones enjuiciadas. Con respecto situaciones futuras la prohibición de reiteración no existe, aunque sí el «alto riesgo» de que la ley sea declarada inconstitucional en un nuevo juicio; sin embargo, ese riesgo no es total ya que se aportan ejemplos en los que cambios relativos a otras leyes o cambios en las circunstancias fácticas han llevado a admitir la constitucionalidad de la ley reiterativa.

Un paso más lo dan los informes en los que se reconoce que el legislador puede libremente reiterar una ley declarada inconstitucional (por ejemplo, Austria, Suiza y Luxemburgo). En el caso de Austria el informe de su Tribunal Constitucional afirma que este reconocimiento «es un elemento esencial de la separación de poderes». De forma menos contundente otros informes afirman que, ante la falta de regulación jurídica, en sus países no se niega la posibilidad de que el legislador reitere preceptos declarados inconstitucionales, aunque esta práctica sea poco habitual (Eslovaquia, Macedonia, Malta y Noruega).

(22) Como es conocido, en España algunos miembros del Tribunal Constitucional abogaron, en varios votos particulares, por suspender la aplicación de la ley de interrupción del embarazo de 2010 alegando precisamente la contravención de doctrina constitucional previa. Sin embargo, la mayoría del Pleno del Tribunal rechazó esta tesis que, ciertamente, no parece tener cabida en nuestro ordenamiento.

Atención particular merece en nuestro caso el informe del Tribunal Constitucional Federal Alemán, por las similitudes de la regulación que debe aplicarse a los Tribunales Constitucionales alemán y español. Pues bien en ese informe, después de recordar la contundencia del artículo 31 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán a la hora de proclamar de los efectos vinculantes de sus sentencias respecto de todos los poderes públicos, se reconoce que desde hace más de veinte años existe un desacuerdo entre las dos Salas del Tribunal en lo tocante a la interpretación del alcance de este precepto. La Sala segunda mantiene una posición mucho más estricta que la primera y en principio no admite la posibilidad de que el legislador reitere el contenido de una ley declarada inconstitucional; en cambio la Sala primera es mucho más flexible: basa su doctrina en los principios de libertad y creatividad responsable de la legitimidad democrática del legislador y en su capacidad para adaptar el ordenamiento a las circunstancias sociales cambiantes. En una sociedad moderna, libre y dinámica esta tarea no puede hacerla en exclusiva el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la Sala impone ciertos límites al legislador, así la nueva ley no puede «disregard the grounds found» por el Tribunal Constitucional y exige razones espaciales para la reiteración basados sobre todo en cambios fácticos o legales. Si no existen estos cambios el Tribunal no se siente obligado a reconsiderar su posición. Con todo, el informe concluye que no deben magnificarse las diferencias entre las dos Salas, ya que la segunda no niega la posibilidad de reiteración por parte del legislador, aunque la condiciona más estrictamente a la cláusula «rebus sic stantibus» (cambios fácticos, nuevos argumentos legales, etc...).

Fuera del ámbito europeo esta cuestión se ha planteado desde hace muchas décadas en países como Estados Unidos de América o Canadá. Su larga experiencia puede resultar interesante a nuestros efectos a pesar de las características diferenciales que derivan del sistema de *common law* que en ellos se aplica.

En los Estados Unidos es relativamente frecuente la no adecuación de los legisladores de la doctrina del Tribunal Supremo, aunque la intensidad de esta práctica fluctúa a lo largo del tiempo: ha habido épocas en las que el legislador ha seguido con mayor respeto esa doctrina y otras en las que no ha sido así. También la doctrina mayoritaria ha ido cambiando según las circunstancias históricas. De hecho desde el origen del control de constitucionalidad hasta hoy ha existido un vivo debate sobre el diálogo entre el Tribunal Supremo y los legisladores e incluso sobre la supremacía del Tribunal Supremo como intérprete de la Constitución. Amplios sectores doctrinales defienden la necesidad de ese diálogo y la posibilidad de que los legisladores se aparten de la doctrina constitucional a pesar de reconocer la supremacía de la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo. Otros sectores defienden la tesis de que no puede atribuirse al Tri-

bunal Supremo el carácter de supremo intérprete de la Constitución ya que los legisladores realizan esta función en pie de igualdad con el Tribunal. De hecho, llegan a sostener que los legisladores están legalmente obligados a interpretar libremente la Constitución sin sujeción a la doctrina constitucional, aunque evidentemente esa interpretación, llegado el caso, puede ser sometida al control del Tribunal Supremo y eventualmente puede ser anulada por éste.

Resulta interesante destacar, como ya he apuntado antes, que con frecuencia la respuesta dada a la cuestión de la legitimidad del apartamiento del legislador respecto de la doctrina del Tribunal Supremo y la consiguiente posibilidad de reiterar leyes que se aparten de esa doctrina se modula en función de la materia afectada. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo preserva con especial énfasis la supremacía a su doctrina sobre derechos fundamentales y, en cambio, en relación con otras materias, como la distribución de competencias entre la Federación y los Estados, es mucho más deferente con los legisladores, con quienes debate de forma más abierta (23).

En Canadá la polémica sigue también abierta y no faltan autores que van más allá del diálogo entre los intérpretes de la Constitución y propugnan la libertad de interpretación y la «mutual accommodation» de las interpretaciones. El Tribunal Supremo tendría un «leading role», pero no sería ni exclusivo ni determinante. De hecho defienden la conveniencia de propiciar el «inter-institutional disagreement» (24).

4. ¿CUÁNDO Y CÓMO DEBERÍA PODER EL LEGISLADOR APARTARSE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL?

Lo dicho hasta aquí permite afirmar, creo, que existen buenos argumentos para defender la tesis de que el legislador puede reiterar legítimamente un enunciado normativo que se aparta de la doctrina constitucional o que reitera un precepto previamente declarado inconstitucional y esto tanto si con ello se pretende

(23) Entre otros muchos puede verse AHUMADA RUIZ, «City of Borne v. Flores: la importancia del “candor judicial”», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, septiembre-diciembre de 1998, pág. 343. POST, R., y SIEGEL, R., «Rosega Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash», en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 42 (2007), págs. 373-433. Un intento de acotar materialmente el ámbito de aplicación de los efectos del *stare decisis* puede hallarse en MITCHELL, J. F., «Stare Decisis and Constitutional Text», en *Michigan Law Review*, vol. 110.1 (2011), págs. 1-68.

(24) Sobre este debate puede verse, entre muchos otros, BAKER, D., *Not Quite Suprem. The Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal & Kingston/Londres/Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2010.

adecuar el ordenamiento a los cambios de la realidad social y jurídica (25), como si la reiteración responde a una discrepancia jurídica del legislador con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

En ambos supuestos el apartamiento del legislador respecto de la doctrina constitucional se basa en una discrepancia acerca de lo que establece la Constitución y la legitimidad de ese apartamiento depende de la existencia de argumentos relevantes que avalan la constitucionalidad del precepto previamente declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

La primera consecuencia de esta premisa radica en el hecho de que el Tribunal Constitucional al enjuiciar la constitucionalidad de la ley que reitera el precepto contrario a la doctrina constitucional debe utilizar la Constitución como canon prioritario de control, no su jurisprudencia previa o no sólo su jurisprudencia previa, y debe realizar un nuevo enjuiciamiento congruente con las nuevas circunstancias y los nuevos argumentos «aportados» por los legisladores, aunque por supuesto en ese nuevo juicio el Tribunal puede llegar a la misma conclusión de inconstitucionalidad, por los mismos motivos y, explicitados esos motivos, formalmente puede hacerlo utilizando fórmulas de remisión a las sentencias precedentes.

Con todo, como también he ido exponiendo, en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de dar eficacia práctica al principio de supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el legislador, previsto en la LOTC y a la proclamación de los efectos vinculantes de sus sentencias, que es su máxima plasmación, lleva a que la posibilidad de que el legislador se aparte de la doctrina constitucional y reitere preceptos declarados inconstitucionales, no sólo tengan el límite obvio de la constitucionalidad del precepto que se quiere reintroducir en el ordenamiento jurídico (su contenido debe ser compatible con los enunciados normativos de la Constitución según los criterios hermenéuticos comúnmente aceptados por la comunidad de los juristas), sino que, para que este apartamiento sea legítimo y obligue al Tribunal Constitucional a enjuiciar de nuevo la nueva ley, deben darse una serie de circunstancias y el legislador debe cumplir una serie de requisitos.

Más concretamente, esas circunstancias, a mi juicio, son las dos que ya he avanzado antes: la necesidad de adaptar del ordenamiento a los cambios sociales o jurídicos o la existencia de una discrepancia jurídica entre el legislador y

(25) La citada STC 55/1996 parece referirse a esta doble situación cuando admite la reiteración de una cuestión de inconstitucionalidad por los mismos motivos que otra previamente rechazada en atención «al debate político y social» y a «la actividad normativa» producidos tras la primera sentencia.

la doctrina constitucional. Y en lo tocante a los requisitos, creo que el legislador debe identificar los datos que muestran y concretan la concurrencia de alguna de las referidas circunstancias y debe aportar los argumentos que avalen jurídicamente no sólo la constitucionalidad del precepto que se pretende reiterar sino también la legitimidad jurídica del apartamiento respecto de la doctrina constitucional vigente.

Dicho con otras palabras, en nuestro ordenamiento el principio que debe guiar solución del problema que tenemos planteado podría resumirse diciendo que el legislador puede apartarse de la doctrina del Tribunal Constitucional aunque debe hacerlo dentro de la Constitución y nunca al margen de esa doctrina. La idea de que el legislador, en virtud del efecto vinculante de las sentencias constitucionales, está «compelido» —aunque «de modo más complicado» que la Administración y los jueces— «a no legislar al margen de los criterios de constitucionalidad establecidos por el Tribunal (Constitucional) en sus resoluciones», la defiende entre nosotros el profesor Ángel Garrorena aunque para negar la legitimidad de la reiteración legislativa *contra sententiam* (26). En cambio, literalmente Gavara de Cara reitera este planteamiento aunque en este caso para admitir la legitimidad de esa reiteración, basada incluso, según parece, incluso, en una simple discrepancia del legislador con la doctrina constitucional.

Si se acepta, como aquí propugno, una interpretación flexible de la supremacía de la interpretación constitucional al objeto de evitar los problemas, dogmáticos y prácticos que derivan de la interpretación rígida, deberá concluirse que la afirmación que comparto de que el legislador al reiterar una ley inconstitucional no puede situarse «al margen de la doctrina constitucional» no puede ser sinónimo de que el legislador en ningún caso puede contradecir esa doctrina; lo que sí debe significar en cambio esta expresión es que, a pesar de que el legislador puede separarse de la doctrina constitucional, debe partir de ella, debe dialogar con ella, aportando, más allá de la justificación de la constitucionalidad del precepto que pretende reiterar, los datos que muestran que se dan en el caso las circunstancias que permiten esa reiteración y los argumentos que legitiman el apartamiento de la doctrina constitucional existente.

Lo que resta de este epígrafe quisiera dedicarlo a precisar, hasta donde sea posible, el tipo de datos que debería aportar el legislador para justificar la concurrencia de las referidas circunstancias y los argumentos que puede aducir para avalar la legitimidad constitucional de ese apartamiento respecto de la doctrina constitucional.

(26) *Ob. cit.*, pág. 378. Con todo, como he dicho ya Garrorena admite que la vinculación del legislador no sólo es más complicada sino que «abre un terreno lleno de cuestiones interesantes».

Con todo, antes de entrar a analizar estas dos cuestiones debe advertirse que los argumentos que pueden avalar el apartamiento de la doctrina constitucional y obligar al Tribunal a realizar un enjuiciamiento *ex novo*, pueden coincidir en parte con los argumentos para defender la constitucionalidad del precepto que se pretende reincorporar al ordenamiento, aunque en ocasiones puede no ser así, ya que puede tratarse de argumentos que no tengan ninguna virtualidad para justificar esa constitucionalidad o que sólo sirvan, aunque ello pueda ser en la práctica muy revelante, como pauta para determinar el grado de incisividad, el tipo de escrutinio, con el que debe enjuiciarse la constitucionalidad del precepto que pretende reintroducirse en el ordenamiento jurídico (27). Volveré de inmediato sobre esta cuestión.

De momento, a la hora de dar respuesta al interrogante sobre los datos y los argumentos que deberían aportarse para justificar el apartamiento y la reiteración parece que debería hacerse una distinción entre los supuestos en los que la reiteración responde a la voluntad de adaptar el ordenamiento a los cambios de la realidad y los que responden simplemente a una discrepancia con la doctrina constitucional. En mi opinión, esta distinción es relevante, pero debe reconocerse que en la práctica con frecuencia las cosas no son tan simples: la voluntad de adaptar el ordenamiento a los cambios de la realidad social surge a menudo de una discrepancia original o sobrevenida con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional y, en los supuestos de discrepancia, ésta con frecuencia es producto de la evolución de la realidad y en todo caso el legislador aduce el cambio como justificación de la reiteración *contra sententiam*.

La realidad ofrece ejemplos elocuentes de esa dificultad de distinguir entre los dos supuestos mencionados: la modificación de la ley de interrupción del embarazo ¿responde a una discrepancia doctrinal o a un cambio en la realidad social y política?; la modificación del Código Penal en lo tocante a los plazos de la prescripción o al cómputo del abono de la prisión provisional puede admitirse que responde a la necesidad de adaptar el ordenamiento a un cambio en la realidad jurídica introducido por la sentencia discrepante del Tribunal Supremo, sin embargo, el hecho de que el legislador acoja la tesis de este último frente a la del Tribunal Constitucional revela que el legislador discrepa de la doctrina de este último y en consecuencia no se siente vinculado a ella. Cuando en los

(27) La trascendencia práctica del tipo de escrutinio aplicado es destacada y estudiada sobre todo por la doctrina estadounidense. Se esa importante trascendencia da cuenta el hecho de que con mucha frecuencia la orientación final de las conclusiones doctrinales o de los fallos jurisdiccionales no depende tanto de la «razón de decidir» utilizada cuanto de la incisividad con la que esta razón de decidir es aplicada a los casos concretos como consecuencia del tipo de escrutinio utilizado.

casos concretos coincidan ambas circunstancias —aunque sea con distinta intensidad—, el legislador deberá aportar argumentos en relación con ambas y en proporción a su intensidad.

Hecha esta precisión, subsiste, sin embargo, la cuestión de cuáles son los requisitos exigibles al apartamiento del legislador. Debe reconocerse que ni la doctrina ni la práctica del legislador y del Tribunal Constitucional ofrecen pautas mínimamente claras al respecto. Por ello, lo único a lo que puedo aspirar aquí es a esbozar alguna propuesta aunque sea de modo tentativo y provisional.

Entrando ya en materia, existe un primer requisito «formal», aunque, a mi juicio, es de capital importancia y común a los dos supuestos que pueden justificar la reiteración legislativa —la adaptación a los cambios sociales y la discrepancia jurídica—: la exigencia de que el legislador que decide apartarse de una doctrina constitucional, reconozca expresamente ese apartamiento y exponga las razones del mismo. Ésta es en puridad una condición previa para poder dialogar de forma explícita y sobre todo leal.

Ciertamente puede no ser tarea fácil «motivar» una ley, y en el pasado alguna tensión institucional se produjo cuando el Tribunal Constitucional exigió al legislador algún tipo de motivación; sin embargo, admitido esto, no parece excesivo en supuestos tan relevantes como los de un apartamiento de la doctrina constitucional y especialmente los de reiteración de un precepto declarado inconstitucional, exigir al «legislador» en nombre del principio de «faithful cooperation between organs (organtreue)» y del «mutual regard» del que habla el informe del Tribunal Constitucional Federal Alemán antes citado, que en el preámbulo de la ley o como mínimo a lo largo del debate parlamentario o en la exposición de motivos del proyecto de ley del Gobierno, se expliciten las razones en las que pretende justificar su apartamiento de la doctrina constitucional precedente. Ésta no es una práctica habitual en España y los pocos supuestos en los que el legislador ha hecho referencia a esas razones, esa referencia ha sido muy parcial, a menudo críptica y en algún caso desorientadora o no sincera (28).

(28) Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley sobre la interrupción del embarazo de 2010, el legislador se limita a decir respecto de la STC 53/1985, de la que en el fondo se aparta, que esta resolución «se ha considerado de manera atenta» y que se siguen «algunos principios» establecidos en ella, sin embargo, no concreta esos principios ni los que no se siguen. De hecho, como veremos más adelante, se añade que el Tribunal que la dictó era un tribunal «perfectamente dividido» (en referencia a que la mitad de sus miembros votaron en contra de la Sentencia). De modo parecido, en el preámbulo de la reforma del Código Penal, a la que antes he hecho mención, el legislador justifica la reforma, entre otros motivos, en la existencia de una discrepancia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero no justifica la razón por la que no se siente vinculado por la sentencia del Tribunal Constitucional y tercia en favor del Tribunal Supremo. Como síntoma

En cuanto a los requisitos no estrictamente formales, cuando la reiteración legislativa pretenda basarse en la existencia de un cambio de la realidad social o jurídica capaz de cambiar el significado del enunciado de la Constitución afectado —o capaz de modificar la interpretación constitucional del precepto legal previamente declarado inconstitucional— un primer dato justificativo importante es sin duda el «lapso de tiempo transcurrido» entre el momento en el que se dictó la sentencia declarando la inconstitucionalidad y el momento en el que se reitera el precepto, como afirma el Tribunal en la STC 55/1996 antes citada (en esa ocasión este lapso era de 10 años). En efecto, parece claro que no es lo mismo la reiteración de una ley declarada inconstitucional justo después de esa declaración que al cabo de unas décadas. Con todo, debe reconocerse que, por sí solo, el lapso de tiempo transcurrido no resulta un dato decisivo a nuestros efectos; es únicamente un síntoma de que pueden haberse producido cambios en realidad social o jurídica que legitimen esa reiteración, quizá por ello la Sentencia citada añade inmediatamente al lapso de tiempo la frase «a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social» provocada por la decisión de la que el legislador pretende apartarse. En suma, cuanto más corto sea el lapso de tiempo transcurrido mayor debe ser el esfuerzo argumental relativo a los demás factores que muestran el cambio en la realidad social o jurídica.

Desde esta perspectiva, debe reconocerse que, en principio, cualquier elemento que ponga claramente de relieve que se ha producido un cambio social o jurídico puede poner de manifiesto que, efectivamente, se da un supuesto que puede justificar el apartamiento del legislador de la doctrina constitucional, la reiteración legislativa y, como consecuencia, la obligación de que el Tribunal Constitucional realice un nuevo enjuiciamiento si es requerido para enjuiciar el contenido de la ley. Con todo, deberá estarse a cada caso concreto a la hora de ponderar la suficiencia y la fuerza de convicción de la justificación aportada, que, a su vez, puede influir en el correlativo grado de exigencia del nuevo

de las dificultades todavía existentes para propiciar el diálogo puede mencionarse el dato de que el legislador no hace referencia explícita a la discrepancia entre los dos Tribunales sino que se limita a decir que entre sus objetivos está el de poner «fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos».

Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional existen algunos ejemplos en los que se acude a los preámbulos de las leyes para pretender justificar un cambio jurisprudencial. Así sucede, por ejemplo, en un supuesto ciertamente particular ya que la reiteración legislativa era anterior a la sentencia constitucional, en el que Tribunal hace reiteradas alusiones al preámbulo de la nueva ley para justificar su cambio doctrinal. Se trata del FJ 10 de la STC 107/1996 sobre el pago obligatorio de las cuotas a la Cámaras de Comercio, en la que el Tribunal cambia radicalmente su jurisprudencia con el argumento, a mi juicio, más retórico que real, de que se ha producido una modificación legislativa relevante.

enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional en el supuesto de que sea llamado a controlar la constitucionalidad de la nueva ley reiterativa.

Por ejemplo, como novedades producidas en el ámbito jurídico que pueden legitimar el apartamiento de la doctrina constitucional y la reiteración legislativa con la consiguiente obligación de realizar un nuevo juicio de constitucionalidad, podría mencionarse, aparte de las novedades ya citadas relativas a cambios jurisprudenciales —internos o «supranacionales»— o legislativos en materias conexas o a cambios en la interpretación de tratados y acuerdos internacionales por parte de los legitimados para ello, el hecho de que el precepto anteriormente declarado inconstitucional pretenda reintroducirse en el ordenamiento jurídico a través de un tipo de ley diferente, especialmente si esta segunda ley forma parte del bloque de constitucionalidad o que la nueva ley sea fruto de un pacto entre los «legisladores» a quienes afecte de modo exclusivo la materia sin repercusiones relevantes sobre terceros. Volveré sobre estas cuestiones.

La suficiencia de estas justificaciones se incrementará, por ejemplo, si la Constitución deja un amplio margen a la libre configuración legal en virtud de la apertura o ambigüedad de sus enunciados o si el Tribunal Constitucional en la Sentencia a la que el legislador no se ajusta admitió de entrada la posibilidad de que existiesen varias interpretaciones constitucionalmente legítimas, aunque finalmente se decantase por la declaración de inconstitucionalidad.

En relación con esto último conviene recordar que al principio de su andadura el Tribunal Constitucional declaró que el marco constitucional de las interpretaciones legislativas posibles está acotado por las que fija el Tribunal únicamente «cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos» (STC 11/1981, FJ 7). Como quizá no podía ser de otro modo, con el transcurso del tiempo el Tribunal interpretó esta premisa de modo muy flexible; sin embargo, el principio continúa estando ahí como premisa que, creo, debe guiar el ejercicio de una justicia constitucional bien fundada y orientada.

La existencia de votos particulares en la sentencia de la que el legislador pretende apartarse tiene menos fuerza persuasiva, pero no puede negarse que en algunos casos, atendiendo al relieve del contenido de los votos y a la evolución de la realidad jurídica y social, puedan utilizarse como argumento para justificar la reintroducción de un precepto contrario a la sentencia de la que discrepa el legislador y discreparon antes los votos particulares. Por supuesto la existencia de esos votos no es por sí sola un argumento relevante en el hipotético juicio de constitucionalidad (salvo quizá casos excepcionales en los que demuestren que no hay mayoría de votos sobre el conjunto de la sentencia), sin embargo, creo sí puede contribuir a justificar el apartamiento del legislador. Como es sabido,

no son pocos los casos en los que el propio Tribunal ha convertido en sentencia determinados votos particulares y no cabe negar la posibilidad de que sea el legislador el que impulse un cambio jurisprudencial utilizando este mismo argumento.

A estos efectos, quizá podría ser también un elemento a tener en cuenta el hecho de que la doctrina de la que discrepa el legislador haya sido establecido por una Sala o por el Pleno.

Más problemas presenta, a mi juicio, la utilización como criterio de justificación del apartamiento, de la reiteración legislativa y de la obligación de un nuevo enjuiciamiento constitucional, el argumento de la aprobación por referéndum de la ley que reitera el precepto previamente declarado inconstitucional. Desde la perspectiva jurídica no creo que este dato aporte un plus de presunción de constitucionalidad (29). Tampoco me parece un criterio suficiente el cambio en la composición del Tribunal Constitucional: ese cambio podrá quizá facilitar la declaración de constitucionalidad del precepto controvertido, pero ésta es una cuestión fáctica que desde la perspectiva jurídica aquí analizada no añade ningún elemento de justificación o legitimación del apartamiento y de la reiteración legislativa y en cambio contrasta con el principio de continuidad institucional y con el valor de los precedentes aunque no sean vinculantes para el propio Tribunal. A nuestros efectos tampoco me parece relevante el cambio en la composición del legislador como consecuencia de la celebración de elecciones.

Más compleja puede resultar, en principio, la cuestión relativa a las condiciones que deben cumplirse en los supuestos, en la práctica posiblemente excepcionales, en los que el legislador se aparta de la doctrina constitucional únicamente porque discrepa jurídicamente del contenido de la misma, es decir, sin aducir o sin poder aducir la concurrencia de cambios jurídicos o sociales: simplemente porque considera que la interpretación dada por el Tribunal Constitucional a la Constitución o a la ley enjuiciada es jurídicamente errónea. ¿Cuáles son esas condiciones que permiten la discrepancia sin que ello suponga «dejar al margen la jurisprudencia constitucional», según la premisa de la que aquí partimos?

A mi entender, en este caso el requisito fundamental cuyo cumplimiento debería exigirse al legislador es el de que base su discrepancia en argumentos o «motivos» jurídicos nuevos, distintos de los que fueron tenidos en cuenta en el juicio de constitucionalidad que llevó a la declaración de inconstitucionalidad.

(29) Parcialmente en contra, aunque desde una perspectiva algo distinta a la de esta ponencia, FERRERES COMELLA, V., *El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática*, ob. cit., págs. 28 y sigs.

dad del precepto que se pretende reintroducir en el ordenamiento jurídico. En nuestro ordenamiento —si algún contenido se da, y parece que así debe ser, a los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales y a la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional previstos en la LOTC, para legitimar el apartamiento de la doctrina constitucional y la reiteración legislativa no basta, creo, la mera discrepancia y la voluntad de invitar al Tribunal a revisar su jurisprudencia; se requiere que el legislador aporte «motivos de constitucionalidad» distintos de los utilizados durante el proceso que llevó a la declaración de la inconstitucionalidad del precepto que se pretende reintroducir en el ordenamiento.

También en este caso, el legislador puede emplear en principio cualquier argumento jurídico nuevo o distinto del utilizado por el Tribunal, que, de acuerdo con los criterios normalmente empleados por la dogmática para interpretar y aplicar la Constitución y las leyes, pueda justificar la constitucionalidad del precepto legal previamente expulsado del ordenamiento. Y también aquí para valorar la suficiencia o la fuerza de convicción del argumento y el grado de exigencia del nuevo enjuiciamiento constitucional deberá estarse a las características de cada caso concreto, utilizando en esta valoración criterios que pueden no coincidir en todo caso con los criterios empleados en el juicio final de constitucionalidad. De hecho, salvo los argumentos relativos a la existencia de cambios jurídicos o sociales, casi todos los argumentos justificativos a los que he aludido en relación al primer supuesto en el que puede basarse el apartamiento y la reiteración, son aplicables *mutatis mutandis* a este supuesto: la apertura de los enunciados constitucionales, el diferente tipo de ley a través del que pretende reincorporarse el precepto previamente declarado inconstitucional, la forma en la que se ha establecido la doctrina constitucional de la que se disiente, la materia objeto de ese precepto, etc.

Como se habrá observado, algunos de los criterios a los que he aludido anteriormente se emplearon y continúan empleándose en el debate abierto por la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. A esta cuestión voy a dedicar el último epígrafe de esta ponencia. En este momento tan sólo quisiera destacar que los criterios que de modo tentativo aquí he propuesto, aunque ciertamente limitan la posibilidad de que el legislador se aparte legítimamente de la doctrina constitucional y reitere preceptos declarados inconstitucionales, en la práctica con toda probabilidad no suponen un obstáculo insalvable para el legislador, ya que no le será difícil encontrar argumentos que le permitan justificar este apartamiento y esa reiteración cuando sea necesario en orden a evitar los perjuicios y las rigideces derivadas de las posiciones que mantienen el veto radical. Y este grado de flexibilidad posiblemente es bueno que exista porque finalmente, a pe-

sar del tenor literal del artículo 38.1 de la LOTC, difícilmente puede negarse al legislador la posibilidad de que interprete directamente la Constitución, aunque existan sentencias constitucionales cuyo contenido deba respetar (30). Lo que sí exigen los criterios que propongo es que esa posibilidad de apartamiento y reiteración legislativas se haga realidad de forma leal con la doctrina constitucional y propiciando al máximo un diálogo serio entre los legisladores y el Tribunal Constitucional.

5. CODA

Como he expuesto al principio de mi intervención, el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, en la medida en que incorpora un buen número de artículos que se separan de lo establecido previamente por la doctrina constitucional, constituye un ejemplo práctico de primer orden a la hora de precisar el alcance que tienen en nuestro ordenamiento los efectos vinculantes de esa doctrina sobre el legislador, aunque, insisto, en este caso no se trataba de reiterar preceptos declarados inconstitucionales, sino de preceptos que se apartaban de la doctrina constitucional. Ya he apuntado más arriba la reacción contraria de una buena parte de la doctrina española a aceptar cualquier posibilidad de que el legislador se separase de la doctrina constitucional, a partir de los presupuestos teóricos también apuntados. Para concluir esta ponencia quisiera hacer una brevísima referencia al modo en el que el Tribunal Constitucional, en su STC 31/2010, abordó esta cuestión.

Ciertamente ni en el preámbulo de la propuesta de Estatuto aprobada por el Parlamento de Cataluña en septiembre de 2005 ni en el del texto definitivo de julio de 2006 se hace referencia expresa al apartamiento de la doctrina constitucional y a las razones que en su caso lo avalan. Esos argumentos sí afloraron en cambio, aunque de forma a menudo fragmentaria, poco clara y asistemática, en los debates que tuvieron lugar en los dos Parlamentos que aprobaron la reforma estatutaria, en los debates doctrinales que acompañaron la tramitación del proyecto de reforma y en los escritos que presentaron las partes ante el Tribunal Constitucional a raíz de los recursos interpuestos contra esa disposición normativa.

Los motivos y los argumentos con los que se pretendía justificar la no adecuación a la doctrina constitucional —y, en una «segunda fase», para justificar

(30) AHUMANA RUIZ, M. A., *ob. cit.* En nota 7, pág. 15, y GAVARA DE CARA, J. J., *ob. cit.*, pág. 249.

la constitucionalidad de la reforma— podrían resumirse así: el apartamiento responde a una discrepancia respecto de una doctrina constitucional que había avalado la exclusión de interpretaciones de la Constitución que, a juicio de los impulsores de la reforma, cabían perfectamente dentro de los amplios márgenes de los enunciados constitucionales; sin embargo, esta discrepancia pretendía basarse a su vez, como suele ser habitual, en la existencia de cambios en la realidad social y política —por ejemplo, la constatación de la existencia de lo que la STC 55/1996 califica como «intenso debate político y social» promovido por amplios grupos sociales y políticos que manifestaban su oposición a la forma en la que finalmente se estaba plasmando el Estado de las Autonomías y abogaban por una amplia reforma de esa plasmación aprovechando la experiencia acumulada durante los últimos treinta años— y al mismo tiempo en la existencia de cambios en la realidad jurídica —siendo el más significativo, la modificación del bloque de constitucionalidad inducida por la propia reforma estatutaria—.

La justificación del apartamiento de la doctrina constitucional se basaba a su vez en argumentos que ya han ido apareciendo con anterioridad. Entre ellos destacan, por ejemplo, el hecho de que la reiteración de los preceptos legales declarados inconstitucionales se producía a través de un tipo de ley distinto al de las leyes declaradas inconstitucionales; el hecho de que se trataba además de un tipo de ley que se incorporaba al bloque de constitucionalidad y que, por tanto, alteraba el parámetro de constitucionalidad que había sido utilizado para fundamentar la previa declaración de inconstitucionalidad; y, en el caso de los artículos que regulan las competencias, el hecho de que se trata de una ley pactada entre los dos legisladores que eran prácticamente los únicos destinatarios directos de los preceptos controvertidos y que dichos artículos no afectaban a derechos fundamentales de los ciudadanos. A estos argumentos se añadía el carácter extraordinariamente abierto de los enunciados constitucionales que la reforma estatutaria pretendía concretar y, en muchos casos, el dato de que la reforma estatutaria pretendía separarse de una interpretación de la Constitución que el propio Tribunal Constitucional había reconocido que admitía diversas interpretaciones aunque finalmente se había decantado por una de ellas (31).

Estos argumentos, en su esencia al menos, fueron acogidos por el Tribunal Constitucional en la STC 247/2007 relativa a la reforma del Estatuto de la Co-

(31) Más extensamente sobre estas cuestiones, *vid.* VIVER PI-SUNYER, C., «El Tribunal Constitucional, ¿“siempre, solo... e indiscutible”? La función constitucional de los Estatutos en el ámbito de las competencias según la STC 31/2010», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril de 2011, especialmente págs. 340 y sigs.

munidad Autónoma de Valencia. Sin embargo, en la 31/2010 el Tribunal Constitucional modifica radicalmente su doctrina, aunque en sentencias posteriores —especialmente en la STC 30/2011— haya pretendido negar que este cambio se hubiese producido, aunque para ello hace decir a la STC 247/2007 lo que no dice ni puede decir a no ser que se la convierta en una sentencia internamente incoherente y, por tanto, ilógica (32).

Este cambio jurisprudencial entre la STC 247/2007 y la STC 31/2010 se basa, de un lado, en una concepción desorbitada de la posición constitucional del Tribunal Constitucional y de su carácter de intérprete supremo de la Constitución —que le lleva a autoconcebirse como poder constituyente prorrogado e intérprete «único e indiscutible» de la Constitución— y, de otro lado, se funda en una degradación de la posición constitucional de los Estatutos de Autonomía (tanto respecto a las funciones constitucionales que hasta ahora había desempeñado, como en su relación con las demás reservas de ley orgánica que se consideran prevalentes sin excepción ni matiz a la reserva de Estatuto); esta degradación constituye una pieza fundamental dentro de la Sentencia ya que sin ella el Tribunal no hubiera podido dictar una resolución con una tan amplia declaración de inconstitucionalidad expresa o tácita como la que en ella se contiene.

(32) En efecto, como he intentado explicar en VIVER PI-SUNYER, C., *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010: ¿La reafirmación del Estado unitario?*, *ob. cit.*, la STC 247/2007 afirma de entrada, como premisa de todo su razonamiento, que la Constitución no define las competencias del Estado, que sólo las enuncia; añade además que el texto constitucional no ofrece pautas de interpretación para determinar ese contenido y que son los Estatutos los que, al delimitar el contenido y alcance de sus competencias, contribuyen indirectamente a delimitar el alcance y contenido de las del Estado. La premisa fundamental de la que parte la Sentencia es, pues, que los Estatutos pueden indirectamente perfilar el contenido de las competencias estatales. Ciertamente la Sentencia añade a esta premisa unos límites a los que deben atender los Estatutos al llevar a cabo su función constitucional delimitadora: deben respetar el contenido que hace reconocibles las competencias estatales; deben tener presente el alcance territorialmente limitado que es propio de los Estatutos de Autonomía y, finalmente, deben permitir que las competencias del Estado desplieguen por completo sus funciones propias. Sin embargo, lo que no dice la Sentencia ni podía decir es que los límites a la premisa podían llegar a negar la premisa. No podía decir que dado que al delimitar las competencias debía respetar la reconocibilidad y el despliegue completo de las funciones de las competencias estatales, en consecuencia, no podía delimitar las competencias propias de la CA ni indirectamente las estatales.

Y esto es cabalmente lo que hace la STC 31/2010, en flagrante contradicción con la sentencia valenciana. En la sentencia catalana lo que en la valenciana era un límite a la posibilidad de delimitar indirectamente las estatales, se convierte en premisa y en veto a la función delimitadora de los estatutos: las competencias del Estado están en la Constitución, los Estatutos sólo pueden enunciar las competencias que reservan a la CA pero no pueden delimitar el alcance de esas competencias ni indirectamente el alcance de las competencias del Estado.

En cualquier caso, las consecuencias del planteamiento adoptado por esta sentencia son: la negativa radical a cualquier posibilidad de que el legislador estatal estatutario se aparte legítimamente de la doctrina previamente establecida por el Tribunal; la negativa a que el legislador estatutario concrete determinados preceptos constitucionales, que quedan de hecho a la libre concreción del legislador estatal ordinario; 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.

En efecto, en casi todos los casos la STC 31/2010 resuelve la controversia planteada limitándose a contrastar los preceptos estatutarios recurridos con la doctrina constitucional precedente. Con todo, la utilización de esa doctrina como canon de constitucionalidad no impide que la STC 31/2010 se separe de los precedentes al menos en tres ocasiones. Así sucede, en primer lugar, como ya hemos visto, con respecto a la concepción relativa a la posición de los Estatutos como fuentes del Derecho incluidas en el bloque de constitucionalidad; en segundo lugar, respecto a la utilización del principio hermenéutico de regla-excepción como criterio para definir formal y materialmente lo básico (33) y, finalmente, respecto de una cuestión aparentemente menor pero muy significativa por lo que supone de atribución al legislador estatal de la capacidad para delimitar libremente el contenido y el alcance de las competencias estatales y autonómicas. Me refiero al cambio relativo a la titularidad de la competencia sobre los actos de autorización de las sociedades gestoras de derechos de propiedad intelectual que en la STC 31/2010 dejan de ser actos legislativos como se habían considerado de forma la ciertamente extravagante en STC 196/1997 para convertirse en actos de ejecución cuyo ejercicio, sin embargo, el legislador estatal, dotado de poderes taumatúrgicos, puede reservarse aunque en la materia afectada (propiedad intelectual) el Estado sólo tiene competencias legislativas no básicas (34).

En cualquier caso lo que aquí interesa destacar es que la STC 31/2010 constituye un buen ejemplo de la tesis, a mi juicio, insostenible, que afirma que los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador suponen un veto radical y sin matices a que éste se aparte de la doc-

(33) Con todo, sorprendentemente esta doctrina que sirvió para declarar la única inconstitucionalidad no interpretativa del título dedicado a las competencias está siendo abandonada por el propio Tribunal en sentencias posteriores a la STC 31/2010 (véanse, por ejemplo, 65/2010, FJ 6; 18/2001, FJ 7; STC de 20 de octubre de 2011. Sobre esta cuestión, *vid.* VIVER, C., *La distribución de competencias en España un año después de la STC 31/2010*, *ob. cit.*

(34) Sobre esta cuestión, *vid.* VIVER, C., «El Tribunal Constitucional: ¿“siempre, sólo... e indiscutible”?...», *ob. cit.*

trina constitucional y menos todavía a que pueda reiterar preceptos declarados inconstitucionales.

RESUMEN

En este Trabajo se analizan los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los poderes públicos y, más concretamente, si el legislador puede legítimamente reiterar preceptos legales declarados inconstitucionales. Se constata la ausencia de una posición doctrinal mínimamente compartida al respecto; se analizan los peligros que comporta una negativa radical a la pregunta formulada, así como el derecho comparado sobre la materia. El autor defiende la tesis de que, dadas determinadas circunstancias, que se analizan, por las razones que se exponen no puede concluirse que los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales lleven a afirmar que el legislador no puede reiterar los preceptos declarados inconstitucionales. El caso del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 sirve de contraste a las tesis mantenidas en el trabajo.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional; efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional; sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

ABSTRACT

This article analyses the binding effects of the ruling of the Constitutional Courts and, more precisely, whether the legislator can reiterate legal provisions that have been declared unconstitutional. It shows the lack of a minimally shared position amongst the authors and analyses the dangers of a negative answer to the question formulated and also the comparative law on this subject. The author defends the thesis that, given certain conditions —which are analyzed—, it cannot be concluded that the binding effects of the constitutional rulings on the legislator prevent him from reiterating the provisions declared unconstitutional. The case of the Statute of Autonomy of Catalonia of 2006 serves as a contrast to the discussion contained in the work.

KEYWORDS: Constitutional Court; binding effects of the constitutional rulings; Constitutional Ruling 31/2010 on the Statute of Autonomy of Catalonia.