

LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS A LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD COMO FORMA DE DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

ROBERTO NIEMBRO ORTEGA (*)

1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS A LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS SISTEMAS DE CONTROL JUDICIAL FUERTE: 2.1. *El caso de España: ¿Es posible que el legislador responda a las sentencias del Tribunal Constitucional?* 2.2. *El Tribunal Constitucional español ante las respuestas legislativas.*—3. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar una de las herramientas que tiene el legislador en modelos de «constitucionalismo fuerte», particularmente en España, para impulsar a los jueces constitucionales a dialogar con los demás poderes y la ciudadanía al momento de interpretar la Constitución, a saber: las respuestas legislativas (ordinarias) a las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de una ley (1).

Para la teoría del diálogo constitucional, el papel de la justicia constitucional es la de colaborador más en la construcción del significado constitucio-

(*) Agradezco a Micaela Alterio, Itziar Gómez Fernández y Sonia Piedrafitra los comentarios que hicieron a una versión preliminar de este artículo.

(1) Para la oposición entre modelos de «constitucionalismo fuerte», es decir, que incorporen los característicos mecanismos contramayoritarios de la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad y los modelos de «constitucionalismo débil», en los que se reserva la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria, véase BAYÓN, Juan Carlos (2010): 351 y 352. Aunque habría que plantearse si la admisibilidad jurídica de las respuestas legislativas ordinarias a las declaraciones de inconstitucionalidad no harían del sistema español un modelo de «constitucionalismo débil», o más concretamente, de «control judicial débil».

nal, que si bien hace aportaciones significativas al sistema a través de medidas coercitivas y comunicativas (2), no debe pretender apropiarse del sentido de la Constitución. Las interpretaciones que los jueces hacen del texto constitucional no tienen un valor superior a la que hacen los otros poderes y la ciudadanía, pues éstos pueden sustentar reflexiones constitucionales igualmente razonables a las ofrecidas por la judicatura (3). De ahí que el proceso de interpretación deba ser compartido y que tanto los jueces como los legisladores puedan discutir (más que desatender completamente) la visión de los otros poderes (4).

Tratándose del proceso de construcción e interpretación del significado constitucional, la teoría del diálogo (5) considera que el juez es parte de una práctica racional y comunicativa en la que escucha y a la vez responde (6). Ni los jueces son el único intérprete, ni su interpretación es indiscutible. Así, pretende ser un modelo alternativo en el que ninguno de los actores constitucionales puede prevalecer en todos los casos, proponiendo un debate constitucional más igualitario e inclusivo. No es que el tribunal pelee con sus «*junior partners*» (7) sobre el sentido constitucional, sino de un intercambio de razones en pie de igualdad en el que ninguno de los interlocutores tiene la única palabra. Lo que esta teoría sugiere es cooperación, intercambio y, principalmente, moderación mutua (8).

Las formas institucionales de comunicación inter-orgánica pueden clasificarse en formas dialécticas y no dialécticas. En las primeras, entre las cuales se encuentran las respuestas legislativas, las autoridades políticas y los tribunales «hablan» al mismo tiempo que «deciden», pero lo hacen en distintos momentos temporales. En las segundas, que atañen al litigio de reforma estructural, las autoridades representativas dialogan con los tribunales antes, durante y después de tomar la decisión en pos de un objetivo común (9). Para Linares, ninguna de

(2) Como explica Javier Jiménez Campo, al juez de la ley cabrá sólo pedirle en muchos casos, y así será bastante, que constate el vicio denunciado y lo declare, rompiendo así la presunción de constitucionalidad de la ley (medida comunicativa), mientras que en otros, será necesaria la anulación o eliminación de la regla legal juzgada inconstitucional (medida coercitiva). JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): 24.

(3) TUSHNET, Mark (2008): 81 y 23.

(4) DIXON, Rosalind (2009): 256. Se trata de un paradigma abierto del proceso de interpretación constitucional en oposición a un paradigma cerrado, en el que las interpretaciones hechas por los jueces sólo pueden revisarse internamente. HABERMAS, Jürgen (2008): 293.

(5) La teoría del diálogo constitucional puede ser enmarcada dentro de la teoría de aquellos autores que, como Aarnio, quienes consideran que el discurso jurídico es un diálogo o, en general, un procedimiento discursivo. AARNIO, Aulis (1990): 33.

(6) FISS, Owen (1979): 45.

(7) SCHOR, Miguel (2010): 2.

(8) MATHEN, Carissima (2007): 128.

(9) LINARES, Sebastián (2008b): 487 y 488.

las formas dialécticas satisface las exigencias de un diálogo democrático, como sí lo hacen las formas no dialécticas (10).

2. LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS A LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LOS SISTEMAS DE CONTROL JUDICIAL FUERTE

En los sistemas con control judicial fuerte la idea del diálogo ha sido utilizada como una cuestión retórica. Así, es común encontrar autores que se refieren al diálogo constitucional como parte esencial del proceso de interpretación, pero sin derivar de ahí consecuencias institucionales que hagan del pluralismo y el desacuerdo una fuerza para promover los valores constitucionales (11).

El objetivo de este apartado es explorar una de las formas en que puede canalizarse el diálogo en este tipo de sistemas, esto es, la posibilidad de que «el legislador actúe de nuevo (responda) aprobando una ley de contenido similar (o incluso idéntico) al que fue declarado inconstitucional» (12). Es preciso recalcar que la propuesta que aquí se estudia sólo puede entenderse si se acepta que el diálogo constitucional es un objetivo loable. Es decir, es una propuesta institucional que sólo tiene sentido si se considera que los acuerdos alcanzados en una democracia son sólo provisionales, quedando abierta la posibilidad de que el debate se reabra en cualquier momento (13).

Uno de los argumentos más utilizados por los defensores del control judicial fuerte para sostener la viabilidad del diálogo en este tipo de sistemas se refiere a la eventualidad de que el legislador revierta las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley a través de una reforma constitucional (14).

(10) LINARES, Sebastián (2008b): 487 y 488.

(11) BELLAMY, Richard (2010): 225.

(12) FERRERES COMELLA, Víctor (1997): 202. En igual sentido su trabajo FERRERES COMELLA, Víctor (2000): 43. Para este autor las respuestas legislativas son una forma de desobediencia que permiten al juez corregir sus errores. En su teoría, éstas sólo pueden darse bajo dos condiciones: *a)* que el legislador discuta la nueva ley teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal; *b)* que haya transcurrido un cierto tiempo entre la decisión del Tribunal y la nueva ley, que permita reflexionar con calma acerca de la decisión del Tribunal y de apreciar las consecuencias prácticas de aplicar su doctrina. En mi opinión, las condiciones que Ferreres apunta con el fin de lograr un diálogo con deliberación deben tomarse como recomendaciones, pero no como requisitos para la procedencia de las respuestas legislativas. Asimismo, como trataré de justificar, considero que las respuestas legislativas no pueden caracterizarse como un acto de desobediencia sino como una actuación legítima del poder legislativo.

(13) MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Diego (2005): 338.

(14) A este tipo de respuestas Ferreres las denomina «fuertes». FERRERES COMELLA, Víctor (2011a): 151. En contra, Riccardo Guastini opina que una reforma constitucional, desde luego,

Sin embargo, los altos costos políticos que esta solución implica y la propia dificultad que conlleva reformar la Constitución, hacen muy improbable que esto suceda, por lo que se corre el riesgo de cerrar la deliberación una vez que se ha dictado sentencia. Por ello es que desde una concepción deliberativa de la justicia constitucional las respuestas legislativas ordinarias aparecen como una opción sugerente (15). Sólo así es que podemos saber si los casos en que el legislador adopta la interpretación de los jueces es una aceptación voluntaria (a través del diálogo) y no una imposición (16).

Empecemos por conocer algunas de las ventajas. En primer lugar, las respuestas legislativas son un incentivo para la renovación de criterios jurisprudenciales anquilosados (17). Como suele suceder, la inconstitucionalidad de una ley puede atender a las circunstancias particulares que se presentan en la realidad social o a la moral pública de un momento particular y, en la medida en que estas circunstancias cambien, no hay razón para conservar indefinidamente la misma interpretación (18). En efecto, si el legislador no tuviera derecho a una segunda prueba, en tanto estuviera vinculado permanentemente a la jurisprudencia del Tribunal, eso supondría la petrificación

puede revertir la decisión del Tribunal sobre la ilegitimidad constitucional, pero no su interpretación del texto constitucional: la reforma constitucional no consiste en cambiar la interpretación de la Constitución, sino su texto. De esta forma, nos dice, la interpretación del Tribunal Constitucional no puede ser revertida por nadie. GUASTINI, Riccardo (2008): 47.

(15) FERRERES COMELLA, Víctor (1997): 202. A este tipo de respuestas Ferreres las denomina «suaves». FERRERES COMELLA, Víctor (2011a): 150. Según Limbach, esta posibilidad existe en Alemania, donde el Tribunal Constitucional ha relativizado la fuerza vinculante de sus decisiones. Así, en el *Southwest Case* (1987) reconoció expresamente que el legislador tiene derecho a una segunda prueba y acudir de nuevo al Tribunal. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no impide al legislador decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno. LIMBACH, Jutta (1999): 98 y 99.

(16) Esto es importante remarcarlo, pues los defensores del control judicial suelen argüir que el diálogo entre jueces y legisladores es inevitable y se da todos los días, en tanto hay innumerables casos en los que el legislador adopta la interpretación del Tribunal. Sin embargo, pasan por alto que bajo un sistema de supremacía judicial —en el que el legislador se encuentra vinculado a su doctrina— el seguimiento de la interpretación judicial se debe a que el Tribunal tiene atribuida esa autoridad, y no a la existencia de un verdadero diálogo.

(17) FERRERES COMELLA, Víctor (2000): 44. Por esta razón, es que suele decirse que los tribunales no están vinculados a sus propios precedentes. Es decir, si bien nadie niega la necesidad de una interpretación evolutiva, la mayoría de los autores dejan en manos de los propios jueces el desarrollo de su doctrina, sin darse cuenta que ese desarrollo sólo puede darse por el impulso de un tercero. Y yo me pregunto: ¿por qué no el legislador?

(18) En ese sentido Limbach señala: Por el mero hecho de que el Tribunal haya declarado inconstitucional una determinada regulación, no tiene el legislador por qué abdicar de la propia capacidad de aprendizaje. De otro modo, el Parlamento se vería impotente ante nuevos conocimientos y cambios significativos de las condiciones de existencia. LIMBACH, Jutta (1999): 98.

del derecho (19). En cambio, la viabilidad de que el legislador pueda insistir en su interpretación obliga a los jueces a repensar dichos criterios jurisprudenciales, incentivando la colaboración entre poderes con el fin de adecuar la interpretación constitucional a la realidad social.

Otro de los beneficios que tienen las respuestas legislativas es permitir, a través de un proceso de prueba y error, que la interpretación constitucional se acerque al ideal de una opinión lo suficientemente deliberada (20). Por un lado, da la oportunidad a los jueces para repensar sus interpretaciones y corregir sus errores exponiéndolos a diferentes voces (21) y, por el otro, a que el pueblo y sus representantes puedan volver a debatir el tema.

En efecto, si se acepta que algunas cláusulas constitucionales tienen varias interpretaciones posibles y que el juez no tiene el monopolio de la racionalidad, lo que corresponde es dejar libre al legislador para que pueda seguir debatiendo con los jueces aun cuando éstos hayan dictado sentencia. Así, quienes se niegan a aceptar la viabilidad de las respuestas legislativas reflejan «un elitismo epistémico inaceptable, pues presuponen que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de discusión pública» (22). En cambio, prever la posibilidad de las respuestas legislativas muestra la consideración y el respeto recíproco que debe haber entre jueces y legisladores (23), y permite que la interpretación final refleje diversos valores e inquietudes (24).

Otra de las ventajas que tiene este mecanismo es que nos permite obtener la solución de nuestros diferendos constitucionales más inmediatos sin dar por concluida la deliberación (25), obligando a los perdedores en sede judicial a regresar

(19) LIMBACH, Jutta (1999): 99.

(20) FRIEDMAN, Barry (2009): 382.

(21) ODDVAR ERIKSEN, Erik (2010): 112. De esta manera la aceptabilidad de las razones está siempre expuesta al riesgo de ser devaluada por mejores razones y por procesos de aprendizaje. HABERMAS, Jürgen (2008): 98.

(22) NINO, Carlos S. (1992): 685.

(23) Éste es un paralelismo con el argumento de Sunstein respecto a uno de los beneficios de los acuerdos incompletamente teorizados. SUNSTEIN, Cass R. (2007): 13 y 14.

(24) ZURN, Christopher F. (2007): 268 y 269.

(25) En mi opinión uno de los beneficios que nos brindan las respuestas legislativas es la posibilidad de poder tomar decisiones sin tener que agotar el debate constitucional. Mientras que para una posición contraria, según la cual la función del Tribunal es brindarnos la interpretación correcta de la Constitución, siendo el conflicto jurídico concreto solamente el motivo para hacerlo, la procedencia de una respuesta legislativa resulta innecesaria e incluso peligrosa. En este último sentido véase BOCANEGRA SIERRA, Raúl (1981): 241.

a la arena política en busca de una respuesta del legislador. De esta forma no se fuerza un acuerdo cuando éste es imposible y se nos permite seguir adelante sin tener que resolver, de una vez por todas, cuál es el contenido de la Constitución (26). Asimismo, se incentiva el debate público y es una válvula de escape para aquellos que no pudieron convencer a los magistrados del Tribunal.

Ahora bien, para algunos autores no todos son beneficios. En primer lugar, porque el hecho de que el legislador responda a través de una reforma constitucional y no de una ley ordinaria tiene la ventaja de intensificar la deliberación y, por tanto, que el cambio de la doctrina constitucional se haga atendiendo a nuestros compromisos más profundos y no como reacción a la política ordinaria (27). En segundo lugar, se dice que la posibilidad de respuestas legislativas (ordinarias) a las sentencias del Tribunal es una puerta falsa, pues la nueva ley no es inmune al control de constitucionalidad. De ahí que, en el mejor de los casos nos regrese al punto de partida y, en el peor de ellos, pueda convertirse en una declaración de guerra entre legisladores y jueces constitucionales (28). Finalmente, se señala que la propuesta «deja en el aire la cuestión de quién tiene la última palabra institucional, precipitando un ir y venir interminable» (29).

Desde mi punto de vista, la primera crítica es infundada pues presupone de modo arbitrario que los momentos en que se aprueban o reforman las Constituciones son siempre de mayor calidad que los de legislación ordinaria (30). En efecto, si partimos de que «el “momento constituyente” no es necesariamente un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general» (31), el argumento de que una decisión adoptada por una mayoría reforzada es más lúcida presupone lo que habría que probar (32).

En relación con la segunda crítica, comparto con Salazar que las respuestas legislativas son una invitación a la reflexión de los jueces constitucionales (33)

(26) Estas ventajas también están inspiradas en el trabajo de Cass Sunstein sobre los acuerdos incompletamente teorizados. SUNSTEIN, Cass R. (2007): 5 a 7.

(27) FRIEDMAN, Barry (2004): 1294 a 1297.

(28) SALAZAR, Pedro (2006): 227.

(29) LINARES, Sebastián (2008a): 237. Para este autor, las respuestas legislativas pueden generar innumerables querellas jurídicas, relacionadas con los derechos adquiridos al amparo de la ley invalidada, los vacíos legales, el principio de la ley más benigna. Todo ello, nos dice, tiene efectos perniciosos para la seguridad jurídica, la coherencia y la igualdad ante la ley. En mi opinión, estos «efectos perniciosos» no se generan *per se* por las respuestas legislativas, sino son los riesgos de cualquier sistema en el que se puede declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos generales.

(30) BAYÓN, Juan Carlos (2003): 224.

(31) LAPORTA, Francisco J. (2001): 463.

(32) BAYÓN, Juan Carlos (2003): 225.

(33) SALAZAR, Pedro (2006): 227.

y el comienzo de un diálogo sobre la mejor interpretación posible. Es decir, la posibilidad de que el legislador pueda responder a las decisiones del Tribunal a través de una ley y no de una reforma constitucional no es una vuelta al punto de partida ni una declaración de guerra, como sostiene el autor, sino la canalización de una deliberación inevitable sobre el sentido de la Constitución (34). Es más, las respuestas legislativas pueden ser un medio adecuado para lograr un ejercicio dialéctico entre el Parlamento y los jueces, que el citado crítico considera punto de equilibrio institucional entre las exigencias de la Constitución y las exigencias de la democracia (35).

Por lo que respecta a la última crítica, considero que Linares incurre en un error de apreciación, pues la vía de las respuestas legislativas no quita la última palabra a los jueces sobre la constitucionalidad o no de la ley, en tanto a ellos corresponde decidirlo. Lo único que esta vía permite es la contestación legislativa de la *ratio decidendi* que sustentan los *decisium*, es decir, sólo les quita la última palabra interpretativa, lo que no es poca cosa. En efecto, una de las razones que sostiene la crítica al control judicial de la ley es la supremacía judicial, es decir, a la vinculación de todos los poderes a la interpretación del Tribunal (36). En este sentido, creo que la procedencia de las respuestas legislativas ordinarias obligaría a los jueces a escuchar a la otra parte, reduciendo fuertemente la objeción democrática (37).

Sin embargo, para Bayón esto no es correcto, porque desde el punto de vista democrático, no sólo importa qué decisión prevalece, sino también que no se demore sin justificación el momento en que prevalece. Es decir, para el autor queda pendiente de justificarse por qué durante todo el tiempo que tarde el legislador en lograr su propósito, debe prevalecer frente a su opinión la de los jueces constitucionales (38). Así, lo que propone Bayón es que la posición por defecto sea la del legislador, es decir, la decisión que rige en tanto un actor distinto del que la fijó consiga modificarla, y no que ésta sea la de los jueces constitucionales. De esta forma, en su opinión, no basta con establecer un sistema en que los jueces y legisladores dialoguen, sino que el legislador tenga, por razones de legitimidad democrática, cartas más fuertes que las de la mera res-

(34) Continuación del debate que no podría darse si la respuesta es a través de una reforma constitucional, en cuyo caso el poder constituyente define la contienda, a menos que también pueda revisarse judicialmente la reforma constitucional. FERRERES COMELLA, Víctor (2000): 42.

(35) SALAZAR, Pedro (2006): 274.

(36) KRAMER, Larry (2005), entre otros.

(37) La relación entre supremacía judicial y objeción contra mayoritaria ha sido puesta de manifiesto por FRIEDMAN, Barry (1998): 333 a 433.

(38) BAYÓN, Juan Carlos (2010): 291, nota al pie 14.

puesta legislativa. En ese sentido aboga por un procedimiento que en un tiempo razonable permita al legislador ordinario reaccionar frente a una decisión del Tribunal, y considera que la reforma constitucional sin mayorías reforzadas es ese procedimiento (39).

Si mal no entiendo, el escepticismo de Bayón respecto a las respuestas legislativas se debe a que los jueces ordinarios sí están obligados a seguir la doctrina del Tribunal, así que en caso de haber una respuesta legislativa no se tardarían mucho en cuestionar la constitucionalidad de la nueva ley, y ello si no es que se presenta un segundo recurso de inconstitucionalidad en su contra. En cuyo caso, nos dice Bayón, si no ha cambiado la composición del Tribunal es muy improbable que se reconozca la constitucionalidad de la respuesta, por lo que el legislador tendrá que esperar. Esperar, primero, a que toque renovar el Tribunal Constitucional; confiar, después, en que consiga decantar en la dirección apropiada la elección de nuevos magistrados (para lo que hacen falta acuerdos, pactos y transacciones capaces de reunir las requeridas mayorías cualificadas); y confiar además, por último, en que los magistrados propuestos y nombrados no acaben fallando después en sentidos opuestos a los que se esperaban de ellos al proponerlos (cosa de lo que, nos dice, no faltan ejemplos históricos) (40). Por esta razón es que, mientras la mayoría parlamentaria (ordinaria) no pueda reaccionar cambiando la Constitución cuando discrepe de la interpretación que hacen los jueces constitucionales, la objeción democrática no desaparecerá (41).

Aun cuando mi propósito de estudiar la viabilidad de las respuestas legislativas no es sugerir que sean el medio para superar la objeción mayoritaria del control judicial de la ley, considero que la opinión de Bayón sobre las reformas constitucionales sin mayorías reforzadas tiene que ser completada. En mi opinión, para que una reforma constitucional sin mayorías reforzadas sea la carta fuerte del legislador, ésta tendría que ser inmune a la revisión del Tribunal Constitucional. Sin embargo, eso no es así en todos los sistemas jurídicos (pensemos en el caso de Alemania, donde en algunos supuestos las reformas constitucionales aun con mayorías reforzadas pueden ser controladas). Por tanto, si las reformas constitucionales con o sin mayorías reforzadas pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional, no encuentro diferencia alguna con las respuestas legislativas para efectos de salvar la objeción democrática, salvo que unas van al texto constitucional y otras no.

(39) Agradezco al Profesor Bayón la explicación detallada que me dio sobre este punto.

(40) Intercambio epistolar del 8 de noviembre de 2011.

(41) BAYÓN, Juan Carlos (2010): 291, nota al pie 15.

Ahora bien, aun aceptando que la reforma constitucional sin mayorías reforzadas e inmune a la revisión judicial salva la objeción democrática, a diferencia de lo que sucede con una respuesta legislativa que sí puede ser controlada, conviene preguntarse si es verdad que las respuestas legislativas son un mecanismo ineficiente para que rijan la interpretación del legislador.

En mi opinión, a diferencia de lo que considera Bayón, creo que la viabilidad de las respuestas legislativas sí cambian sustancialmente las condiciones institucionales del sistema, pues facilitan la reacción de legislador y le otorgan una posibilidad real de prevalecer. Además de que sirven para promocionar e incentivar la deliberación, en tanto promueve una segunda ronda de debate en la que el legislador tendrá que hacer públicas las razones que lo llevaron a sustentar una determinada ley, creando un equilibrio político distinto que obliga al Tribunal a estar más atento y receptivo de la visión del Parlamento, modificando la forma en que los jueces se comportan (42). Como veremos más adelante, la práctica nos da buenos ejemplos de cómo los jueces ordinarios (aun cuando están vinculados por la doctrina del Tribunal) o las minorías parlamentarias no suelen plantear la inconstitucionalidad de las repuestas legislativas, permitiendo que sea la interpretación del legislador la que prevalezca.

Asimismo, no debemos perder de vista que si la postura de los jueces es la que prevalece, esto se puede deber a: 1) que un número importante de gente esté de acuerdo con la interpretación del Tribunal; 2) que un número importante de gente crea que la interpretación del Tribunal es más aceptable que la ley o cualquier propuesta alternativa; 3) que un número considerable de gente considere que las interpretaciones del Tribunal sólo pueden ser rechazadas cuando sean manifiestamente erróneas (43), o 4) simplemente a los costos políticos que implica una respuesta legislativa (44).

Ahora bien, volviendo a la crítica de Linares, es cierto que las respuestas legislativas pueden dar pie a un ir y venir entre jueces y legisladores. Sin embargo, para una concepción deliberativa de la democracia y de la justicia constitucional, ésta no es una hipótesis de la que haya que huir, sino al contrario. En efecto, para esta visión mientras exista un desacuerdo sobre el sentido

(42) KRAMER, Larry (2005): 1358.

(43) TUSHNET, Mark (1995-1996): 284. La opinión de Tushnet se refiere a la posibilidad de reversión de la declaración de inconstitucionalidad en el sistema canadiense, sin embargo, las razones me parecen perfectamente aplicables a un sistema de control judicial fuerte.

(44) KRAMER, Larry (2004): 235. Para Kramer, aun en los sistemas sin supremacía judicial es posible esperar que sean las decisiones de los tribunales las que concluyan las disputas constitucionales, a menos que la oposición sea lo suficientemente fuerte para reunir las mayorías y el acuerdo necesario para combatir la opinión del tribunal.

de una determinada cláusula constitucional, el debate debe ser incentivado y nunca clausurado (45). Así, si el Tribunal quiere tener la última palabra tendrá que convencer a sus interlocutores de que su interpretación es la mejor, sin que pueda hacerlo autoritativamente (46).

En cualquier caso, también es verdad que las respuestas legislativas no son la panacea ni tienen que o pueden darse en todos los casos. Así, una vez que el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una ley, los costos políticos pueden ser tan altos que no hagan viable una respuesta legislativa, o que, aun produciéndose, haya una alta posibilidad de que vuelva a ser declarada inválida. También habrá supuestos en los que haya un acuerdo sobre el sentido constitucional que haga innecesaria una respuesta del legislador y el diálogo se dé por concluido (47).

En efecto, cuando la experiencia nos permita lograr un acuerdo sobre el sentido constitucional, la deliberación puede tener su fin en sede judicial (48). En esos supuestos, ni las otras ramas del Gobierno ni la opinión pública insistirán en una visión distinta de lo que la Constitución establece (49). Aunque también es cierto que en una sociedad caracterizada por el «hecho del pluralismo» (50), en la que sus habitantes tienen distintos planes de vida y distintas formas de concebir el bien, esos casos serán los menos. Para una visión dialógica del constitucionalismo lo importante es contar con los medios institucionales para poder canalizar ese desacuerdo.

En conclusión, considero que el gran mérito de Ferreres es haber iniciado el debate sobre una nueva vía para el diálogo interinstitucional en modelos de control judicial fuerte. Sin embargo, estimo que el profesor de Barcelona no se ha detenido lo suficiente a distinguir algunas figuras fundamentales como los efectos generales de las sentencias constitucionales, la fuerza vinculante de la doctrina (respecto de los jueces y respecto del legislador) y la cosa juzgada constitucional (51). Distin-

(45) En tanto se acepta que las pretensiones de validez son falibles y, por tanto, susceptibles de crítica y corrección. HABERMAS, Jürgen (2008): 93, 95, 98, 100, 101, 137, 180.

(46) KRAMER, Larry (2004): 236. Para una visión discursiva del derecho la interpretación de la Constitución debe ser producto de una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes, es decir, no puede basarse en decisiones arbitrarias y discrecionales sino que necesitan ser justificadas. Así, la única coerción posible es la del mejor argumento. HABERMAS, Jürgen (2008): 86, 91, 101, 136, 137, 168, 202, 224.

(47) TUSHNET, Mark (2008): 52, 263, 264.

(48) Como explica Tushnet, que sea el Tribunal el que tenga la última palabra se define a través de un proceso complejo y extendido de interacción entre poderes. TUSHNET, Mark (1999): 29.

(49) TUSHNET, Mark (2008): 263, 264.

(50) RAWLS, John (1996): 66 y 67.

(51) Aunque alguna referencia sí puede encontrarse en sus trabajos pioneros, «los efectos de una decisión invalidatoria del Tribunal se limitan normalmente a la ley enjuiciada. La ley es expulsada, sí, pero sólo esa ley lo es (pues se considera que sólo a ella se extiende el efecto de cosa

ciones que, a mi criterio, es necesario realizar, pues los opositores a las respuestas legislativas suelen entender sin mayor cuestionamiento que los *efectos generales* de las sentencias involucran a sus *fundamentos jurídicos* (52), teniendo como consecuencia prohibir al legislador la repetición idéntica o esencial del texto de la norma que se invalidó (53). En otras palabras, por una imprecisión se considera que la reiteración idéntica de la norma declarada inconstitucional es un desacato de la *cosa juzgada* (54).

2.1. *El caso de España: ¿Es posible que el legislador responda a las sentencias del Tribunal Constitucional?*

En España son pocos los trabajos que han apoyado las respuestas legislativas a las sentencias del Tribunal Constitucional. Como hemos visto, fue el constitucionalista Víctor Ferreres quien ha sugerido la posibilidad de que el legislador responda a las declaraciones de inconstitucionalidad. Así, en una de sus últimas publicaciones el autor utilizó como ejemplos de diálogo la expedición de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo —ley en materia de aborto— y la reforma al Código Penal (Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) por la que se establece una nueva regulación de los supuestos en que se interrumpe la prescripción penal. En el primer caso, nos dice Ferreres, la Ley no está en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, mientras que en el segundo supuesto, la reforma no se compadece con las reglas jurisprudenciales sentadas en varias de las sentencias del Tribunal, empezando por la STC 63/2005 (55). Sobre estos ejemplos volveré más adelante, por ahora detengámonos en el aspecto teórico.

En la actualidad parece haber un acuerdo sobre el hecho de que los jueces constitucionales crean derecho a través de sus sentencias. Según esta concepción, las experiencias constitucionales de la segunda postguerra demuestran cómo los jueces crean derecho y, por tanto que la justicia constitucional ha dejado de ser un mero legislador negativo (56). Esta acción creadora se desarrolla

juzgada)». FERRERES COMELLA, Víctor (2000): 45 y 46. Para una distinción de estas figuras véase GÓMEZ MONTORO, Ángel (2001): 559-573.

(52) GOZAINI, Osvaldo Alfredo (2007): 204.

(53) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009a): 244.

(54) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009b): 30.

(55) FERRERES COMELLA, Víctor (2011b): 24-26

(56) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009): 185-187. En este mismo sentido GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994): 71.

tanto en el plano constitucional como en el legal: en el primero mediante la concreción del contenido del precepto constitucional y en el segundo mediante la eliminación de una disposición detraída de una norma (57).

Si bien esta apreciación parece difícilmente debatible, no lo es tanto la afirmación que se suele derivar de ella, cual es que «el poder de interpretación que tienen los jueces *convierte al órgano (judicial) en un instructor del Parlamento o Legislatura*, quien aconseja u ordena como realizar la norma constitucional» (58). A mi entender, una cosa es que los jueces creen derecho con el dictado de sus sentencias y otra muy distinta es que eso los convierta en mandamases del legislador (59). Entre ambas afirmaciones hay un salto lógico que debe ser justificado.

En este sentido, resulta paradójico que algunos autores reconozcan, por un lado, que el poder que ejerce el Tribunal Constitucional es exorbitante gracias a la fuerza legislativa de sus interpretaciones y que «es un órgano “torpe” para legislar positivamente» (60) y, por otro lado, sostengan que el legislador está vinculado por la *ratio decidendi* de las sentencias (61).

En efecto, las diferentes características del proceso judicial y el procedimiento legislativo hacen irrazonable sostener que de ambos procesos pueda obtenerse un resultado semejante: de un lado, la ley y, del otro, la interpretación vinculante de la Constitución. Esto es, si la facultad que tiene el legislador para expedir leyes le ha sido otorgada en atención al proceso de deliberación que lleva a cabo, por esa misma razón es imposible sostener que el juez, a través de un proceso con calidades deliberativas más limitadas pueda legítimamente tomar una decisión con un alcance similar a la emitida por el primero. Máxime «cuando la legitimación del principio mayoritario se encuentra en la posibilidad de que en algún momento la deliberación puede ser reabierto con la aportación de nuevos argumentos, enfoques y perspectivas, y en que la minoría tendrá una nueva chance de convencer a la mayoría acerca de la validez de sus posiciones» (62).

Pues bien, entrando al tema que nos ocupa, ¿cómo sabemos si las respuestas legislativas son viables en un determinado sistema jurídico? ¿De qué depende que el legislador pueda responder a las sentencias del Tribunal Constitucional? En mi opinión, la posibilidad de que haya respuestas legislativas a las sentencias

(57) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 38.

(58) GOZAINI, Osvaldo Alfredo (2007): 203 y 205.

(59) Para César Landa, la creación jurisprudencial del Derecho implica que ésta vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. LANDA, César (2010): 203.

(60) GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994): 73-82.

(61) GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994): 73-82.

(62) MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Diego (2005): 329.

del Tribunal depende de la fuerza vinculante que tienen los argumentos (*ratio decidendi*) que sustentan dichos fallos (*decisium*) en un determinado sistema jurídico, específicamente, si vinculan o no al legislador (63). Esto es, si las razones de inconstitucionalidad dadas por los jueces en sus sentencias no obligan al Parlamento, éste podrá retomar el mismo problema interpretativo que causó la primera declaración de inconstitucionalidad. De esta forma, se obligaría a jueces y legisladores a moderar sus posiciones a la vista de lo que los otros podrían hacer en respuesta. De lo contrario —si las razones sí vinculan a los legisladores—, una vez que los jueces «hablan» ya no hay espacio para una respuesta legislativa (64).

No debemos perder de vista que el problema de la vinculación a la doctrina establecida en las sentencias constitucionales no es meramente procesal, sino sustantivo, pues refleja en una medida enormemente significativa la distribución de poderes entre los más altos órganos constitucionales y la concepción que se tiene del Tribunal Constitucional (65). Así las cosas, si se estima que la función del Tribunal es interpretar definitivamente la Constitución, el legislador estará vinculado a su doctrina. Por el contrario, si se considera que el Tribunal sólo tiene como finalidad resolver nuestros litigios constitucionales y enriquecer el proceso deliberativo, sin clausurar el debate sobre su sentido, el legislador no estará vinculado a su interpretación.

Pues bien, con el fin de contribuir al debate sobre la viabilidad de respuestas legislativas en sistemas de control judicial fuerte, en este apartado analizaré lo que dispone el Derecho positivo español respecto a la fuerza vinculante de la doctrina establecida en las sentencias en las que se declara la inconstitucionalidad de una ley. Para poder determinar si los legisladores están vinculados a la doctrina establecida por los jueces constitucionales es necesario distinguir, por un lado, entre la fuerza vinculante del fallo y la fuerza vinculante de la doctrina y, por el otro, entre la a obligatoriedad que tiene esa doctrina para el legislador

(63) Ésta es la posición del profesor Rubio Llorente, para quien teóricamente «la eficacia general se predica sólo del fallo y no de los razonamientos que lo fundamentan», pero que dependiendo el Derecho positivo, la eficacia *erga omnes* puede extenderse a la *ratio decidendi* de las sentencias constitucionales. RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 31-35. Quiero enfatizar que las consideraciones que hago en este apartado se refieren a la fuerza vinculante que tiene la doctrina respecto al legislador y no así frente a la administración.

(64) Alexy lo dice muy bien cuando señala que «quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política [...]». ALEXY, Robert (2009): 36.

(65) BOCANEGRA SIERRA, Raúl (1981): 238.

y para los jueces (66). En términos generales, la dogmática más prestigiada considera que las respuestas a nuestras interrogantes se encuentran en los artículos 161.1.a) y 164.1 de la Constitución (CE); 1.1, 38.1 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), aunque no existe un acuerdo sobre el sentido de dichas disposiciones. Como veremos enseguida, la interpretación que se ha hecho de estas reglas es todo, menos uniforme.

Según Rubio Llorente, quien toma como ejemplo el modelo austríaco en el que se estableció el control abstracto de la actuación del legislador, «el objeto inmediato y único del juicio no puede ser otro que el enunciado promulgado y la única decisión posible del juez es la de mantenerlo o anularlo» (67). De ahí que, «la *eficacia general* se predica sólo del *decisium* de la sentencia, no de las razones de las que éste resulta como conclusión, y sólo para el caso de que la decisión declare precisamente la inconstitucionalidad de una ley» (68). Esta decisión, según De Otto, al tener efectos generales o *erga omnes*, tiene un efecto anulatorio de alcance similar, aunque no idéntico al de la *derogación de las leyes* (69).

Así, por ejemplo, ocurre en España, donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley, por lo general, conlleva su nulidad y es expulsada del ordenamiento. Esa anulación, al tener efectos generales, impide a todos los poderes públicos considerar a la disposición anulada como vigente y aplicable (70).

(66) En España, una de las pocas autoras que acepta que los criterios de constitucionalidad y las pautas fijadas por el Tribunal Constitucional vinculan de modo diverso al legislador y a los aplicadores del Derecho es AHUMADA RUIZ, Marian (2005): 60.

(67) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 22-30.

(68) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 25. Como señalé *ut supra*, éste es el enunciado general sobre la fuerza vinculante de las sentencias, que puede incluir a la motivación según lo disponga el Derecho positivo vigente.

(69) DE OTTO, Ignacio (1987): 286. Por su parte, para Ángel Gómez Montoro los efectos frente a todos de las sentencias constitucionales atienden al objeto del proceso: una ley, que por definición es una disposición de carácter general. Por ello, la sentencia tiene un alcance análogo al que tenía la ley, aunque de signo contrario. Para este autor, esta eficacia se predica de la parte dispositiva de las sentencias y no de los fundamentos jurídicos y sólo lo producen las sentencias estimatorias y las sentencias interpretativas. GÓMEZ MONTORO, Ángel (2001): 566-569. En el mismo sentido Jiménez Campo considera que el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada, además de incluir el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional. JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): 29.

(70) En eso consiste el cumplimiento de las sentencias en las que se expulsa una ley del ordenamiento, al que están obligados todos los poderes públicos según lo dispuesto por el artículo 87.1 LOTC.

Hasta aquí todos de acuerdo. El problema está cuando por distintos caminos llegan a la conclusión de que la interpretación del Tribunal Constitucional también es vinculante para el legislador.

Como he señalado, Rubio Llorente considera en principio que la fuerza vinculante de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad es predicable, como sus plenos efectos frente a todos (art. 164.1 CE) o efectos generales (art. 38.1 LOTC), sólo del *decisium*. Sin embargo, al hacer el estudio de las sentencias interpretativas, aclara que «esta interpretación privaría de significado a los enunciados contenidos en los artículos 161.1.a) de la Constitución y 40.2 de la LOTC, que, por el contrario, resultan cargados de sentido si, como parece ineludible, la vinculación de *los poderes públicos* se refiere a las sentencias constitucionales *en su totalidad*, esto es, también a las declaraciones que sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad se incluyan en sus fundamentos» (71).

Para el prestigiado profesor español, si bien el artículo 161.1.a) CE es un vestigio del intento de someter al control de constitucionalidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de su lectura conjunta con el artículo 40.2 LOTC, resulta natural entender invalidadas aquellas interpretaciones que han sido consideradas contrarias a la Constitución, aun cuando tal consideración no haya llevado a la anulación del precepto legal así interpretado o construido (tal y como sucede con las sentencias interpretativas) (72). Esta tesis, se ve reforzada, en opinión de nuestro autor, por lo que dispone el artículo 5.1 de LOPJ, que extiende la fuerza vinculante a todas las sentencias del Tribunal Constitucional (73).

Desde mi punto de vista, las razones que Rubio Llorente nos ofrece para justificar la vinculación del legislador a los fundamentos jurídicos de las sentencias no son acertadas. En primer lugar, no se entiende por qué los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC son fundamento para sustentar la sujeción del legislador. Como el mismo Rubio Llorente explica en co-autoría con el Magistrado Aragón, el artículo 161.1.a) es una disposición vacía de contenido y una perogrullada, pues no

(71) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 33 y 34. En el mismo sentido Javier Jiménez Campo, para quien el efecto de vinculación de toda la sentencia —fundamentos y fallo— viene afirmado de modo explícito por los artículos 38.1 y 40.2 LOTC, e indirectamente por el artículo 161.1.a) CE. JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): 29.

(72) A través de las sentencias interpretativas la justicia constitucional supera el dilema de mantener la validez del enunciado, aun sabiendo que una o varias de sus interpretaciones posibles son inconstitucionales, o anularlo en su totalidad, aunque pudiera ser interpretado de un modo conforme a la Constitución, pues no se pronuncia sobre el enunciado de la ley, sino sobre una norma que de él puede deducirse mediante la interpretación. RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 29 y 30.

(73) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 34 y 35.

es más que la sustitución de otra que se propuso durante la asamblea constituyente previendo la posibilidad de una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad (74). Esto es, el artículo 161.1.a) prevé que la jurisprudencia de los tribunales se verá corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional, lo que nada tiene que ver con la posición que el legislador tiene respecto a esa misma doctrina.

Asimismo, considero que «la necesidad lógica de atribuir fuerza de obligar a la norma establecida en el razonamiento jurisdiccional» (75), no puede derivarse de un tipo específico de resoluciones como son las sentencias interpretativas. En otros términos, un principio general como que «la vinculación *de los poderes públicos* se refiere a las sentencias constitucionales *en su totalidad*» no puede obtenerse lógicamente de la necesidad de que los *aplicadores del Derecho* se sujeten a la *interpretación de la ley* que hace el juez en ese tipo de sentencias. Es decir, una cosa es que los aplicadores jurídicos estén obligados a seguir la interpretación explicitada en los fundamentos de las sentencias interpretativas, pues de lo contrario no tendrían ningún sentido, y otra muy distinta es que el legislador esté vinculado por la doctrina del Tribunal en todos los casos.

En otras palabras, la interpretación que el ex Vicepresidente del Tribunal Constitucional hace de los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC tiene como base el fenómeno particular de las sentencias interpretativas, en las que se impone o se rechaza una determinada interpretación de la ley con el fin de salvaguardar su constitucionalidad. Supuestos en los que resulta lógico que los *aplicadores jurídicos* sigan la interpretación que el juez constitucional hace *de la ley* impugnada, pero no que el *legislador* se encuentre vinculado a la interpretación que el juez hace de la *Constitución*.

Así, considero que la tesis expuesta no diferencia, por un lado, entre la fuerza vinculante de la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución que contienen las sentencias interpretativas y, por el otro lado, entre la fuerza vinculante que tiene la doctrina constitucional para los aplicadores jurídicos y

(74) RUBIO LLORENTE, Francisco, y ARAGÓN REYES, Manuel (1979): 163-165. Por su parte, Marina Gascón considera que de acuerdo con dicha disposición la interpretación realizada por el TC sobre una ley que se mantiene vigente (y no respecto de una ley declarada ilegítima), afectará también a su jurisprudencia. En opinión de la profesora de Castilla-La Mancha, ésta es la lectura más adecuada, pues resultaría superfluo suponer que el texto constitucional ha querido decir que una ley declarada ilegítima arrastra consigo a la jurisprudencia con ella producida. GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994): 75. Por su parte, Ramón Punset considera que con las sentencias estimatorias es imposible que se corrija la jurisprudencia, pues no cabe hablar de corrección de una jurisprudencia desprovista de objeto, al haber recaído sobre normas que, tras el fallo del Tribunal Constitucional, pierden vigencia y ultractividad. PUNSET BLANCO, Ramón (1997): 87.

(75) RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): 35.

para el legislador. De este modo, extiende injustificadamente el alcance de lo dispuesto por el artículo 5.1 LOPJ, que sólo obliga a los *aplicadores jurídicos* (y no al legislador) a seguir la doctrina *constitucional* [y no legal (76)] establecida en las sentencias. Sobre este punto volveré más adelante.

Por otro lado, Carles Viver considera que la «vinculación de todos los poderes públicos» a las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, como lo dispone el artículo 38.1 LOTC, alcanza a la doctrina del Tribunal, lo que impide a los legisladores reiterar el texto de una ley declarada inconstitucional (77). Sin embargo, posteriormente acepta que el legislador pueda proponer al Tribunal una revisión de su doctrina, cuando el mismo Tribunal reconozca que existen diversas interpretaciones alternativas y no se afecten directamente los derechos de los ciudadanos (78). En mi opinión, la postura de este autor no es de recibo. En primer lugar, porque el artículo 38.1 LOTC no precisa qué parte de las sentencias constitucionales (doctrina y/o fallo) vinculan a todos los poderes públicos, por lo que su literalidad no es una razón suficiente para sustentar la vinculación del legislador a la doctrina. En segundo término, no se entiende porque sólo cuando el Tribunal es el que reconoce la existencia de diferentes interpretaciones (lo que sucede en casi todos los casos, pues de lo contrario, no habría declaratorias de inconstitucionalidad) y no se afecten los derechos de los ciudadanos, procede la respuesta del legislador. Desde mi perspectiva, los desacuerdos interpretativos existen con independencia de que así los reconozca el Tribunal y, en esa medida, resulta necesario que el debate pueda continuar después de la sentencia. Además de que dichos desacuerdos son más fuertes y complejos cuando de interpretar los derechos fundamentales se trata. De ahí es que si en alguna materia deben proceder las respuestas legislativas, es precisamente cuando algún derecho fundamental está en juego (79).

(76) Sin embargo, la obligatoriedad de los aplicadores del Derecho de seguir la doctrina legal puede desprenderse del artículo 40.2 LOTC, aunque en nada afecta mi conclusión. Así, por ejemplo, en la STC 58/2010 se dice «la interpretación realizada por este Tribunal de la legalidad ordinaria vincula a los órganos judiciales en la medida en que rechazamos una determinada interpretación por ser contraria a la Constitución o cuando la interpretación que imponemos sea la única constitucionalmente posible».

(77) VIVER PIN-SUNYER, Carles (2011): 342. En una posición contraria, se encuentra Ignacio de la Cueva, para quien el legislador goza de plena libertad a la hora de desenvolver su actividad, sin perjuicio de que si desconoce la doctrina constitucional sobre una materia, pueda incidir en inconstitucionalidad y ésta ser declarada por el Tribunal Constitucional en el marco de un nuevo proceso. DE LA CUEVA ALEU, Ignacio (2010): 430.

(78) VIVER PIN-SUNYER, Carles (2011): 346.

(79) En este mismo sentido se pronuncia Zurn al analizar la Cláusula 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. ZURN, Christopher F. (2007): 306.

Por otra parte, está la vía propuesta por Xavier Pibernat para sustentar la obligación del legislador de seguir la doctrina del Tribunal. Para Pibernat, reconocer «plenos efectos» «frente a todos» de las sentencias de inconstitucionalidad significa que los razonamientos o argumentaciones jurídicas contenidas en ellas son vinculantes para todos los ciudadanos y los poderes públicos (80). Pues bien, a mi entender, esta posición incurre en un error al pretender integrar dentro de los «efectos» de una declaración de inconstitucionalidad, que por regla general será la nulidad y consecuente expulsión de la norma (81), las razones que sustentan dicha declaración. En mi opinión, el mandato según el cual las sentencias de inconstitucionalidad surten «plenos efectos frente a todos», significa que la nulidad y consecuente expulsión de la norma rige para todos los ciudadanos y poderes públicos por igual, impidiéndoles aplicar la disposición en un futuro.

Esta precisión es más entendible si tenemos en cuenta cuál fue la razón por la que se establecieron los efectos *erga omnes* de las sentencias. En efecto, el propósito que tenía Kelsen para promover los efectos generales de las sentencias era evitar que distintos jueces tuvieran diferentes opiniones sobre la constitucionalidad de una ley y, por tanto, fuera aplicada en unos casos sí y en otros no, tal y como él percibía que pasaba en el sistema estadounidense o en el sistema austríaco antes de 1920 (82). En suma, con el fin de evitar que las cuestiones concernientes a la constitucionalidad de una ley pudieran ser decididas por distintos jueces de modo contradictorio, se establecieron los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional para todos los casos futuros (83).

En otras palabras, el problema de una diversidad de interpretaciones y, por tanto, de resultados distintos, se vio solucionado permitiendo que una sola decisión sobre la inconstitucionalidad de la ley fuera obligatoria para todos los jueces y tribunales, más allá de que coincidieran o no con la interpretación que sustentaba el fallo. De esta forma se resolvía para todos el problema de si una ley era o no constitucional y, por tanto, si podía o no ser aplicada. Ahora bien, lo que esta solución no precisa es qué sucede con el desacuerdo que puedan tener los aplicadores jurídicos sobre la interpretación de la Constitución. Quiero decir, una vez aunada la decisión sobre la inconstitucionalidad de una

(80) PIBERNAT DOMENECH, Xavier (1987): 67-70.

(81) Véase el artículo 39 LOTC y las SSTC 153/1986, 18/1987 y 166/1994. Como hemos visto, esos efectos también pueden consistir en la imposición a los aplicadores del Derecho de una determinada interpretación. Efectos que, en mi opinión, también podrían ser debatidos por el legislador a través de una respuesta legislativa.

(82) KELSEN, Hans (2009): 9-15.

(83) KELSEN, Hans (2009): 8.

ley en particular, no queda claro si los jueces deberán seguir los motivos de esa inconstitucionalidad para cualquier otro caso que se presentara a futuro y remitiera a la misma cláusula constitucional que se interpretó para analizar la constitucionalidad de la primera ley. Éste es el problema sobre la vinculación de los aplicadores del Derecho a la doctrina constitucional.

De ahí, la necesidad de establecer una regla que obligue a los jueces y tribunales a seguir la interpretación de un único operador jurídico. Ésa podría llegar a ser la función que cumple, por ejemplo, el artículo 5 LOPJ. En efecto, si los «plenos efectos frente a todos» de las sentencias que establece el artículo 164.1 CE fueran suficientes para zanjar el problema interpretativo, imponiendo una interpretación constitucional para todos los jueces, resultaría superflua la previsión del artículo 5 LOPJ. Por el contrario, si entendemos que lo dispuesto por el artículo 164.1 CE se limita al *decisium*, el artículo 5.º LOPJ que establece la obligatoriedad de la doctrina constitucional para los jueces y tribunales tiene sentido.

Finalmente, De Otto considera que la sujeción del legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional tiene como fundamento el carácter de intérprete supremo que éste tiene según el artículo 1.º de su Ley Orgánica. Con sus palabras: «si (el Tribunal) puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra» (84).

En mi opinión, el fundamento que de De Otto utiliza para sostener su posición es el que más fuerza tiene, aunque no es del todo claro que debe entenderse por «intérprete supremo de la Constitución». Así, por ejemplo, para Rubio Llorente y Aragón Reyes, «la consideración de intérprete supremo de la Constitución significa, indudablemente, que la interpretación por él realizada de los preceptos constitucionales se impone, con carácter vinculante, a todos los *órganos judiciales*» (85). Esto es, para Rubio Llorente y Aragón el fundamento de la vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal no es el artículo 1.º LOTC, pues el carácter supremo que éste le otorga al Tribunal se refleja frente a los órganos judiciales.

Desde mi perspectiva, cualquiera de las lecturas expuestas del artículo 1.º LOTC son igualmente razonables, aunque tienen consecuencias opuestas. Si pensamos que el carácter de intérprete supremo implica la vinculación de to-

(84) DE OTTO, Ignacio (1987): 296. En este mismo sentido se pronuncian PIBERNAT DOMENECH, Xavier (1987): 60, y MEDINA GUERRERO, Manuel (2001): 78-81. Asimismo, el propio Tribunal ha adoptado esta posición desde su sentencia 1/1981.

(85) RUBIO LLORENTE, Francisco, y ARAGÓN REYES, Manuel (1980): 815.

dos los poderes públicos a la *ratio decidendi* de las sentencias —como opina De Otto— cerramos la puerta a las respuestas legislativas. Por el contrario, si la calidad de supremo se refleja sólo frente a los órganos judiciales —como sostienen Rubio Llorente y Aragón— abrimos la posibilidad de que el legislador responda a las sentencias del Tribunal (86). En ese sentido, la inclinación por una u otra interpretación dependerá de las consecuencias institucionales que consideremos más adecuadas, o más en general, de «cómo se conciban los papeles de legislador y Tribunal Constitucional en el desarrollo y realización de la Constitución» (87). En cualquier caso, es necesario resaltar que es la Ley Orgánica y no la Constitución pero tampoco una construcción del Tribunal sin base legal (88), la que da cabida a una interpretación como la de De Otto.

A la vista de lo expuesto, considero que en el sistema jurídico español es viable sostener la posibilidad de respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad que haga el Tribunal Constitucional. Para ello me baso en una interpretación razonable del artículo 1.º LOTC, según la cual la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos de las sentencias no es vinculante para el legislador y, en esa medida, éste puede responder a los desacuerdos interpretativos que tenga con los magistrados del Tribunal. Como ya quedó explicado, esta interpretación parte de la idea de que si bien los tribunales constitucionales pueden cooperar en la construcción y difusión de una cultura constitucional (89), no resulta necesario y es democráticamente deficiente que los otros poderes del Estado estén vinculados por su doctrina.

2.2. *El Tribunal Constitucional español ante las respuestas legislativas*

Antes de analizar los casos de respuestas legislativas en España quiero referirme a la pluralidad de preceptos y a la falta de claridad con la que el Tribunal

(86) Aunque, como hemos visto, Rubio Llorente no estaría de acuerdo con la procedencia de las respuestas legislativas con base en su interpretación de los artículos 161.1.a) CE y 40.2 LOTC.

(87) GÓMEZ MONTORO, Ángel (2001): 570-572. En opinión de este autor, el alcance de la vinculación no se extiende a todos los ciudadanos, pero sí despliega su eficacia frente a todos los portadores de poder público, en cuanto que todos ellos son aplicadores del Derecho y esa aplicación debe hacerse a la luz de los preceptos y principios constitucionales tal y como son interpretados por el Tribunal Constitucional (5.1 LOPJ). La justificación de esta capacidad de obligar está en su condición de intérprete supremo de la Constitución.

(88) Caracterización que el mismo órgano ha reiterado en sus sentencias, como, por ejemplo, en la STC 31/2010, de 28 de junio.

(89) AHUMADA RUIZ, Marian (2005): 304.

ha fundado la supuesta vinculación de los poderes públicos a su doctrina. Para empezar podemos referirnos a su primera Sentencia 1/1981, de 26 de enero, en la que el Tribunal sostuvo que basado en el artículo 1 LOTC el «Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo, de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos».

Posteriormente, con motivo de un conflicto positivo de competencia presentado por la Junta de Galicia, el Tribunal consideró que en virtud de los efectos de cosa juzgada atribuidos por los artículos 164.1 CE y 38.1 LOTC a las Sentencias que resuelven recursos de inconstitucionalidad por infracción de la distribución de competencias, los efectos vinculantes y generales se predicaban tanto de los pronunciamientos contenidos en el fallo, cualquiera que sea su sentido, como de la doctrina jurisprudencial en que se basen los mismos (ATC 14/1991, de 15 de enero). Lo que en el supuesto concreto supuso la desaparición sobrevenida de la disputa competencial, en tanto los efectos se extienden a la resolución de cualquier otro proceso constitucional en el que se reproduzca la misma controversia *entre las mismas partes* sobre la titularidad de la competencia, como sucedía en el caso.

En sentido parecido y en la misma fecha el Pleno del Tribunal resolvió (STC 6/1991, de 15 de enero) una cuestión de inconstitucionalidad promovida por la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se le planteó la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1983, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo «Rumasa, Sociedad Anónima». En esa ocasión, el Tribunal sostuvo que aun cuando ya se había pronunciado a favor de la constitucionalidad de dichos preceptos no se daba la cosa juzgada material, pues dicha determinación la había hecho a la luz del artículo 24.1 CE, mientras que la Audiencia Provincial lo planteó respecto de los artículos 33.3 y 14 CE. Asimismo, señaló que las opiniones del Tribunal si bien no integran la cosa juzgada, pues ésta se configura en el fallo y su fundamento determinante, sí valen como valoraciones jurídicas y constituyen, en cierto y buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*. Siendo la interpretación una regla vinculante (arts. 164 CE y 38 LOTC) para *los Jueces y Tribunales* según lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.

Igualmente, con motivo de otro conflicto positivo de competencia planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña, el Tribunal determinó siguiendo la doctrina de la STC 6/1991, de 25 de enero, «que la especial vinculación que para *todos los poderes públicos* tienen las Sentencias del Tribunal no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los

criterios que conducen a la *ratio decidendi*» (STC 158/2004, de 21 de septiembre) (90).

De esta forma, el Tribunal parece haber llegado a la conclusión de que el legislador sí se encuentra vinculado a su doctrina, tal y como lo reitero en su reciente STC 31/2010: «*el Tribunal Constitucional es el único competente para la definición auténtica —e indiscutible— de las categorías y principios constitucionales*». Ahora bien, hasta donde tengo conocimiento, el Tribunal no ha tenido oportunidad de estudiar la constitucionalidad de una respuesta legislativa y, por tanto, dar a conocer su posición ante una réplica concreta del legislador. Veamos.

Un primer acercamiento del Tribunal a las respuestas legislativas lo podemos encontrar en la STC 146/1994, de 12 de mayo. En ese caso se planteó al Tribunal la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 20/1989 de Adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, en tanto dicha disposición repetía, según la promovente, lo previsto por el artículo 7.3 de la Ley 44/1978 declarado inconstitucional y nulo por la STC 45/1989, de 20 de febrero. Así, para el Abogado de la Generalidad de Cataluña el artículo 3 de la Ley 20/1989 introducía un contenido jurídico idéntico al anulado por el Tribunal, lo que en su opinión vulneraba lo dispuesto en los artículos 164 de la CE y 38 de la LOTC sobre el valor de cosa juzgada de las Sentencias del Tribunal Constitucional y su plenitud de efectos frente a todos.

En esa ocasión, el Tribunal concluyó que no hubo una repetición del supuesto declarado inconstitucional (respuesta legislativa), pues el bloque normativo en uno y otro caso era distinto. Mientras que en el grupo normativo enjuiciado en la citada STC 45/1989, los sujetos pasivos integrantes de unidades familiares quedaban necesariamente sometidos a tributación conjunta con acumulación de rentas, lo que determinó entonces la inconstitucionalidad del artículo 4.2 de la Ley 44/1978, en el caso de la Ley 20/1989 analizada en la STC 146/1994, los sujetos pasivos tenían el derecho a elegir libremente por la tributación indivi-

(90) Cabe mencionar que las razones que tuvo el Tribunal para sostener dicha conclusión no son del todo claras. Esto es así, pues, por un lado, interpretó que las Sentencias del Tribunal tienen el valor de cosa juzgada (arts. 164.1 CE y 40.2 LOTC), de suerte que todos los poderes públicos, tal como lo prescribe el artículo 87.1 LOTC, están obligados a dar cumplimiento a lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Sin embargo, por otro lado, señaló que «las opiniones del Juez o Tribunal si bien no integran la cosa juzgada, pues ésta se configuran en el fallo y su fundamento determinante, sí valen como valoraciones jurídicas del Tribunal y constituyen, en cierto modo y buena medida, antecedentes dotados de *auctoritas*». Asimismo, es de llamar la atención que supuestamente sigue la STC 6/1991, pero extiende la vinculación de la doctrina a todos los poderes públicos.

dual. De ahí que el Tribunal determinó que el artículo 3 de la Ley 20/1989 no supuso la reintroducción en el ordenamiento de una norma declarada inconstitucional y, por tanto, no vulneró los preceptos que en la CE y en la LOTC regulan los efectos de las sentencias.

Como puede apreciarse, el Tribunal pareció estimar que de haberse reintroducido en el ordenamiento la norma declarada inconstitucional, sí se hubieran vulnerado los preceptos que regulan los efectos de las sentencias. Ahora bien, como ése no fue el caso, se limitó a decir que la Constitución y la LOTC no habían sido vulneradas, sin hacer mayor consideración. De ahí que con esta decisión no sea posible establecer cuál es la posición del Tribunal frente a las respuestas legislativas.

Veamos ahora los ejemplos proporcionados por Ferreres. Como ya mencioné, el profesor catalán nos brinda dos supuestos de respuestas legislativas: el caso de la regulación relativa a la interrupción de la prescripción penal y la despenalización del aborto. El primer supuesto se refiere a la réplica del legislador a la doctrina establecida por el Tribunal en su STC 63/2005, de 14 de marzo, sobre la prescripción de los delitos, en la cual este último estableció que para la interrupción del plazo no bastaba la interposición de una denuncia o querrela y requirió de la interposición de una actuación judicial.

Ante esa sentencia el legislador reaccionó reformando los supuestos en que se interrumpe la prescripción penal, aunque introduciendo un matiz a la doctrina del Tribunal. Así, estableció como regla general que «la prescripción se interrumpe cuando se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta» (91). Sin embargo, en el inciso siguiente previó que «la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia».

En otras palabras, si bien el legislador adoptó como regla general el requisito establecido por el Tribunal en la STC 63/2005 —actuación judicial— para la interrupción de la prescripción, también permitió que el cómputo del plazo se vea suspendido por un máximo de seis meses para el caso de delito y dos meses para el caso de falta, con la sola presentación de la querrela o formulación de la denuncia. Es decir, el legislador se desvió ligeramente de la doctrina del Tribunal.

(91) Artículo 132.2 del Código Penal.

Ahora bien, lo que hasta el día de hoy no podemos saber, y así será mientras no se impugne por segunda vez el artículo 132.2 CP, es la reacción del Tribunal ante la nueva regulación de la interrupción de la prescripción penal. Mientras eso sucede, lo que sí podemos conocer es el enfoque que tiene el legislador al respecto. Para ello, resulta muy útil atender a lo dicho en el apartado IX del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010: «En el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que *ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos*» (92). En otros términos, el propio legislador era consciente de las diferentes interpretaciones en pugna y pretendió poner fin al desacuerdo. Es decir, lo que este caso nos enseña es que el legislador se estima autorizado no sólo para dar una respuesta al Tribunal, sino para poner fin a la diferencia interpretativa.

En esa misma reforma al Código Penal encontramos otra respuesta del legislador a la doctrina del Tribunal. Es el caso del artículo 58.1 que prohíbe que un mismo período de privación de libertad pueda ser abonado en más de una causa, lo que según el legislador es la solución «a los problemas interpretativos surgidos acerca de cuál es el procedimiento penal donde deba abonarse el tiempo de prisión provisional sufrido por un imputado que al mismo tiempo está cumpliendo una pena de privación de libertad impuesta en otra causa» (93). Estos problemas interpretativos se habían tratado de resolver por el Tribunal a través de la STC 57/2008, de 28 de abril, en la que declaró vulnerado el derecho del recurrente a la libertad, al no habersele abonado en dos causas distintas el período de tiempo en el que simultáneamente tenía la situación de prisión provisional en una causa y de penado en otra. En otras palabras, el legislador se apartó manifiestamente de la doctrina sentada por el Tribunal (94).

Por lo que toca a la ley de plazos en materia de aborto, lo primero que debemos plantearnos es si efectivamente se trata de una respuesta legislativa. En efecto, si tenemos en cuenta que lo que el Tribunal analizó y declaró constitucional en la STC 53/1985 fue el artículo 417 bis del Código Penal, que preveía determinados supuestos en los que el aborto no es punible, la ley de plazos no es una respuesta legislativa en sentido estricto, pues no se trata de una ley de contenido similar (o incluso idéntico) a otra que haya sido declarada inconstitucional.

(92) Apartado IX del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

(93) Apartado VI del preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010.

(94) VIVER PIN-SUNYER, Carles (2011): 347.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que la ley de plazos y su sucesiva impugnación obligan al Tribunal a repensar su doctrina en relación con la titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus* y su ponderación con los derechos de la mujer. Lo cual es un claro ejemplo de un diálogo inter-orgánico y de cómo la actuación sucesiva del legislador puede orillar a los jueces a reconsiderar su interpretación, con vista en la evolución de los valores sociales dominantes.

3. CONCLUSIÓN

Mucho se ha escrito sobre la inclinación de los jueces constitucionales ha arrogarse la única palabra en materia constitucional. La teoría del diálogo es una respuesta a esa tendencia que busca cambiar la forma en que los jueces conciben su función como «guardianes» de la Constitución, al mismo tiempo que reconoce la necesidad de diseñar medios institucionales que los obliguen a asumir una posición dialógica. Una de esas posibilidades son las respuestas legislativas en sistemas de control constitucional fuerte, en tanto la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal no alcance al legislador.

La postura que he defendido a lo largo de este trabajo no autoriza ni conduce a que los fallos del Tribunal sean incumplidos, es decir, que las normas invalidadas sigan considerándose como pertenecientes al sistema jurídico o pretendan ser aplicadas, sino que la interpretación de la Constitución pueda seguir siendo debatida mientras exista un desacuerdo razonable sobre su sentido (95). Desde este punto de vista, es incorrecto considerar que la reiteración legislativa de la norma expulsada del ordenamiento sea un incumplimiento de la sentencia (96). Asimismo, de acuerdo con esta propuesta, ni la declaración de inconstitucionalidad de una disposición puede ser recurrida (pues resulta cosa juzgada formal), ni puede volver a plantearse un litigio sobre la constitucionalidad del mismo enunciado legal (que hace a la cosa juzgada material) (97). De lo que se trata, es que en un tiempo posterior, se pueda plantear nuevamente el debate

(95) Al tratar la posibilidad de respuestas a través de reformas constitucionales, Ferreres afirma que «no se trata de suprimir el derecho abstracto contenido en la Constitución, sino de expresar una determinada interpretación o consecuencia concreta de ese derecho (o de un conjunto de derechos), que difiera de la establecida por el juez», FERRERES COMELLA, Víctor (2000): 40 y 41.

(96) En sentido opuesto véase GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2011): 241.

(97) Sobre las definiciones de cosa juzgada formal y material véase PIBERNAT DOMENECH, Xavier (1987): 62. Sobre la duda de si es posible hablar de cosa juzgada material tratándose de sentencias desestimatorias véase JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): 26 a 28.

sobre el contenido de la misma cláusula constitucional, reflejado en una nueva norma legal.

En mi opinión, las respuestas legislativas son un medio idóneo para canalizar e incentivar el diálogo entre los diversos actores constitucionales. Es decir, son una forma de acercarse a una justicia constitucional deliberativa, que permite al órgano con mayor legitimidad democrática seguir debatiendo —mientras exista un desacuerdo— con esa elite jurídica que son los magistrados del Tribunal. En pocas palabras, es una forma más de compatibilizar el control judicial con la democracia deliberativa (98).

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis (1990): «La tesis de la única repuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, núm. 8.
- ALEXY, Robert (2009): «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático», en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4.ª ed. Madrid, Trotta.
- AHUMADA RUIZ, Marian (2005): *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Aranzadi.
- BAYÓN, Juan Carlos (2003): «Derechos, democracia y constitución», en Miguel CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- (2010): «Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo», en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BELLAMY, Richard (2010): *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, trad. de Jorge Urdánaz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl (1981): «Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, núm. 1, enero-abril.
- DE LA CUEVA ALEU, Ignacio (2010): «Comentario al artículo 38.1 LOTC», en Juan José GONZÁLEZ RIVAS (dir.-coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley.
- DE OTTO, Ignacio (1987): «La creación de derecho por los jueces», en *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- DIXON, Rosalind (2009): «The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference», *Osgoode Hall Law Journal*, núm. 47.

(98) Para el desarrollo de este punto véase NIEMBRO ORTEGA, Roberto (2012).

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2009): *La justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*, t. I, Madrid, Dykinson.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y SÁNCHEZ GIL, Rubén (2009a): «Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Año XV.
- (2009b): *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad. Análisis teórico referido al caso «Ley de Medios»*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRERES COMELLA, Víctor (1997): *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC.
- (2000): «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, núm. 23.
- (2011a): *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons.
- (2011b): «El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas», en *Jurisdicción constitucional y democracia*, Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, CEPC, Tribunal Constitucional.
- FISS, Owen (1979): «The Supreme Court 1978 term, Foreword: The Forms of Justice», *Harvard Law Review*, vol. 93.
- FRIEDMAN, Barry (1998): «The history of the countermajoritarian difficulty, part one: The road to judicial supremacy», *New York University Law Review*, vol. 73.
- (2004): «The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review», *University of Cincinnati Law Review*, vol. 72.
- (2009): *The Will of The People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrar Straus and Giroux.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (1994): «La justicia constitucional: Entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, núm. 41.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos (2011): «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», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 27.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel (2001): «Comentario al artículo 38 LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE.
- GOZAINI, Osvaldo Alfredo (2007): «Sobre sentencias constitucionales y la extensión erga omnes», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 8.
- GUASTINI, Riccardo (2008): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Prólogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- HABERMAS, Jürgen (2008): *Facticidad y validez*, 5.ª ed., trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1997): «Qué hacer con la ley inconstitucional», en *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, Madrid, CEPC, Tribunal Constitucional.

- KELSEN, Hans (2009): «El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, trad. de Domingo García Belaunde.
- LANDA, César (2010): «Los precedentes constitucionales: El caso del Perú», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14.
- LAPORTA, Francisco J. (2001): «El ámbito de la Constitución», *Doxa*, núm. 24.
- LIMBACH, Jutta (1999): «Papel y poder del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 2.º semestre.
- LINARES Sebastián (2008a): *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons.
- (2008b): «El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas», *Revista Mexicana de Sociología*, núm. 3, julio-septiembre.
- KRAMER, Larry (2004): *The people themselves, popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press.
- (2005): «Undercover Anti-Populism», *Fordham Law Review*, vol. 73.
- MATHEN, Carissima (2007): «Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on “Charter Dialogue Revisited”», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, núm. 1.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2001): «Comentario al artículo 1.º LOTC», en Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional, BOE.
- MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Diego (2005): «Una aproximación a la concepción deliberativa de la democracia», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 16.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto (2012): «Una aproximación a la justicia constitucional deliberativa», en *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*, México, Porrúa.
- NINO, Carlos S. (1992): *Fundamentos de derecho constitucional, análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea.
- ODDVAR ERIKSEN, Erik (2010): «Derecho democrático o gobierno de los jueces», en Agustín José MENÉNDEZ y Erik ODDVAR ERIKSEN (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC.
- PIBERNAT DOMENECH, Xavier (1987): «La sentencia constitucional como fuente del derecho», *Revista de Derecho Político*, núm. 24.
- PUNSET BLANCO, Ramón (1997): «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (algunas reflexiones a la luz de la Ponencia de J. Jiménez Campo)», Madrid, CEPC, Tribunal Constitucional.
- RAWLS, John (1996): *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, trad. A. Domènech.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, y ARAGÓN REYES, Manuel (1979): «Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional del control de constitucionalidad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7.
- (1980): «La jurisdicción constitucional», en *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas.

- RUBIO LLORENTE, Francisco (1998): «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, núm. 22.
- SALAZAR, Pedro (2006): *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SCHOR, Miguel (2010): «Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy», *Suffolk University Law School*, Research Paper 10-66.
- SUNSTEIN, Cass R. (2007): «Incompletely theorized agreements in constitutional law», John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 322. Disponible en línea: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369.
- TUSHNET, Mark (1995-1996): «Policy distortion and democratic debilitation: Comparative illumination of the countermajoritarian difficulty», *Michigan Law Review*, vol. 94.
- (1999): *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press.
- (2008): *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, New Jersey, Princeton University Press.
- VIVER PIN-SUNYER, Carles (2011): «El Tribunal Constitucional, ¿siempre, solo... e indiscutible? La función constitucional de los estatutos en el ámbito de la distribución de competencias según la STC 31/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril.
- ZURN, Christopher F. (2007): *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, New York, Cambridge.

RESUMEN

Para la teoría del diálogo constitucional el juez es un colaborador más en la construcción del significado constitucional, que si bien hace aportaciones significativas al sistema no debe apropiarse del sentido de la Constitución. La interpretación de los jueces no es la única ni es irrefutable. En este trabajo se explora la posibilidad de respuestas legislativas (ordinarias) a las sentencias constitucionales como forma de diálogo interorgánico en el sistema constitucional español. Se estima que a la luz del Derecho positivo vigente, la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional no alcanza al legislador y, en esa medida, puede reiterar la disposición declarada inconstitucional con el fin de obligar a los jueces a repensar su interpretación.

PALABRAS CLAVE: diálogo constitucional; fuerza vinculante; doctrina constitucional; supremacía judicial; Tribunal Constitucional; justicia constitucional deliberativa.

ABSTRACT

For the theory of constitutional dialogue the judge is a collaborator in the construction of constitutional meaning that although has significant input should not seek to appropriate the meaning of the Constitution. The interpretation of the judge is not the only one, or is irrefutable. In this essay I explore the possibility of legislative responses to constitutional judgments as a way of implementing dialogue in the Spanish constitutional system. I consider that attending to positive law, the legislator is not obliged to follow the constitutional doctrine of the Constitutional Court, so it is possible that it can pass a law equal to the one that was declared unconstitutional, forcing judges to have a second look.

KEY WORDS: constitutional dialogue; precedents; constitutional doctrine; judicial supremacy; Constitutional Court; deliberative constitutional justice.