



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**La Respuesta del Legislador a las
Declaraciones de Inconstitucionalidad
en el Ordenamiento Español**

D. Francisco Ortega Candela

2020

Tesis dirigida por el Dr. D. Ignacio González García y la Dra. Dña. Itziar Gómez Fernández.

*A mis padres, a mi hermana,
a María, a Elisenda, al Team Rock
y también a Aida.*

*Tú eres juez y observas todo como un dios;
estás en el Submundo y pronuncias la sentencia definitiva;
nada altera tu juicio, tus palabras no caen nunca en el olvido;
interrogas, investigas, te pronuncias, vigilas y enderezas todo.
Shamash te ha confiado la sentencia y el arbitrio;
en presencia tuya se inclinan reyes, gobernadores y nobles.
Tu vigilas los designios que les atañen y dictas sus sentencias.*

Epopéya de Gilgamesh. Rey de Uruk.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO 1 LA RESPUESTA LEGISLATIVA A LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA.....	21
I. El peso de la democracia: constitucionalismo liberal y regla de la mayoría. .	21
1. El tránsito a la afirmación de la supremacía constitucional.	21
2. La objeción contramayoritaria: el cuestionamiento de los mecanismos con que se pretende asegurar la supremacía de la Constitución.	29
II. La objeción contramayoritaria frente a la rigidez de la Constitución.	33
1. Constituciones rígidas y constituciones flexibles. El mantenimiento del <i>statu quo</i> y el mayor valor del voto de la minoría.	33
2. El debate en torno a la justificación de la rigidez constitucional.	37
2.1. La autorrefutación de la regla de la mayoría. Su conexión con el problema de la autodestrucción de la democracia y los límites materiales al poder soberano.....	37
2.2. La teoría del precompromiso.	40
2.3. La salvaguarda del procedimiento democrático.	42
2.4. La estrategia de la abstracción y la capacidad de adaptación de la Constitución.	43
III. La objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes.	45

1. Evolución y cuestionamiento de una figura controvertida. La interpretación definitiva de la Constitución en manos de los jueces.	45
2. El debate en torno a la justificación del control de constitucionalidad de las leyes.	51
2.1. La defensa general del control de constitucionalidad.	52
A) El modelo de Dworkin. La lectura moral de la Constitución y el razonamiento conforme a principios.	52
B) El modelo dialógico.	54
C) El modelo argumentativo.	56
2.2. El uso democrático del control de constitucionalidad de las leyes. ...	59
A) El originalismo.	59
B) El textualismo.	60
C) La limpieza de los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política.	62
D) La protección del superior valor epistémico al proceso democrático mayoritario.	64
IV. Paradojas a las que se enfrenta la dificultad contramayoritaria en los modernos Estados constitucionales.	66
1. El ideal del legislador democrático y sus quiebras.	66
2. La compleja relación entre regla de la mayoría e integración supranacional.	73
3. El conflicto de leyes en el Estado compuesto y el criterio de la legitimidad democrática.	78
4. La heterogeneidad de contenidos de la Constitución.	83
V. La respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad en el contexto de la objeción contramayoritaria.	89
CAPÍTULO 2 NORMATIVIDAD Y FUERZA PASIVA DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.	97
I. Soberanía y democracia en el ordenamiento constitucional español.	97
II. La supremacía normativa de la Constitución Española.	109
III. La Constitución Española como fuente de las fuentes del derecho.	124

**CAPÍTULO 3 EL LEGISLADOR: INTÉRPRETE PRIMARIO DE LA
CONSTITUCIÓN Y EL MARCO DE LA RESPUESTA A UNA
DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD..... 129**

I. El pasivo liberal de la figura de la representación y su significación actual.	129
II. El legislador como intérprete de la Constitución Española.	141
1. El monopolio normativo primario a favor del legislador.....	141
2. La libertad de configuración del legislador y sus consecuencias en la interpretación de la Constitución. Diferencias con la interpretación judicial.....	146
III. El marco de la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.	157
1. La potestad legislativa de las Cortes Generales: el quebranto de la forma única de ley.....	157
1.1. Las leyes ordinarias.....	158
1.2. Las leyes orgánicas. Dos supuestos especiales.	161
A) Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.	163
B) La autorización de tratados internacionales que impliquen cesión de competencias a una organización o institución internacional.....	166
1.3. El reglamento parlamentario.	169
1.4. El procedimiento de reforma de la Constitución.	173
2. Multiplicación de los órganos con capacidad legislativa.	178
2.1. La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas.....	178
2.2. La potestad normativa del Gobierno.....	182
A) La legislación delegada.....	182
B) La legislación de urgencia.....	187
2.3. El derecho de la Unión Europea.....	191
3. La respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad a través de actos parlamentarios sin rango de ley.	198

**CAPÍTULO 4 EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: INTÉRPRETE
SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y EL VETO A LA
RESPUESTA DEL LEGISLADOR. 203**

I. Implicaciones de la opción por un modelo concentrado de justicia constitucional en la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional.....	206
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

II. Los efectos generales de las Sentencias del Tribunal Constitucional: el veto a la respuesta del legislador.	214
1. La nulidad como efecto <i>erga omnes</i> de las Sentencias del Tribunal Constitucional.....	214
1.1. Diferencias entre nulidad y derogación: la eficacia <i>ex tunc</i> de las declaraciones de inconstitucionalidad.....	217
1.2. La nulidad como mandato que impide reintroducir el derecho ya declarado contrario a la Constitución.	221
2. Determinación de las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen plenos efectos frente a todos: la depuración del ordenamiento como criterio.	231
III. La vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional: relación entre fallo depurativo, fundamentación y mandato normativo de sus sentencias.	239
IV. Sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional.....	245
V. Una defensa del veto a la respuesta legislativa.	257

CAPÍTULO 5 EL ÁMBITO DEL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. 263

I. El presupuesto del veto: la depuración regular de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.	263
1. Sentencias y Declaraciones del Tribunal Constitucional que depuren con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o acto parlamentario.	263
2. Inconstitucionalidad por motivos formales y materiales.....	264
3. La regularidad de las sentencias del Tribunal Constitucional.	267
4. La precedencia de las sentencias del Tribunal Constitucional.....	272
II. El objeto del veto: las normas con rango de ley y actos parlamentarios en el estricto marco de la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.	275
1. Normas con rango de ley y actos parlamentarios con capacidad para vehicular una respuesta legislativa.	275

2. Norma con rango de ley o acto parlamentario idéntico, similar o que venga de manera directa a dar efecto a una norma con rango de ley o acto parlamentario depurado de inconstitucionalidad. 277

III. El sujeto del veto: la identidad del legislador. 280

CAPÍTULO 6 LA EFICACIA DEL VETO A LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR..... 285

I. El legislador frente al veto: el intérprete primario de la Constitución es también su guardián primario..... 285

II. El amparo frente a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la Mesa. 296

III. Una propuesta descentralizadora del control de constitucionalidad: la inaplicación por parte de los tribunales ordinarios de las normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador. 306

IV. El incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador..... 311

4.1. Los rasgos esenciales del incidente de ejecución de sentencias. 311

4.2. Resoluciones capaces de vehicular una respuesta del legislador anulables a través de un incidente de ejecución de sentencias: el problema de las normas con rango de ley como objeto de este procedimiento..... 322

4.3. Nulidad sin inconstitucionalidad: la vinculación del legislador a los autos y providencias del Tribunal Constitucional..... 332

4.4. ¿Una transformación del modelo de justicia constitucional? La idoneidad de las medidas de ejecución contempladas en la LOTC. 336

CONCLUSIONES 343

BIBLIOGRAFIA..... 355

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene un origen muy concreto que se remonta a la lectura de un interesante artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* por el jurista VIVER I PI-SUNYER y gráficamente titulado: «Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?».

Este artículo tenía el confesado propósito de iniciar un debate sobre una cuestión tan importante como la posición que en nuestro ordenamiento le cabe al Tribunal Constitucional en relación con la eficacia de sus sentencias.

Las dudas nos surgieron de inmediato. El artículo parecía centrarse sólo en el efecto vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional, y en ese sentido hasta parecería lógico que en un sistema de *civil law* como el nuestro, no cupiera dotar a la doctrina de un tribunal, siquiera el Constitucional, de un alcance impropio. ¿Pero qué ocurre con los plenos efectos frente a todos que la propia Constitución predica de las sentencias del Tribunal Constitucional? Expulsada una norma del ordenamiento, ¿no

supondría su reiteración un desconocimiento del fallo anulatorio? Y yendo más allá, ¿no supondría un quebranto de la supremacía de la Constitución?

La cuestión, por tanto, remite directamente a la imposibilidad de aplicar directamente a la jurisdicción constitucional la dogmática en torno a las figuras que han caracterizado los efectos de las sentencias de los tribunales ordinarios. Este problema, en cuanto al llamado efecto vinculante de las sentencias, se presentaba a las claras en el propio artículo que hemos citado y en el que el autor se veía obligado a precisar que tal figura tenía unos contornos muy amplios en el que cabían otras cuestiones, tales como el deber de los poderes públicos de adecuar el ordenamiento a lo decidido por el Tribunal Constitucional en caso de ser necesario.

Es más, ¿no es acaso la figura de la cosa juzgada la que desde un punto de vista más técnico nos remite a la dimensión negativa del respeto a las sentencias, en este caso del Tribunal Constitucional, que se impone para los poderes públicos? Sabido es que la institución de la cosa juzgada busca la paz jurídica, prohibiendo reconsiderar asuntos ya decididos. Esto, por tanto, impediría al Alto Tribunal volver a decidir sobre la constitucionalidad de una norma ya juzgada; pero, ¿impide al legislador reintroducir una norma que sea idéntica o venga a dar efectos a otra norma que ya ha sido juzgada?, ¿no es esto acaso algo que trasciende el tradicional ámbito de la cosa juzgada, que cumple su función con la imposibilidad de reproducir la cuestión?, ¿no sería esto una medida de utilidad limitada cuando el legislador decida volver a poner en pie una ley declarada inconstitucional?.

La dificultad estribaría, por tanto, en la adecuación de todas estas figuras al modelo de justicia constitucional concentrado y a su delimitación. Solo la claridad conceptual podría arrojarnos conclusiones más certeras.

Pero los problemas no se agotan en la dogmática en torno a los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, pues una cuestión como la

posibilidad de que el legislador reitere o de efectos a leyes declaradas inconstitucionales nos remite también a problemas de índole material, es decir, a si los valores materiales de la Constitución apuestan por una u otra solución. El problema, desde luego, es capaz de ser encajado en un contexto mucho más amplio que va desde los fundamentos de la supremacía de la Constitución, su disponibilidad, la relación entre rigidez constitucional y control de constitucionalidad de las leyes, la especial posición del legislador como intérprete del Texto Fundamental y órgano legitimado democráticamente. Lo cual nos lleva a su vez al tan polémico debate acerca de las razones que apuntalarían que la toma de decisiones constitucionales ordinarias última quede en manos de un órgano no legitimado democráticamente.

Como se desprende del título, este trabajo versará sobre la respuesta del legislador a las declaraciones de inconstitucionalidad en el ordenamiento español, es decir, sobre la posibilidad de que el legislador reitere o de efectos a una norma con rango de ley o acto parlamentario declarado inconstitucional. ¿Es esta la misma cuestión que intentaba dilucidar VIVER I PI-SUNYER en el citado artículo? En parte. En este trabajo vamos a intentar dar una respuesta íntegra a esta cuestión, lo cual nos exige ampliar su formulación.

En primer lugar, deberemos analizar el contexto en el que se plantea la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente combatir una declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante su reiteración. ¿Hay alguna razón que exija *a radice* aceptar esta figura? Y es que la respuesta del legislador a las declaraciones de inconstitucionalidad surge precisamente al hilo del debate sobre la dificultad contramayoritaria como instrumento que permitiría superar el déficit democrático que padecen todos aquellos ordenamientos dotados de una constitución rígida y un control de constitucionalidad de las leyes en manos de un tribunal.

En segundo lugar, se intentará, asimismo, un acercamiento al significado de la supremacía de la Constitución Española, como premisa necesaria sobre la que pivotará toda la investigación. Y por supuesto, se analizará la posición en el ordenamiento jurídico tanto del legislador como del Tribunal Constitucional, pues es necesario conocer la relación que media entre estos dos órganos y la propia Constitución.

No es este el lugar donde adelantar las conclusiones del trabajo, pero sí el de justificar su pertinencia. La tensión entre el Tribunal Constitucional y el legislador ha sido un tema muy tratado por la doctrina, pero no tanto desde este punto de vista. Con este trabajo se nos ofrece una oportunidad excepcional para señalar los quiebras de la teoría crítica en torno al control de constitucionalidad de las leyes, así como de profundizar tanto en el modelo de justicia constitucional que tiene nuestro país, como en la significación concreta de los efectos que la Constitución y la LOTC otorgan a sus sentencias. Todo ello con la vista puesta en intentar clarificar una potencial situación de choque de interpretaciones entre dos órganos esenciales de nuestro orden constitucional.

Capítulo 1

La respuesta legislativa a las declaraciones de inconstitucionalidad en el contexto de la dificultad contramayoritaria.

I. El peso de la democracia: constitucionalismo liberal y regla de la mayoría.

1. El tránsito a la afirmación de la supremacía constitucional.

La jurisdicción constitucional ha sido desde sus mismos orígenes una figura controvertida por la clara incidencia que tiene sobre la ley en tanto que producto normativo que emana del legislador democrático, representante directo del pueblo. La experiencia estadounidense no sólo es el primer y paradigmático ejemplo de introducción de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes residenciado en los tribunales,¹

¹ En su sentido más moderno. La práctica norteamericana, que vino precedida por las ideas de HAMILTON y quedó afirmada en la famosa sentencia del Tribunal Supremo *Boerne vs. Flores* (con permiso de la inaugural *Marbury vs. Madison*), erigió a los tribunales a la posición de guardianes de la Constitución, que mediante la inaplicación de aquellas leyes que la contradijeran, se constituían en verdadero límite al poder legislativo. No obstante, se pueden rastrear ciertos precedentes de esta figura. LOEWENSTEIN cita los *graphae paranomon* en la democracia ateniense, los *fueros* de la última etapa del

sino también de las enormes dificultades que ha atravesado. Su implantación no fue ni pacífica, ni temprana, ni constante, ni ha estado exenta de crítica hasta el día de hoy. Prueba de ello es que el sistema ideado por Kelsen, segundo gran hito en la conformación de la jurisdicción constitucional, pretendía rebajar a mínimos el inevitable conflicto con el legislador a través de la racionalización, concentración y sometimiento a límites de la capacidad de anular las leyes.²

El indiscutible éxito y extensión de la fórmula no debe llevarnos a engaño. Ya se trate del sistema de control difuso de origen estadounidense o del sistema concentrado de raigambre kelseniana,³ la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su incidencia en el ordenamiento provoca agrias tensiones con la idea misma de democracia.

La variable del principio democrático ha estado así en el centro de todos los problemas en torno a la formación y mantenimiento de la unidad del poder que singulariza la ley,⁴ y en concreto en cuanto a las posibilidades de manifestación de autogobierno que expresa el respeto a una regla externa. Se trata, en definitiva, de acercarse en la práctica al ideal

feudalismo en Aragón y Navarra, y el *droit d'enregistrement* de los *parlements* en la Francia del *ancien régime*. Vid. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1973, pág. 310.

² Baste con consultar su clásico «La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)», y que he manejado en la traducción de TAMAYO Y SALMORÁN, revisada por GARCÍA BELAUNDE y publicada en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011.

³ Sistemas cuyas diferencias, por otra parte, han sido puestas en tela de juicio debido a los acercamientos e hibridaciones que ha habido entre ellos. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, «La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional», en su libro *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dickinson, 2013, págs. 925 y ss.

⁴ Como afirma AZPITARTE SÁNCHEZ, «la ley ha desempeñado históricamente un papel capital en la conservación de la unidad del Estado, albergando el pluralismo y, al mismo tiempo, reconduciéndolo a una decisión vinculante para todos sus destinatarios», «La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado», *Fundamentos*, núm. 8, 2014, pág. 258.

rousseauiano de asociación en la que los ciudadanos deben ser capaces «de defender y proteger, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo tal que cada uno de éstos, en unión con todos, solo obedezca a sí mismo, y quede tan libre como antes».⁵ Conocido es que la solución intentó vehiculizarse a través del mecanismo de la representación, con el cual se concedía capacidad de acción política al pueblo o nación,⁶ propiciando la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos.⁷

Surge así, a partir de las experiencias revolucionarias americana y francesa de finales del siglo XVIII, el concepto liberal-burgués o racional-normativo de Constitución,⁸ entendida como complejo normativo que se establece de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se desarrollan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos,⁹ así como con los individuos que, a partir de entonces, adquieren el estatus de ciudadanos.

⁵ ROUSSEAU, *El contrato social*, Libro II, Cap. VI. Vid. al respecto RODILLA GONZÁLEZ, «¿Soberanía popular en el estado constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XXX (Nueva Época), 2014.

⁶ GARRORENA MORALES, *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991, pág. 23 y ss.

⁷ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 259.

⁸ Cfr. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 15-24 y GARCÍA-PELAYO, «Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37-38, 1948, págs. 55-66. Para una exhaustiva exposición de los distintos conceptos de Constitución vid. la obra clásica de SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1ª ed., 6ª reimpr., 2009, págs. 29-62.

⁹ Hemos utilizado la clásica definición de GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984 (reimpresión de la 7ª edición, de 1961), pág. 30.

En estrecha conexión con esto último, la Constitución así entendida debe responder a los principios democrático y liberal. Con el primero de ellos se reconoce al pueblo como titular de la soberanía que, erigido en poder constituyente, organiza la comunidad política dándose a sí mismo una Constitución¹⁰ y asegurándose la participación en la toma política de decisiones a través de los mecanismos de la representación y del derecho de sufragio.¹¹

Por otro lado, con el principio liberal se pretende que la esfera de libertad de los ciudadanos no quede anulada por el poder político, estableciendo como garantías la separación de poderes y el respeto a los derechos fundamentales.¹²

En fin, y como corolario lógico de tal construcción, se consagra el principio de supremacía constitucional: La Constitución es así la norma fundante del ordenamiento jurídico, en cuya cúspide se inserta, siendo ella misma fuente del derecho y fuente de las fuentes del derecho. El establecimiento de una Constitución entendida como norma fundante de un ordenamiento, en cuya cúspide se inserta, implica necesariamente que se proceda desde ella misma a la distribución del poder de creación del derecho.¹³ Y desde el mismo momento de su promulgación el ordenamiento jurídico de ella derivado queda sujeto al respeto de sus disposiciones.

¹⁰ Concepción que entra en conflicto con el llamado dualismo monárquico en el cual la Constitución deriva de la voluntad del Rey (Constitución otorgada), cuyo poder es originario y prejurídico. Vid. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, págs. 133 y ss.

¹¹ DE VEGA, «Constitución y Democracia», en VV.AA., *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1983, pág. 68.

¹² En la conocida fórmula del artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano («Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución»).

¹³ Esta es la garantía primera e irrenunciable sobre la que opera la sujeción a la Constitución y sin la cual carecería de sentido su mismo establecimiento. Así para

Dos son los mecanismos con que se pretende el aseguramiento de la mencionada supremacía constitucional: la rigidez, entendida como la imposibilidad de que el legislador ordinario pueda modificar la Constitución,¹⁴ y el control de constitucionalidad de las leyes. Y es que, como afirma CRUZ VILLALÓN, «la conexión entre primacía de la constitución y control de constitucionalidad es tan estrecha que habría que preguntarse si el control de constitucionalidad no sería el mismo presupuesto de la primacía de la Constitución», concluyendo que «aunque la idea de la primacía de la Constitución ha sido inseparable, desde su origen, del concepto mismo de Constitución sólo ha alcanzado a ser un “específico concepto dogmático” cuando de ella se han hecho derivar consecuencias jurídicas concretas para las normas con pretensiones de validez opuestas a aquélla».¹⁵

KELSEN, la Constitución en sentido material tendría precisamente como función la «de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir», *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 4ª ed., 2009, pág. 109.

¹⁴ DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 59.

¹⁵ *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, págs. 26-27. En este sentido ARAGÓN REYES afirma que «no es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado social y democrático de derecho, si no descansa en la existencia y efectividad de los controles», *vid.* «Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control», dentro del recopilatorio *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pág. 102, trabajo también publicado con anterioridad como libro y con el mismo título en Buenos Aires, 1995. Con respecto a que tal control haya recaído tradicionalmente en los tribunales, hasta el punto de que la expresión «control de constitucionalidad» se ha convertido en una sinécdoque con la que se designa la parte por el todo, es clásica la defensa de HAMILTON, para quien las «limitaciones sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los Tribunales de Justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios será letra muerta», *El Federalista*, (Cap. 78), cito por la traducción de Gustavo R. Velasco, y cuyo título completo es *El federalista: los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943 (reimpr. 2006). Sin embargo, el control jurisdiccional, lejos de ser el único posible, convive con los controles políticos y sociales, como bien expone el profesor ARAGÓN REYES en su obra

Sin embargo, sabido es que la suerte que corrió toda esta construcción fue muy desigual a ambas orillas del atlántico. Mientras que en Estados Unidos se pretende asegurar la supremacía constitucional frente a las leyes y a cualquier otra fuente del derecho como muestra de la actitud de desconfianza que se tiene hacia el legislador,¹⁶ en Europa lo que se busca es asegurar ante todo la supremacía de la ley. Las causas de esto último pueden encontrarse en la propia historia política de Europa. Por un lado, por la circunstancia de que el moderno Estado liberal debe construirse frente al aparato administrativo de la monarquía, dando lugar a la dualidad estado y sociedad, en el que aquel, encarnado en el monarca y su gabinete, como poder originario y al margen de lo jurídico, debe ser sometido a la ley en tanto que producto de la voluntad racional de los individuos.¹⁷ Por otro lado, por la imposibilidad de definir al poder constituyente por su identidad con el pueblo,¹⁸ que se ve así sustituido por un Parlamento ajeno al pluralismo político y que se convierte en el más fiel y moderado guardián de los principios jurídicos básicos que recogen las Constituciones.¹⁹

citada en el párrafo anterior. Tampoco se han dejado de ensayar fórmulas que otorgan el control de constitucionalidad a órganos políticos, sobresaliendo el proyecto de *Jury constitutionnaire* de SIEYÈS. Vid. PARDO FALCÓN, «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del consejo constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, 1991, pág. 246 y ss.

¹⁶ Vid. asimismo DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 130.

¹⁷ Como afirma DE OTTO, *ibid.*, pág. 132: «La ley es así creación de la sociedad a través de sus representantes, voluntad de los propios ciudadanos, no voluntad del aparato estatal. Al obedecer a la ley no obedecemos en rigor al Estado, al poder, sino a nosotros mismos; por ello, la libertad consiste en no obedecer más que a las leyes».

¹⁸ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 259 y sobre el principio de identidad *vid.* SCHMITT, *Teoría de...*, *op. cit.*, pág. 205 y ss.

¹⁹ Mediante el sufragio censitario, el bicameralismo que garantiza la representación de la aristocracia y de la burguesía y la intervención del rey mediante la sanción o el veto se elimina el riesgo de que los fundamentos de la sociedad liberal se vean vulnerados por el parlamento. Vid. DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 132-133.

Del imaginario político europeo se aleja así la idea del poder legislativo como poder potencialmente arbitrario y necesitado de control que sí había estado presente en la experiencia americana. Es así como, con mayor o menor intensidad, la ley va paulatinamente caracterizándose con los atributos propios del soberano,²⁰ produciéndose una confusión entre el poder constituyente y legislativo.²¹

Hasta el final de la Segunda Guerra Mundial no se retoman en Europa los viejos conceptos del liberalismo político con la intención, ahora sí, de dotar a la Constitución de una normatividad efectiva.²² Se busca que el momento constituyente tenga una especial legitimidad democrática que sea capaz de explicar el sometimiento de la comunidad política a la norma suprema con la que se organiza jurídicamente y se autolimita. Supremacía constitucional, rigidez y derechos fundamentales adquieren ahora una dimensión efectiva en un ordenamiento abierto por vez primera al pluralismo y que busca su garantía misma en el sometimiento de todos los poderes del Estado, incluido el legislador, a la Constitución democrática. Como bien ha explicado FERRAJOLI, si «el primer paso en dirección a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes fue la afirmación moderna del principio de legalidad como norma de

²⁰ El ordenamiento se estructura así a partir de la idea de fuerza de ley en su doble faceta activa como capacidad exclusiva para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente y pasiva en cuanto que no puede ser modificada ni derogada sino por otra ley. *Vid.* RUBIO LLORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pág. 422.

²¹ A este resultado conducen tanto el monismo parlamentario francés como la doctrina inglesa del *rule of law* o la construcción del Estado de Derecho en Alemania. Al respecto sigue siendo ejemplar el resumen de DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 128 y ss. También puede consultarse GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, págs. 22 y ss., y más extensamente la excelente y ampliamente documentada obra de BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

²² AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 300.

reconocimiento del derecho vigente y fuente de legitimación de los poderes, [e]l segundo paso fue la supresión también de aquel residuo de absolutismo que en el primer estado de derecho permanecía en el legislador, a través de la subordinación también de éste a la ley constitucional. De modo que en las actuales democracias dotadas de constitución rígida no existen en vía de principio [...] poderes soberanos y absolutos, en el sentido de *legibus solutus*». ²³ De todo ello derivaría, por un lado, un perfeccionamiento de la democracia, en tanto que el sometimiento de la ley a la Constitución -y en especial a los principios y derechos fundamentales establecidos- coincide con «prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría [que] equivalen a otras tantas garantías de los derechos fundamentales, los cuales corresponden [...] a fragmentos de soberanía, es decir, a poderes, contrapoderes y expectativas estipuladas para todos y cada uno en tutela del método democrático mismo». Pero también, por otro lado, se establece un límite a la democracia, al restringir los poderes de la mayoría, en otro caso absolutos. ²⁴

En definitiva, el moderno constitucionalismo se enfrenta a la intuición esencial de que, si el procedimiento de decisión por la regla de la mayoría no se sujeta a restricciones sustantivas, pueden ser tomadas a través de él decisiones con cualquier contenido, incluidas aquellas que atenten contra los derechos de los ciudadanos y, por tanto, de uno de los pilares fundamentales de la democracia constitucional. ²⁵

²³ FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia Vol. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2016, pág. 45.

²⁴ *Ibid.* pág. 43.

²⁵ BAYÓN, «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, Buenos Aires, 2000, págs. 68-69. La discusión es, por supuesto, mucho más antigua y puede rastrearse hasta los orígenes del constitucionalismo estadounidense. Al respecto puede consultarse la serie de artículos que FRIEDMAN ha dedicado a la historia de la objeción contramayoritaria: «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», *New York University Law Review*, núm. 73, 1998; «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court», *Georgetown Law Journal*, núm. 91, 2002; «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three:

2. La objeción contramayoritaria: el cuestionamiento de los mecanismos con que se pretende asegurar la supremacía de la Constitución.

Es en el escenario que acabamos de describir donde surge la llamada objeción o «dificultad contramayoritaria», expresión ideada por BICKEL²⁶ y que engloba dos cuestiones distintas pero interrelacionadas. La primera de ellas hace referencia a las restricciones a la capacidad decisoria de la mayoría legislativa provocadas por los procedimientos reforzados de reforma constitucional.²⁷ La segunda apunta ya directamente al poder de revisión judicial y se pregunta por qué los jueces, en el marco de una Constitución rígida, están autorizados a vetar de manera definitiva las leyes.²⁸

Ha sido WALDRON el que de una manera más decidida ha criticado las bases del constitucionalismo. Su teoría parte de la premisa de que toda regla última de decisión colectiva debe ser estrictamente procedimental, a

The Lesson of Lochner», *New York University Law Review*, núm. 76, 2001; «The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 148, 2000; «The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five», *Yale Law Journal*, núm. 112, 2002.

²⁶ *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, págs. 16-17.

²⁷ Aquí LINARES diferencia dos objeciones «La primera es una objeción democrática “a secas”, y se pregunta: ¿cuál es la razón para que una minoría sea capaz de bloquear el cambio o la reforma constitucional pretendida por las mayorías legislativas? La segunda objeción, [denominada objeción intertemporal], apunta a la rigidez constitucional, que vuelve costosa la reforma y hace que perdure inalterable en el tiempo. Esta objeción se pregunta: ¿por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por lo que decidieron las generaciones pasadas, si no han podido participar en dicho arreglo?». *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 28.

²⁸ BAYÓN, «Derechos, democracia ...», *op. cit.*, págs. 66-67.

riesgo de incurrir en un regreso al infinito. Es necesaria una respuesta autoritativa final que, por el hecho de su inatacabilidad, no estará sujeta de manera efectiva a criterios de corrección material.²⁹

En las sociedades reina el desacuerdo sobre lo que es justo y sobre cómo debe organizarse la vida política, por lo que, en ausencia de unanimidad, se ha tenido que tomar de alguna manera la decisión sobre qué límites imponer constitucionalmente a la mayoría; límites sobre los que necesariamente habrá que seguir tomando decisiones a fin de precisarlos o, en su caso, modificarlos. Esto significaría que el constitucionalismo no consiste en un procedimiento de decisión al que se le imponen restricciones sustantivas, «sino en una combinación de procedimientos, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros».³⁰

²⁹ WALDRON, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, págs. 32-33; BAYÓN, «Derechos, democracia ...», *op. cit.*, pág. 72. También afirma WALDRON en otra parte que a no ser que pensemos en una cadena interminable de apelaciones, la decisión última siempre debe recaer en alguna persona o institución. *Derechos y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, pág. 355. Por su lado, ALEXI, desde una posición en las antípodas de la waldroniana, ha defendido también la necesidad de una respuesta autoritativa que ponga fin al conflicto. *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2008., pág. 202.

³⁰ La cita es de BAYÓN, *ibid.*, pág. 71. Este autor añade a continuación que: «En los momentos de política constituyente –ya sean originarios o de reforma constitucional– la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado –cualquiera que sea– que arroje un procedimiento (el de aprobación –o revisión– de la constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, cualesquiera que éstos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente la mayoría de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material».

En definitiva, si toda regla de decisión última debe ser estrictamente procedimental, la cuestión no se reduce a elegir entre un procedimiento con restricciones y otro que no las tiene, sino entre dos modelos de decisión colectiva a través de los cuales, si bien con sus propias particularidades, es en teoría posible adoptar decisiones con cualquier contenido. El establecimiento de mayorías reforzadas y de la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones tomadas por el legislador no implica haber optado por un método de decisión restringido materialmente, sino que tan solo traslada la capacidad de decidir irrestrictamente al órgano llamado a practicar aquella revisión. Es decir, ambos modelos son falibles y ninguno garantiza por principio que la minoría o incluso la propia mayoría no sea oprimida.³¹

La pregunta se impone: ¿qué modelo es preferible? Y la respuesta está clara para WALDRON: si aceptamos una concepción de la justicia que establece principios y atribuye derechos, debe preferirse la pura regla de la mayoría. Esta es la única que reconoce la igual capacidad de autogobierno de las personas y el derecho a que su voz tenga el mismo valor que la de cualquier otro en la toma pública de decisiones.³²

³¹ *Ibid.* pág. 72; WALDRON, «A Right-Based...», *op. cit.*, pág. 33.

³² *Ibid.*, págs. 36-38. Para KELSEN, el valor del principio de la mayoría absoluta estriba en su «aproximación relativamente mayor a la idea de libertad». Las personas nacen ya por lo general en regímenes constituidos y en cuyo origen no han tomado parte. Solo les queda, por tanto, el desenvolvimiento y rectificación de ese orden y cuanto «mayor sea la mayoría necesaria para imponer un cambio a la voluntad del Estado» más problemática resulta la garantía de la libertad individual. Esta idea coincidiría con la que WALDRON hemos visto que formula como «igual capacidad de autogobierno de las personas». La posición de estos dos autores difiere, sin embargo, en el alcance que tiene la idea de igualdad de valor como fundamento de la regla de la mayoría. Si para el segundo es esencial que la opinión de cada persona tenga el mismo valor, para el primero esa igualdad «es sólo una imagen, y no puede significar la efectiva mensurabilidad de las voluntades o de las personalidades humanas ni tampoco la posibilidad de sumarlas», KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1977, págs. 22-23.

Así las cosas, queda cuestionada la idoneidad de los dos mecanismos con que el moderno constitucionalismo pretende asegurar la supremacía de la Constitución, es decir, la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes, y que vamos a pasar a analizar por separado.

Pero antes de continuar debemos hacer una puntualización sobre la que, sin embargo, tendremos oportunidad de volver más adelante con mayor detenimiento. Nos referimos al hecho de que la objeción contramayoritaria se ha configurado siempre como una cuestión que atañe ante todo a los derechos. El problema del constitucionalismo, se dice, es encajar el doble compromiso que tiene, por un lado, con la idea de derechos, es decir, con una dimensión sustantiva de la legitimidad y, por otro lado, con la idea de democracia, es decir, con la dimensión procedimental de la legitimidad expresada por el sufragio universal y la toma de decisiones legislativas a través de la regla de la mayoría.³³

Sin embargo, la objeción contramayoritaria, en los términos ya vistos en el apartado anterior, es perfectamente susceptible de ser aplicada también a la parte orgánica o procedimental de las constituciones. Por un lado, al tener la Constitución una normatividad efectiva y situarse en la cúspide del ordenamiento, todas sus normas se erigen en límite material a la capacidad de decisión de los poderes constituidos. Por otro lado, tanto desacuerdo puede haber sobre los derechos como sobre las concretas instituciones, procedimientos o estructura territorial con que una comunidad política se quiere dotar. Como ya hemos adelantado, la cuestión ha ido por otros derroteros, e incluso se ha impuesto en la doctrina referirse a este problema con la significativa expresión de «coto vedado de derechos» desde que la ideara GARZÓN VALDÉS.³⁴ Es por todo ello que, como bien podrá advertir

³³ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 45.

³⁴ «Representación y democracia», *Doxa*, núm. 6, 1989.

el lector, el debate del que se dará cuenta en los siguientes apartados pivota casi exclusivamente alrededor los derechos constitucionales.

II. La objeción contramayoritaria frente a la rigidez de la Constitución.

1. Constituciones rígidas y constituciones flexibles. El mantenimiento del *statu quo* y el mayor valor del voto de la minoría.

Fue un acierto del profesor ARAGÓN REYES diferenciar entre supremacía y suprallegalidad constitucional. Se entiende que aquella es «una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre [...] un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política». La suprallegalidad sería, en cambio, «la garantía jurídica de la supremacía».³⁵ En este esquema, la rigidez de la Constitución, el establecimiento de un procedimiento reforzado de revisión de la misma, no es requisito esencial de su supremacía, ni tampoco de su suprallegalidad.³⁶ El verdadero requisito de la suprallegalidad, entendida como la cualidad predicable de aquellas constituciones cuya supremacía se afirma jurídicamente, es que

³⁵ «Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 50, 1986, pág. 23. Para este autor solo serían constituciones auténticas aquellas en que la pretensión de legitimidad que la supremacía encierra opera y se hace real y efectiva a través de la suprallegalidad. La idea de constitución como «asiento fundamental del ordenamiento estatal» es para KELSEN la razón por la que se debe asegurar su estabilidad mediante procedimientos especiales de revisión. KELSEN, «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 259-260.

³⁶ AHUMADA RUIZ ha defendido que el carácter supremo de los textos constitucionales se presenta con independencia de lo que ella considera que son aspectos formales como su rigidez o el establecimiento de un control de constitucionalidad de las leyes en manos de un tribunal, *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005, pág. 128 y ss. En este mismo sentido defiende DE OTTO que «no es posible [...] afirmar que la Constitución es norma suprema porque existe una jurisdicción que sanciona la conducta inconstitucional, sino más bien al contrario: la existencia de esa jurisdicción sólo es posible porque la Constitución Española es norma suprema», *Derecho constitucional, op. cit.*, págs. 24-25.

la fuente de producción de la Constitución y de la ley ordinaria sean distintas, es decir, que se distinga entre poder constituyente y poder constituido.³⁷

Es a esto a lo que se refería DE OTTO al afirmar que una Constitución flexible, es decir, aquella que puede ser modificada por el procedimiento legislativo ordinario, es también norma superior «si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de manera expresa, porque en tal caso subsiste la identidad de la norma constitucional».³⁸ Pero entonces lo que realmente ocurre en este caso es que ya no nos encontramos ante una Constitución flexible en los nítidos términos de la clásica definición de BRYCE, en que aquella procede de las mismas autoridades y es promulgada o abolida según el mismo procedimiento fijado para las leyes ordinarias, lo cual propicia que sea «difícil decir de cualquier ley en particular [...] si es o no parte de la Constitución política».³⁹ Aceptar la prohibición de la reforma implícita de la Constitución o, en otras palabras, exigir que cualquier reforma de la misma deba identificarse de manera expresa, es dotarla de rigidez, siquiera sea en su grado más mínimo.⁴⁰

³⁷ ARAGÓN REYES, «Sobre las nociones de supremacía...», *op. cit.*, pág. 25-26.

³⁸ *Derecho constitucional, op. cit.*, pág. 67. Esta es la llamada tesis de la prohibición de la reforma implícita de la constitución.

³⁹ BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, pág. 9.

⁴⁰ No coincidimos en esto ni con DE OTTO, ni con ARAGÓN REYES, que consideran este supuesto como un caso de constitución flexible. Para el antiguo magistrado del Tribunal Constitucional «la Constitución es flexible porque la voluntad legisladora que puede modificarla se forma en condiciones idénticas a como se forma la voluntad legisladora ordinaria. El simple nominalismo no supone, en ese caso, una especificidad procedimentalmente relevante.», «Sobre las nociones de supremacía...», *op. cit.*, pág. 25-26. KELSEN también parece desechar que el «simple nominalismo» dote a la constitución de una superioridad efectiva, pues «la distinción de la forma constitucional y de la forma legal ordinaria» solo aparece «sometiendo la revisión [de las normas constitucionales] a un procedimiento especial que contienen condiciones más difíciles de reunir». «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 260.

Viene al caso lo dicho porque la intensidad de la objeción contramayoritaria dependerá directamente del grado de rigidez de la Constitución. De tal objeción no deriva por principio impugnar la supremacía de la Constitución en tanto que norma fundamental, pero sí su rigidez como mecanismo de supralegalidad que pretende garantizar jurídicamente aquella.

Dos son, en realidad, las objeciones que se plantean. La primera de ellas afecta tan solo a las Constituciones rígidas que exigen mayorías reforzadas para su revisión y se plantea qué es lo que justifica que la minoría pueda bloquear la voluntad de reforma de la mayoría.⁴¹ La exigencia de mayorías reforzadas privilegiaría el *statu quo* y daría mayor valor al voto de la minoría.⁴² Por el contrario, aquellas constituciones que establecen un procedimiento agravado de reforma⁴³ pero que sujetan la

⁴¹ Las mayorías reforzadas no son la única modalidad de agravamiento antimayoritario de las reformas constitucionales. Ha de tenerse en cuenta también el número de instituciones políticas que deben dar su consentimiento a la reforma, tal y como ocurre en Estados Unidos, donde junto al consentimiento del Congreso federal debe concurrir también el de los legisladores de tres cuartas partes de los Estados. En un sistema así, aún en el hipotético caso de que todos los legisladores en liza sometieran a la regla de la mayoría la decisión sobre la reforma, se seguiría produciendo un bloqueo de la voluntad de reforma de la mayoría al exigirse la conformidad de más de la mitad de aquellos. *Vid.* FERRERES COMELLAS, «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 31.

⁴² LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 48; LAPORTA, «El ámbito de la constitución», *Doxa*, núm. 24, pág. 468; BAYON, «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 73. Tal y como afirma este último autor: «Vista en negativo, la exigencia de mayoría reforzada equivale al poder de veto de la minoría: atribuye desigual valor al voto de partidarios y oponentes de la propuesta que se vota, lo que es tanto como decir que constituye un procedimiento que no les trata como iguales».

⁴³ Ya sea porque requieren más rondas de debate, la creación de comisiones, la disolución previa o posterior del parlamento, la aprobación mediante referéndum por el pueblo o porque simplemente exigen que la reforma se haga de manera explícita, entre otras.

decisión final a la regla de la mayoría no incurrirían en este sesgo a favor de la minoría.⁴⁴

La segunda objeción, que ha sido denominada «intertemporal»,⁴⁵ afecta a todas las constituciones rígidas, cualquiera sea su grado, y se plantea qué es lo que justifica que las generaciones futuras se vean sujetas por lo que decidieron las generaciones pasadas en un texto que aquellos no tuvieron oportunidad de aprobar.⁴⁶ Ante esto, incluso aquellas constituciones con un grado mínimo de rigidez que veíamos más arriba, es decir, aquellas que sólo exigirían que la reforma constitucional se hiciese de manera expresa pero sin ninguna diferencia con el procedimiento legislativo ordinario, ceden ante la objeción, pues incluso esa exigencia puede comportar costes políticos que privilegien el mantenimiento del *statu quo*.⁴⁷

⁴⁴ Ejemplos de constituciones de rigidez mayoritaria no faltan. *Vid.* Constitución de Dinamarca (artículo 88), de Irlanda (artículo 46) y de Suecia (Capítulo VIII, artículo 15).

⁴⁵ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 48.

⁴⁶ El planteamiento clásico aquí es del de JEFFERSON, para quien es indudable que el mundo pertenece a las generaciones vivas y que por tanto la constitución no debería servir como instrumento con el sujetar a los vivos a la voluntad de los muertos. *Cfr. Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 24; RUIPÉREZ ALAMILLO, «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 75, 1992, pág. 236.

⁴⁷ No obstante, LAPORTA ha puesto de manifiesto lo problemático que resulta acudir a una entidad tan abstracta como la «generación». Son los individuos los que tienen derechos, y no las generaciones. Y son aquellos los que tienen derecho a decidir sobre los contenidos y reformas de la constitución. Entonces la objeción debería formularse en términos individuales. «Pero si lo hacemos acabaremos en conclusiones difíciles de aceptar. Porque en efecto, incluso si presuponemos que los individuos tienen ese derecho, por ejemplo, sólo a partir de los 18 años, todos los días hay alguien que cumple 18 años. Pues bien, en sentido estricto, a partir de ese momento todas las decisiones constitucionales o legales (directas o representativas) tomadas antes pero que ahora le afectan y todas las decisiones constitucionales o legales que vayan a tomarse en el futuro tendrían que estar sujetas a la exigencia de “que su voz sea oída y que cuente en la elaboración de la decisión pública”; es decir, en virtud del fundamento mismo de la objeción democrática ese nuevo ciudadano podría exigirnos que reabriéramos todo el proceso decisorio porque si no lo hiciéramos estaríamos traicionando los presupuestos de que decimos partir.[...] Acabaríamos por concluir que para respetar el derecho a participar de

En puridad, solo una Constitución totalmente flexible es capaz de dar cuenta de la objeción contramayoritaria en sus dos dimensiones, pero entonces estamos ya ante un escenario donde la confusión entre poder constituyente y poderes constituidos puede llegar a hacer extremadamente dificultosa la propia identificación de la Constitución.

Sin embargo, como es sabido, tanto en Estados Unidos como en la Europa post Segunda Guerra Mundial, la rigidez ha sido considerada como un requisito indispensable con el que asegurar la supremacía constitucional, por lo que prácticamente la totalidad de los ordenamientos prevén procedimientos más o menos reforzados de revisión de la Constitución.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Hay alguna razón que justifique que haya asuntos sobre los cuales la mayoría no pueda decidir?⁴⁸ Es este el problema de la justificación de la rigidez de la Constitución y sobre el cual se han ofrecido diversas respuestas, que vamos a pasar a analizar.

2. El debate en torno a la justificación de la rigidez constitucional.

2.1. La autorrefutación de la regla de la mayoría. Su conexión con el problema de la autodestrucción de la democracia y los límites materiales al poder soberano.

La primera justificación de la rigidez constitucional que aquí queremos exponer y -en nuestra opinión- una de las más interesantes, es la

cada uno en los términos estrictos de la objeción sería necesario reabrir el proceso decisorio. Y como todos los días habría algún ciudadano en esta situación, eso sería tanto como mantener permanentemente abierto ese proceso. Y en ese caso terminaríamos por no decidir nunca y con ello por hacer imposible la posibilidad de gobernarnos mediante reglas». *Op. cit.*, pág. 481-482.

⁴⁸ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 46.

posibilidad de que la objeción democrática al constitucionalismo se autorrefute. Y es que, en un principio, nada impediría que a través de la regla de la mayoría se pudiera decidir abandonar esa misma regla en favor del establecimiento de mayorías reforzadas para la toma de ciertas decisiones. Estas limitaciones serían un producto del propio funcionamiento de la regla de la mayoría y no algo externo y previo a la misma.⁴⁹ Esto aboca a quienes defienden la superioridad del procedimiento de decisión mayoritario por encima de cualquier otro, ante la delicada situación de comprometerse con la intangibilidad de los valores de fondo que inspiran dicha regla y considerarla, por tanto, inmodificable, o aceptar que esos mismos valores de fondo legitiman la adopción de cualquier decisión, incluida la del abandono de la regla de la mayoría y su sustitución por otra. Se trataría, como afirma BAYÓN, «de aceptar la regla de la mayoría como auto-comprensiva [*self-embracing*] o abierta al cambio» o «aceptarla como regla de decisión continua o cerrada al cambio».⁵⁰

No es difícil establecer un paralelismo entre la situación anteriormente descrita y la que se plantea, desde el punto de vista del constitucionalismo, con el problema de la autodestrucción de la democracia.⁵¹ Para entenderlo es preciso partir de la especial posición del soberano y del principio democrático en una Constitución. La legitimidad de la Constitución democrática es tanto externa, puesto que ha sido adoptada democráticamente, como interna, por cuanto el estado que se establece es un estado donde se asegura la democracia. Por ello no es posible entender jurídicamente una Constitución democrática si se atiende solo a su validez

⁴⁹ BAYÓN, «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 76.

⁵⁰ En opinión de este autor la única opción plausible para quienes consideran que la regla de la mayoría «encarna un ideal que se reputa valioso —el de la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas—», implica que «una comunidad no debería poder decidir por mayoría dejar de decidir por mayoría, pues en un acto semejante aquel ideal se autoanularía». «Derechos, democracia...», *op. cit.*, págs. 76-77.

⁵¹ DAHL, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 2009, pág. 206.

-su legitimidad externa-, sino que ha de atenderse también a su propia legitimidad interna.⁵²

Pero una cosa es establecer el principio democrático como principio legitimador del orden que el soberano estatuye, y otra muy distinta es instituirlo en límite material a lo que aquel puede decidir, creando un espacio indisponible para el pueblo. Por ello se ha defendido que «la juridificación congruente con la noción misma de soberanía no puede ser [...] una juridificación material, sino sólo y exclusivamente formal» y que «una Constitución enteramente abierta a su transformación es [...] el único modo racional de fundamentar la obediencia al derecho, al acatamiento de la Constitución».⁵³ La posibilidad de transformación total de la Constitución es lo que garantiza el ejercicio de la efectiva soberanía por el pueblo.

Así las cosas, la utilización del procedimiento de reforma constitucional dará siempre como resultado un orden dotado de validez jurídica, si bien su legitimidad dependerá de su contenido.⁵⁴ Y de la misma manera podría decirse que la forma más congruente de entender la regla de la mayoría y de los especiales valores que la misma consagra es aquella que la configura como una regla abierta al cambio. La posibilidad de cambiar la regla de la mayoría por una que requiera mayorías reforzadas u otras dificultades procedimentales es el único modo de respetar los valores de fondo que hacen de aquella regla la manera más democrática de adoptar decisiones y, con ello, de fundamentar la obediencia a toda decisión así tomada. El nuevo método de toma de decisiones colectivas podrá ser

⁵² ARAGÓN REYES, «Constitución y democracia», en *Constitución, democracia...*, *op. cit.*, págs. 22-23.

⁵³ *Ibid.*, págs. 24-27.

⁵⁴ Para ARAGÓN REYES, si la democracia se transforma en dictadura será democráticamente válido, pero no democráticamente legítimo. El principio democrático preside su emanación, pero ya no ordena su realización. Dado que este autor defiende que solo la constitución democrática es verdadera constitución afirma que ya no estaremos ante tal caso, sino ante una mera ley fundamental. *Ibid.*, pág. 28.

menos legítimo si ya no realiza con plenitud aquellos valores, pero será en todo caso válido.

2.2. La teoría del precompromiso.

Un segundo intento de justificación de la rigidez constitucional lo tenemos en la llamada teoría del precompromiso. ELSTER se ha servido del mito de Ulises para explicarla. Así, Ulises, sabiendo que no será capaz de comportarse de manera racional al oír el canto de las sirenas, ideó una estrategia consistente en hacer que sus marineros lo ataran al mástil de la nave. Se trataría de un «recurso de racionalidad imperfecta»: no estamos ante un sujeto completamente racional y que por tanto no necesitaría de tales mecanismos, pero tampoco ante un sujeto puramente irracional; Ulises se sabe débil y es ello lo que le impele a diseñar una estrategia con la que superar de manera indirecta su debilidad.⁵⁵ Ulises acepta perder parte de su libertad actual para conseguir incrementar, o al menos garantizar en parte, su libertad futura.⁵⁶ Es esto un mecanismo -y de ahí el nombre de la teoría- de precompromiso, por el que a través de una decisión tomada en un tiempo determinado, se aumentan las posibilidades de llevar a cabo otra decisión en un tiempo futuro. Trasladado al plano de las decisiones colectivas, podemos comprobar que el mecanismo del precompromiso se ajusta al ideal del constitucionalismo. Se excluye la posibilidad de tomar ciertas decisiones en el futuro con el fin de preservar contenidos que se consideran especialmente valiosos.

⁵⁵ ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979, pág. 36. Vid. también MORESO, «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, núm. 1, 2000, págs. 35-36.

⁵⁶ GARGARELLA, «Los jueces frente al “coto vedado”», *Discusiones*, núm. 1, 2000, pág. 54.

Este mecanismo ha recibido, sin embargo, diversas críticas. GARGARELLA ha puesto de manifiesto la inidoneidad del mito de Ulises, que es un caso de autopaternalismo, para explicar el supuesto de una sociedad que decide dotarse de una Constitución. Pasado el tiempo, la identidad entre la sociedad que se autolimitó y la sociedad limitada en el presente habrá desaparecido, encontrándose esta sujeta a un documento en cuya elaboración no participó. Ya no estaríamos, pues, ante un caso de autopaternalismo.⁵⁷ Además la falta de identidad también afectaría al propio contenido del precompromiso. Ulises sabe indudablemente que en el futuro se rendirá al canto de las sirenas, pero esa certidumbre no es en absoluto aplicable en lo que atañe a las decisiones sobre derechos, cuya significación está siempre en discusión y cambio.⁵⁸

El propio WALDRON ha criticado también la idea del precompromiso por cuanto presupone de forma arbitraria que la racionalidad del poder constituyente es siempre mayor que la del legislador ordinario.⁵⁹ Pero no se trataría aquí de un yo lúcido que protege a un yo futuro menos lúcido, como en el caso de quien sabiendo que va a beber entrega la llave del coche a un amigo; sino de una sociedad donde el desacuerdo acerca de los derechos está presente hasta en los momentos más lúcidos. El profesor neozelandés propone otra analogía, en la que una persona que decide abrazar una concreta fe religiosa tras dudar largamente entrega a un amigo la llave de su biblioteca de libros teológicos, prohibiéndole que se la devuelva. En este ejemplo, la persona que se ha convertido a una religión y que ha entregado las herramientas con que repensar esa opción, es tan capaz ahora de tomar decisiones racionales como lo era antes, lo cual

⁵⁷ *Ibid.*, pág. 55; LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 50; LAPORTA, *op. cit.*, pág. 463-464.

⁵⁸ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 51; BAYÓN, «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 78.

⁵⁹ «A Right-Based...», *op. cit.*, págs. 46-49 y «Freeman's Defense of Judicial Review», págs. 36-39. En este mismo sentido BAYON, «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 78.

pondría de manifiesto la gravedad del límite irreversible que se habría impuesto al privarse de su biblioteca y que es cabalmente lo que ocurre con el ideal del constitucionalismo.

Sin embargo, MORESO se plantea la posibilidad de que, en efecto, la deliberación presente en el momento constituyente haya sido de una calidad superior a la que comúnmente se pueda esperar del legislador ordinario. En tal caso tendría sentido que, volviendo al ejemplo del converso, este no pidiera a su amigo que no le entregara nunca las llaves, sino que no lo hiciera hasta que no hubiera estudiado en profundidad los libros de la religión a la que se había convertido. Y es que, como acertadamente señala este autor, la analogía propuesta por WALDRON solo sería plenamente aplicable para aquellas constituciones que contengan derechos inmodificables, pero no para aquellas que solo exigen un procedimiento más agravado para su reforma.⁶⁰

2.3. La salvaguarda del procedimiento democrático.

Una tercera defensa de la rigidez constitucional, si bien parcial y que, además, conecta con lo que más arriba decíamos acerca del problema de la autodestrucción de la democracia, es la del procedimentalismo. Básicamente consistiría en que si consideramos que la democracia es en sí algo valioso deberíamos protegerla de sí misma. Así deberían quedar salvaguardados tanto los mecanismos procedimentales de la democracia, como los derechos relacionados con el proceso democrático.⁶¹

Ante esta situación muchas constituciones estarían pecando tanto por exceso, al reforzar contenidos que poco o nada tienen que ver con el

⁶⁰ MORESO, *op. cit.*, pág. 42-43.

⁶¹ Aquí el exponente clásico es ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

desarrollo de la democracia, como por defecto, al no prever la irreformabilidad de aquellos que sí lo tienen.⁶² Sin embargo, como muy bien ha señalado BAYÓN, esta teoría pone en serios apuros al paradigma waldroniano. El procedimiento democrático no es en realidad un mecanismo único, sino una familia de ellos, pero si convenimos en que, sean cuales sean sus especificidades, siempre compartirán un núcleo mínimo, parece lógico que este actúe como límite a lo que las mayorías pueden decidir. Si ese es el caso, entonces estaremos haciendo una lectura del procedimiento democrático cerrada al cambio y la estrategia procedimentalista estaría realmente fundamentando el atrincheramiento de ciertos derechos. Pero si no, estaríamos propugnando una versión abierta al cambio del procedimiento democrático, y por tanto el constitucionalismo podría quedar fundamentado tan solo con que su implantación se acordara de manera democrática.⁶³

2.4. La estrategia de la abstracción y la capacidad de adaptación de la Constitución.

En cuarto y último lugar, tendríamos la estrategia de la abstracción, según la cual la rigidez de las cartas de derechos es defendible siempre y cuando estos estén formulados en términos abstractos, posibilitando que las mayorías legislativas puedan discutir y, en su caso, adaptarlos a las necesidades sociales. Ha sido FERRERES COMELLAS, quien ha desarrollado con más detenimiento esta cuestión. Según este autor, una carta de derechos rígida puede soslayar la potencial deslegitimación democrática que se produciría en casos de desacuerdo de la mayoría con sus contenidos recurriendo a la abstracción. Aumentando la capacidad del texto para adaptarse a las nuevas necesidades sociales o consensos en

⁶² BAYON, «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 80.

⁶³ *Ibid.*, pág. 81.

materia de derechos se consigue, además, propiciar la deliberación democrática.⁶⁴

A esta idea de una carta de derechos como guía de principios con que deliberar se le han opuesto algunas objeciones. En primer lugar, se cuestiona la idoneidad de centrar el discurso en los derechos abstractos como herramienta para fomentar el diálogo, puesto que el lenguaje de los derechos sería potencialmente conflictivo.⁶⁵ En segundo lugar, se argumenta que los derechos, por mucho que estén enunciados de manera abstracta, siguen generando desacuerdo.⁶⁶

Pero además hemos de añadir que la estrategia de la abstracción parece solo aplicable a los mencionados derechos. Recordemos cómo al principio de este apartado nos hemos referido a que todo el discurso en torno a la objeción contramayoritaria parece haberse olvidado de la parte orgánica o procedimental de las constituciones, de lo que esta estrategia de la abstracción es un buen ejemplo. No podemos olvidar que la rigidez constitucional afecta también a esa otra parte de las constituciones, y que sobre ella pueden existir también profundas discrepancias. Pero si, como el propio FERRERES COMELLAS ha dicho en otra parte, es deseable garantizar la estabilidad del sistema de gobierno, evitando que la mayoría parlamentaria pueda decidir constantemente sobre su configuración, entonces esa misma consecución de la estabilidad nos llevaría a intentar

⁶⁴ FERRERES COMELLAS, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2012, págs. 21-37.

⁶⁵ *Vid.* el excelente resumen sobre estas objeciones que realiza LINARES, *La (i)legitimidad...*, *op. cit.*, págs. 51-54. Para este autor, sin embargo, la estrategia de la abstracción no puede derribarse con el argumento del carácter confrontativo del discurso sobre los derechos, puesto que este «conlleva una pretensión transformadora que se ajusta perfectamente a las circunstancias de la política», fortalece el dialogo democrático «al obligar a los participantes a fundar sus pretensiones en razones universales», y además quien se dice portador de un derecho «es alguien que reivindica su autonomía».

⁶⁶ *Ibid.* págs. 54-56.

formular de la manera más detallada posible aquella parte de las constituciones, a fin de evitar conflictos, con lo que la estrategia de la abstracción dejaría de ser útil.⁶⁷

III. La objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes.

1. Evolución y cuestionamiento de una figura controvertida. La interpretación definitiva de la Constitución en manos de los jueces.

Como hemos visto en el primer apartado, el moderno constitucionalismo ha consagrado el control de constitucionalidad de las leyes como mecanismo que, junto a la rigidez, garantiza la supremacía de la Constitución. La distribución del poder en el moderno Estado constitucional no se apoya exclusivamente en la existencia de limitaciones, sino también en la configuración de diversos controles con los que hacer que aquellas sean efectivas.⁶⁸ El control jurídico, lejos de ser el único posible, convive

⁶⁷ FERRERES COMELLAS, «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 29. En palabras del autor: «¿Por qué debe ser rígida la Constitución? La respuesta es relativamente sencilla con respecto a aquella parte de la misma que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado. En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la Constitución opte por uno de esos sistemas. La rigidez constitucional asegura entonces la estabilidad de la opción elegida. Es más importante tener establecida una determinada estructura de gobierno, que la mayoría parlamentaria de cada momento no puede alterar, que mantener abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente cuál es la mejor estructura de gobierno con la que dotar al país.» También RAZ ha defendido la conveniencia de proteger la estabilidad de la cultura política básica de un país (distribución del poder y principios básicos) a través de mecanismos institucionales que en algún grado la aislen de la política ordinaria. *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, págs. 257-260.

⁶⁸ ARAGÓN REYES, «Constitución y control del poder...», *op. cit.*, pág. 130. «Limitación y control se presentan, pues, como dos términos fuertemente implicados, en cuanto que el segundo viene a garantizar, precisamente, la vigencia del primero. Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir, una limitación inefectiva o irrealizable». *Vid.* también la excelente exposición que hace el autor sobre el control como elemento inseparable del concepto de constitución (*ibid.* págs. 81-103).

con los controles políticos y sociales, pero es aquel el que, por su potencialidad, ha acabado caracterizando al constitucionalismo.⁶⁹

El hito fundacional del control de constitucionalidad de las leyes encarnado en los tribunales lo encontramos en Estados Unidos, donde al calor de las ideas de HAMILTON, acabó por hacerse efectivo en la famosa sentencia del Tribunal Supremo *Marbury vs. Madison*. El famoso *Founding Father*, que parte de la «proposición demasiado sencilla para ser respondida» de que «o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, que la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una ley ordinaria», vio en los tribunales el garante natural de la «voluntad del pueblo, expresada en la Constitución», puesto que «el judicial [...] no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento».⁷⁰ Este es el razonamiento que acogió el juez MARSHALL cuando dio a luz en 1803

⁶⁹ Sobre el sentido unívoco del concepto control, la heterogeneidad de medios y una detallada exposición del control jurisdiccional como paradigma del control jurídico y del control parlamentario como control político *vid.* ARAGÓN REYES, «Constitución y control del poder...», *op. cit.*, págs. 120-208.

⁷⁰ HAMILTON, *op. cit.*, Cap. 78. Idea inspirada por el dogma montesquiano del juez como la boca muda que sólo pronuncia las palabras de la ley. Aunque tal concepción ha sido criticada por cuanto desconoce la capacidad de modificar el ordenamiento que toda sentencia tiene, así como la función, no solo jurídica, sino también política que los jueces forzosamente realizan cuando de enjuiciar una ley se trata, no ha sido en absoluto desterrada. En nuestra doctrina MEDINA GERRERO, ha afirmado que «ciertamente, por más que las peculiaridades de la norma constitucional ofrezcan un apreciable margen de maniobra a su interprete, en puridad en el control abstracto el Tribunal Constitucional no crea ningún Derecho nuevo, sino que se limita a declarar con efectos erga omnes lo que previamente ha decidido el constituyente y se hallaba, por ende, ya contenido implícitamente en la Constitución». «Artículo 1», en REQUEJO PAGÉS, (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE-Tribunal Constitucional, 2001, pág. 73. En un sentido similar RUBIO LLORENTE ha sostenido que cuando el Tribunal Constitucional crea derecho, innovando el ordenamiento, «no es creación libre, sino vinculada, pura declaración de un Derecho preexistente, cuyo contenido concreto como regla de solución del caso precisa el Tribunal Constitucional». «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988, pág. 46.

la ya mencionada sentencia *Marbury vs. Madison*,⁷¹ y que inauguró el sistema de *judicial review*,⁷² en el que todos los tribunales tienen la capacidad de decidir que una norma no es aplicable al caso si entra en contradicción con la Constitución.⁷³

En la Europa continental, y por las razones que ya hemos visto en el primer apartado, la adopción de un sistema de justicia constitucional fue

⁷¹ Como bien expone BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 181: «...dos fueron [...] los elementos que, desde el punto de vista de la teoría constitucional, contribuyeron a hacer de *Marbury v. Madison* un hito histórico en el proceso de conformación del valor de la Constitución en la experiencia revolucionaria norteamericana. Por un lado, y en primer lugar, la formación de la imposibilidad de modificar la Constitución por medios ordinarios y de la consiguiente inadmisibilidad de considerar viva en el ordenamiento -por más que siguiera estándolo *on the books*- una norma cuyo contenido fuese contradictorio con el de la Constitución y supusiese, por lo tanto, su modificación tácita. Las palabras de Marshall al respecto no tienen desperdicio: “La cuestión de si una ley incompatible [*repugnant*] con la Constitución puede llegar a convertirse en ley de la nación, es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero, felizmente, no es de dificultad proporcional a su interés. Sólo resulta necesario establecer ciertos principios, que se supone han sido bien y largamente fijados, para decidirla”. Estos principios no serían otros, según Marshall, que los derivados de la superioridad formal de la Constitución sobre las leyes, superioridad que es consecuencia del carácter escrito de la misma y que impide su modificación por medios ordinarios».

⁷² Para un estudio que va desde los orígenes de la *judicial review* hasta su culminación en el hito fundacional de la sentencia del Tribunal Supremo *Marbury v. Madison*, véase FERNÁNDEZ SEGADO, «Los orígenes de la *judicial review*», en su libro *La evolución... op. cit.* Para la posterior evolución de esta figura consúltese, de este mismo libro últimamente citado, los artículos «La *judicial review* en la pre-Marshall Court (1790-1801)» y «La primera decisión constitucional de la *Supreme Court* con base en la *contract clause*: el caso *Fletcher v. Peck* (1810) y la primera declaración de inconstitucionalidad de una ley estatal». Desde un punto de vista crítico, puede leerse por todos a KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004. Este autor no cuestiona tanto los cimientos de la *judicial review* como los de la supremacía judicial, advirtiendo que su implantación no ha sido sino tardía y extraña a los principios constitucionales norteamericanos (vid. págs. 6 y ss.).

⁷³ Es este el llamado control difuso de constitucionalidad de las leyes. Sobre el mismo y sus particularidades puede consultarse FERNÁNDEZ SEGADO, «La búsqueda de...», *op. cit.*, págs. 925 y ss.; PEREZ ROYO, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 15ª ed., 2016, pág. 115-116.

mucho más tardío y, en concreto, no se generalizó hasta después de la Segunda Guerra Mundial.⁷⁴

Fue KELSEN quien puso la piedra más importante en la construcción del modelo de justicia constitucional europeo actual. En consonancia con el concepto material de Constitución que maneja,⁷⁵ su modelo se basa en la existencia de dos jurisdicciones plenamente separadas: la ordinaria, que aplica en exclusiva la ley, y la constitucional, que aplica en exclusiva la Constitución.⁷⁶ Esta última se configura como un órgano que tiene forma de tribunal, pero cuya función, verificar un juicio de compatibilidad lógica entre la Constitución y la ley,⁷⁷ es legislativa,⁷⁸ y cuyo único resultado

⁷⁴ No obstante, hay notables ejemplos de Tribunales Constitucionales previos a esa fecha, como al austriaco de 1920 o el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española. Al respecto puede consultarse CRUZ VILLALÓN, *La formación del...*, *op. cit.*; GARRORENA MORALES, «El debate justicia constitucional democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.

⁷⁵ *Teoría pura...*, *op. cit.*, pág. 109. Para un estudio sobre este concepto *vid.* FIORAVANTI, «Las doctrinas de la constitución en sentido material», *Fundamentos*, núm. 6, 2010.

⁷⁶ KELSEN, «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*; ARAGÓN REYES, «Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, pág. 169.

⁷⁷ «Así debe entenderse el carácter concentrado y abstracto del modelo: el juez constitucional debe ser un tercero imparcial llamado a verificar un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos normativos acabados, la Constitución y la ley, sin que en su juicio deban pesar ni los intereses o valoraciones que pudo tomar en consideración el legislador, ni aquellos otros que ha de tener presente un juez ordinario a la hora de resolver un caso concreto». PRIETO SANCHÍS, «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley», *Fundamentos*, núm. 4, 2006, pág. 65.

⁷⁸ «Cierto que la anulación de un acto legislativo por un órgano distinto al órgano legislativo constituye una invasión al “poder legislativo”, como se dice habitualmente. Pero el carácter problemático de esta argumentación se ve más claramente si se considera que el órgano al que se confía la anulación de las leyes inconstitucionales, no ejerce, propiamente, una verdadera función jurisdiccional, aun cuando tenga –por la independencia de sus miembros- la organización de tribunal. Por más que se las pueda distinguir, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa, consiste, ante todo, en que ésta crea normas jurídicas generales, en tanto que la otra, no crea sino normas individuales. [...] anular una ley equivale a crear una norma general, puesto que

posible en caso de incompatibilidad es la nulidad y expulsión del ordenamiento de la ley así afectada de inconstitucionalidad. En el fondo de esta construcción está la pretensión de compatibilizar dos criterios tendencialmente contradictorios: constitucionalidad y supremacía de la ley.⁷⁹

Sin embargo, no fue este exactamente el modelo que acabó acogándose generalmente en Europa. Los quiebros respecto al modelo puro kelseniano, en una suerte de acercamiento al *judicial review*, son conocidos. Por un lado, la jurisdicción constitucional se realiza tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional, si bien a este último se le reserva, en exclusiva, la capacidad de anular las leyes con efectos *erga omnes*.⁸⁰ Por otro lado, la práctica ha llevado a los Tribunales Constitucionales a desbordar el binomio inconstitucionalidad-nulidad, normalizándose el uso de técnicas que permiten a la ley enjuiciada

la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, *la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo*». KELSEN, «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 275.

⁷⁹ «La configuración del Tribunal como un legislador negativo, la exclusión de los juicios aplicativos sobre casos concretos en que una ley pudiera verse postergada por algún precepto constitucional, la eliminación de las cláusulas indeterminadas y prácticamente de todo parámetro de constitucionalidad que no sea organizativo o procedimental, la idea de juicio abstracto o de compatibilidad lógica en el que sólo se valoren los escasos aspectos de la ley en los que ésta aparece determinada por la Constitución, son todas cautelas al servicio de las prerrogativas del legislador». PRIETO SANCHÍS, «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 171.

⁸⁰ Modelo este que, como nos explica ARAGÓN REYES, «no es más que la consecuencia del concepto de Constitución (próximo al norteamericano) que acabará aceptándose en Europa en el siglo XX: una Constitución normativa que (distanciándose del concepto kelseniano, en el que la Constitución sólo imponía obligaciones al legislador) vincula a todos los poderes públicos (incluido, claro está, el poder judicial), que están obligados, por ello, a aplicarla. En la labor de aplicación de la Constitución confluirán, pues, la totalidad de los órganos jurisdiccionales». «Relaciones Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pág. 169.

permanecer en el ordenamiento de manera condicionada, tal y como tendremos oportunidad de desarrollar más adelante.

Por lo que ahora nos interesa, tanto en el modelo de *judicial review* -a través de la técnica desaplicadora- como en el modelo concentrado europeo -con la expulsión del ordenamiento de las leyes inconstitucionales- los tribunales pueden fiscalizar al legislador democrático.⁸¹ Y es aquí donde irrumpe la objeción contramayoritaria.

En un ordenamiento, viene a decirse, dotado de Constitución rígida y con control de constitucionalidad de las leyes en manos de un tribunal, se estaría convirtiendo a este último en la autoridad con capacidad de decisión final. Si recordamos el esquema de WALDRON, que expusimos en el primer apartado, la justicia constitucional sería el mecanismo a través del cual se estarían tomando decisiones colectivas definitivas acerca de los límites de funcionamiento de otros poderes, en este caso del legislador. Y si toda regla de decisión final última debe ser estrictamente procedimental y, por tanto, es falible, debemos preguntarnos qué justifica escoger el modelo de control de constitucionalidad de las leyes. ¿Qué razones tenemos para pensar que los desacuerdos en la interpretación

⁸¹ Como nos advierte FERNÁNDEZ SEGADO, «*La búsqueda...*», *op. cit.*, págs. 954 y ss., por influjo de la regla *stare decisis* en el sistema americano se ha pasado de la «inaplicación con efectos inter partes a la anulación con efectos erga omnes». Y es que, como bien nos recuerda AHUMADA RUIZ, que en este punto parafrasea a CORWIN (*The Doctrine of Judicial Review*, Glouster, Mass., Peter Smith, 1963, págs. 26-27), «para que un sistema de *judicial review* resulte aceptable son necesarias tres condiciones: primera, el acuerdo en que la constitución vincula a los órganos que ejercen el poder del Estado; segunda, que se acepte que la constitución es una norma que forma parte del derecho que los jueces aplican; tercera, que supuesto que los jueces son los intérpretes autorizados del derecho que aplican para resolver casos, se admita que su interpretación de la constitución es vinculante para los demás poderes del Estado». Esta tercera condición es la más significativa, ya no solo porque rompe con la tradición inglesa e incluso la americana anterior al 1787, como afirma CORWIN, sino ante todo por lo que tiene de afirmación de la supremacía judicial y de reconocimiento de la autoridad de los jueces «para concretar los límites y obligaciones que la Constitución impone al poder». *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pág. 285.

constitucional deban ser resueltos de manera definitiva por unos jueces que ni representan a los ciudadanos ni responden ante ellos?⁸²

Como es fácil observar, la objeción democrática a la revisión judicial desaparece en el caso de constituciones flexibles, y se atenúa considerablemente en los supuestos de constituciones de rigidez mayoritaria: el legislador siempre podrá imponerse a la decisión de los jueces insistiendo en su interpretación sin necesidad de superar mayorías reforzadas. Es cierto que en estos modelos el control de constitucionalidad sigue suponiendo un serio condicionante para el legislador mayoritario que, como mínimo, se verá obligado a tener que debatir y, en su caso, insistir en la interpretación de la Constitución que considera correcta; pero será también este, en todo caso, quien conserve la capacidad de decisión última a través una reforma constitucional que respeta la regla de la mayoría. La objeción se centra, pues, en aquellos modelos que prevén un control de constitucionalidad de las leyes junto a una Constitución de rigidez supermayoritaria.

2. El debate en torno a la justificación del control de constitucionalidad de las leyes.

Esta cuestión ha acaparado la atención de la doctrina a ambos lados del atlántico en las últimas décadas, y excedería el propósito de este trabajo dar detallada cuenta de todo ello. Pero sí será conveniente exponer algunas de las justificaciones de la revisión judicial que se han ofrecido y que podrían dividirse en dos categorías. En primer lugar, tendríamos las justificaciones generales al control de constitucionalidad en tanto que modelo de toma de decisiones colectivas y, en segundo lugar, tendríamos una serie de estrategias interpretativas que vendrían a conciliar el modo en que se ejerce la función del control de las leyes con el principio democrático.

⁸² LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, op. cit., pág. 61.

2.1. La defensa general del control de constitucionalidad.

A) El modelo de Dworkin. La lectura moral de la Constitución y el razonamiento conforme a principios.

Como primer exponente de la primera categoría debemos referirnos a la teoría de DWORKIN. Su postura no deja de ser cautelosa, pues llega a la conclusión de que la democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insiste en lo contrario.⁸³ Sin embargo, para este autor existen poderosas razones para defender la revisión judicial. Su lectura parte de la constatación de que gran parte de las constituciones actuales establecen derechos individuales en un lenguaje amplio y abstracto y que deben interpretarse con respecto a los principios morales de justicia a los que hacen referencia. Es lo que ha venido a llamar la «lectura moral» de la Constitución.⁸⁴

Así las cosas, para DWORKIN los jueces estarían mejor posicionados que las legislaturas para razonar con arreglo a principios. Mientras que en estas últimas el razonamiento predominante es el basado en objetivos colectivos y la lucha de intereses, la judicatura está configurada mediante una serie de condicionamientos estructurales que la haría más propensa a razonar conforme a los ya mencionados principios.⁸⁵ Estos

⁸³ DWORKIN, *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pág. 7. En este mismo sentido MORESO, *op. cit.*, pág. 41. *Vid.* también AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional, op. cit.*, pág. 128 y ss., y DE OTTO, *Derecho constitucional, op. cit.*, págs. 24-25.

⁸⁴ DWORKIN, *Freedom's...*, *op.cit.*, pág. 2; «La lectura moral y la premisa mayoritaria», en RONALD y HONGJU KOH, (Coords.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, págs. 101 y ss.

⁸⁵ La teoría del razonamiento judicial de DWORKIN, distingue entre argumentos basados en principios, referidos a derechos individuales y, por tanto, individualizables, y argumentos basados en objetivos sociales colectivos, que toman a los individuos

condicionamientos son: la obligación de los jueces a confrontar todas las controversias que se le plantean; la obligación de justificar sus decisiones y, más en concreto, de justificarlas en base al texto constitucional; y la independencia propia del cargo de juez, que garantiza una menor exposición a las presiones y coacciones.⁸⁶

En definitiva, la revisión judicial sería el procedimiento que está mejor preparado para respetar las condiciones de igualdad de estatus de todos los ciudadanos, categoría básica de la democracia entendida como gobierno sujeto a limitaciones.⁸⁷ No se niega que el procedimiento legislativo pueda ser de muy alta calidad, pero en muchos casos se pliega a los compromisos políticos y olvida importantes cuestiones relativas a principios.⁸⁸ La revisión judicial, sin embargo, extendería la discusión pública y la ampliaría con un nuevo tipo de deliberación basado en principios, mejorándola.⁸⁹

conjuntamente. Al respecto pueden consultarse sus obras *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 (hay traducción al español: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012) y *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986 (también hay traducción: *El Imperio de la Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª ed., 2012).

⁸⁶ Vid. los capítulos segundo y tercero de su obra *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 (hay traducción: *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editora Iberoamericana, 2013).

⁸⁷ Como afirma FERRAJOLI, «justamente porque diseñadas para la tutela de todos, estas funciones [la función judicial y las demás funciones de garantía], aunque antimayoritarias, son “democráticas”, en un sentido distinto pero no menos rico en significado de cuanto lo sean las funciones de gobierno legitimadas por la representación, de las que deben ser separadas: en el sentido de que, siendo garantía para todos, dichas funciones se refieren al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen». *Principia Iuris...*, *op. cit.*, págs. 829-830.

⁸⁸ DWORKIN, «La lectura moral...», *op. cit.*, pág. 134 y ss.

⁸⁹ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 66-67.

No obstante, toda esta construcción ha sido criticada por no dar importancia al profundo desacuerdo que sobre la interpretación del texto constitucional impera. La lectura moral de la Constitución, inserta en un modelo robusto de revisión judicial, constreñiría fuertemente la capacidad de decisión de la mayoría precisamente en las cuestiones más importantes para la sociedad.⁹⁰

B) El modelo dialógico.

La segunda justificación general al control de constitucionalidad de las leyes vendría de la mano del llamado modelo «dialógico», que pretende explorar las posibilidades del diálogo entre el legislador y la justicia constitucional. Ahora bien, hay dos maneras de entender este dialogo. En primer lugar, tendríamos un modelo más limitado, y del que FRIEDMAN es un claro exponente, en el que la revisión por los jueces se justifica por cuanto facilita el dialogo interinstitucional sintetizando las visiones que sobre la Constitución tiene la sociedad, de manera que el debate quede enfocado y organizado gracias al sometimiento de estas cuestiones a un procedimiento judicial. Además, se forzaría a la sociedad a debatir asuntos que de otra manera hubieran quedado quizá orillados y se invita a otras instituciones a participar, con lo que el proceso deliberativo gana en variedad y efectividad.⁹¹ Para este autor no habría un verdadero enfrentamiento entre las instituciones representativas y las no representativas, e incluso llega a tildar de defectuosa (*faulty*) la asunción de que las decisiones judiciales son definitivas; lejos de ello, incitan a que

⁹⁰ *Ibid.*, pág. 64-65. Afirma el autor que «DWORKIN es consciente de estos problemas, y por ello elude deliberadamente la invocación de una concepción articulada y completa de la justicia o de la interpretación constitucional».

⁹¹ FRIEDMAN, «Dialogue and judicial review», *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993, págs. 653-680.

la sociedad y el resto de las instituciones las combatan, en caso de desacuerdo, con los medios de que dispongan.⁹²

El segundo modelo, defendido por LINARES, parte de las «circunstancias del desacuerdo» inherentes a nuestras sociedades para propugnar un genuino dialogo democrático entre los parlamentos y las Cortes Supremas (o Tribunales Constitucionales) que perfeccione el momento deliberativo, centrándolo en razones imparciales y confiriendo la última palabra a aquel procedimiento que mejor respete el derecho de participación en pie de igualdad.⁹³ Como puede observarse, la principal diferencia con el modelo anterior es que el dialogo que aquí se defiende está condicionado a ser democrático. Y esto implica no solo que la decisión final respete el derecho de participación en pie de igualdad, como ya hemos dicho, sino también que el dialogo sea efectivamente posible.⁹⁴ Para que esto sea así es necesario que exista una comunicación en al menos tres fases: opinión, respuesta y réplica. A esto el citado autor añade dos requisitos más: que las partes ofrezcan efectivamente razones en apoyo de su decisión y que el intercambio sea libre, es decir, que no quede proscrita la opción de invocar cualesquiera razones esenciales.⁹⁵ La implantación del control de constitucionalidad de las leyes quedaría así justificado solo si se cumplen todos los requisitos mencionados.

Una consecuencia interesante de este modelo, que no podemos dejar pasar, es la constatación de que ninguna de las formas institucionales

⁹² *Ibid.*, págs. 643-647. En efecto, claro está que las decisiones judiciales no son definitivas, pues es en todo caso el poder de reforma constitucional el llamado a zanjar definitivamente las controversias. Sin embargo, ya sabemos que para la objeción contramayoritaria esto no es suficiente, puesto que lo que se impugna es precisamente el carácter contramayoritario del propio procedimiento de reforma.

⁹³ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 220.

⁹⁴ *Ibid.*, pág. 199.

⁹⁵ *Ibid.*, pág. 220-221.

típicas en que se configuran los actuales Estados constitucionales, cumplen con él. En los casos de constituciones flexibles o de rigidez mayoritaria el parlamento puede imponer su interpretación sin tener que entablar un verdadero dialogo con los jueces. Y lo mismo puede decirse, a la inversa, de los modelos robustos de justicia constitucional, donde la última palabra la tendrían los jueces, sin posibilidad de réplica por parte del legislador ordinario. Ejemplos intermedios, como la *notwithstanding clause* canadiense,⁹⁶ tampoco harían honor a un genuino dialogo democrático, pues el poder de veto que tiene el parlamento, ya sea en su modalidad preventiva o represiva, clausuran el debate sin tener que ofrecer razones.⁹⁷

C) El modelo argumentativo.

La tercera y última justificación general al control de constitucionalidad de las leyes es el que podríamos llamar modelo «argumentativo», defendido por FERRERES COMELLAS. Debe advertirse que este autor

⁹⁶ La Carta de Derechos y Libertades de Canadá de 1982 prevé en su art. 33 la denominada *notwithstanding clause*, que permite al parlamento nacional o a las asambleas legislativas de las provincias declarar, bien cuando promulguen una ley o bien cuando esta haya sido considerada inconstitucional, que mantendrá su vigencia, sin perjuicio de que existan disposiciones en la Carta que pudieran llegar a ser incompatibles con la misma. Esta previsión tiene un plazo máximo de duración de cinco años que, sin embargo, es ampliable de manera indefinida.

⁹⁷ Recomiendo la lectura del capítulo V del libro de LINARES, que hemos estado referenciando y en el que explora detalladamente las posibilidades del diálogo interorgánico en diversos sistemas. También es interesante el sistema que propone para fortalecer el diálogo democrático en la justicia constitucional, en el último apartado del capítulo. Sobre esta cuestión puede consultarse también su artículo «El diálogo democrático...», *op. cit.* Por otro lado, MORESO ha defendido una cierta capacidad dialógica intrínseca al sistema de supremacía del legislador: que «la última palabra la tenga la legislatura no significa que los argumentos constitucionales no tengan peso. Si los argumentos de la minoría parlamentaria son que un determinado proyecto de ley viola la declaración de derechos, entonces -presumiblemente- dichos argumentos tendrán más fuerza que si no fuera así. Si reformar la declaración de derechos requiere de una mayoría cualificada, el argumento de la minoría puede ir encaminado a mostrar que es exigible alcanzar esa mayoría para lograr ese cambio. Que este mecanismo de control sea insuficiente depende, según creo, de la cultura política en la cual opere». *Op. cit...*, pág. 35.

configura su modelo como una justificación de la rigidez constitucional, pero la razón de que la traigamos aquí es que, en nuestra opinión, hace recaer el verdadero peso de su razonamiento en la existencia de un juez constitucional.

En línea con el modelo deliberativo de FRIEDMAN, visto arriba, defiende que el fundamento de la institución del control judicial «descansa en la deseable contribución que el juez puede hacer al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria».⁹⁸ Pero además, esta institución, junto a la rigidez constitucional, tendría un efecto previo a la participación de los jueces en el debate: «[aumenta] los incentivos para que la mayoría *se tome en serio la carga de ofrecer al juez razones de peso para justificar la ley* ante el reproche de que lesiona alguno de los derechos y libertades garantizados en la Constitución».⁹⁹ En este perfeccionamiento del debate parlamentario, ya no basado solo en la adición de argumentos e intereses, sino también en que el mismo se desarrolle tomando en serio los derechos

⁹⁸ FERRERES COMELLAS, «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 40.

⁹⁹ *Ibid.* pág. 39. La cursiva es mía. La conexión entre rigidez constitucional y control de constitucionalidad para este modelo argumentativo es clara. Como explica el autor: «Si la Constitución fuera flexible, la mayoría parlamentaria podría liberarse fácilmente de la carga de dar al juez buenas razones en defensa de la ley que ha aprobado. La mayoría podría sin dificultad reformar la Constitución *ex ante* (antes del proceso de control judicial). Con ello frustraría la posibilidad misma de impugnar la ley ante el juez, pues bajo la Constitución reformada no habría ninguna duda acerca de la validez de esa ley. Alternativamente, la mayoría podría reformar la Constitución *ex post* (es decir, después de la decisión judicial). Si la mayoría estuviera decidida a reformar la Constitución para el caso de que el juez concluyera que la ley es contraria a la Constitución, no tendría que esforzarse demasiado en dar buenas razones al juez».

constitucionales,¹⁰⁰ encontraría su justificación la institución del control de constitucionalidad.¹⁰¹

Para finalizar, y antes de pasar al siguiente bloque, hemos de advertir que ninguno de estos modelos que hemos expuesto consigue contrarrestar por completo la objeción contramayoritaria. Así cualquier defensor de esta teoría podría decir que no se ha conseguido demostrar ninguna de las dos premisas con que las que podría quedar justificado el control de constitucionalidad. Ni el modelo de DWORKIN, ni el deliberativo en la versión FRIEDMAN, ni el argumentativo de FERRERES COMELLAS, conseguirían: 1) demostrar que el procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes es el que mejor respeta la igual dignidad de los individuos y el derecho a que su voz tenga el mismo valor que la de cualquier otro en la toma pública de decisiones, ni 2) dejar la última palabra de la toma de decisiones colectivas en manos del procedimiento que mejor garantice la igual dignidad de los individuos y el derecho a que su voz tenga el mismo valor, es decir, el procedimiento mayoritario. Solo el modelo deliberativo democrático en la versión de LINARES, estaría en posición de justificar el control de constitucionalidad porque inserta a los jueces en un diseño institucional donde no se cumple 1), pero si 2). Pero como se ha dicho, en la práctica es difícil implementar un modelo así sin caer en el constitucionalismo flexible o en la supremacía judicial y, por tanto, en la negación de lo que de dialogo democrático entre parlamento y jueces tiene.

¹⁰⁰ Y también los procedimientos constitucionales, podríamos añadir. La existencia de un tribunal que, ante una violación del procedimiento legislativo previsto en la constitución, pueda vetar una ley más allá de su contenido, supone un serio incentivo para que el legislador se tome en serio esas reglas.

¹⁰¹ Este autor, al igual que hace FRIEDMAN, niega que los jueces tengan la última palabra. Es más, el cierre de su argumentación pasa por la efectiva posibilidad de que los vetos judiciales puedan ser «respondidos» por los órganos políticos a través de una reforma constitucional e, incluso, a través de la aprobación de una ley de contenido idéntico o similar a la invalidada. Posibilidad esta última que tendremos oportunidad de ver más adelante y que es el eje central de este trabajo.

En el siguiente apartado vamos a pasar a analizar otra serie de teorías que centran su atención en el *ejercicio* del control de constitucionalidad. Se trata de justificaciones que no intentan ya demostrar el carácter intrínsecamente democrático de esta institución, sino su posible *uso* democrático.

2.2. El uso democrático del control de constitucionalidad de las leyes.

A) El originalismo.

El primero de estos métodos es el «originalismo», según el cual la Constitución debe interpretarse conforme a la intención original de quienes la redactaron.¹⁰² En el caso de que los jueces puedan despejar el sentido de los preceptos constitucionales indagando en las intenciones de quienes la crearon, pueden legítimamente invalidar una ley, y con tal acción no estarían ni más ni menos que haciendo respetar la voluntad del pueblo.¹⁰³ A sensu contrario, en aquellos casos en que la indeterminación constitucional no pueda ser despejada, los jueces deberían respetar la decisión legislativa.¹⁰⁴

¹⁰² Un primer valedor de esta teoría fue WILSON, uno de los cincuenta y seis firmantes de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 y uno de los *Founding Fathers* de los Estados Unidos. Mantuvo que «the first and governing maxim in the interpretation of a statute is, to discover the meaning of those, who made it». MCCLOSKEY (ed.), *The works of James Wilson*, Cambridge, Harvard University Press, 1967, pág. 75.

¹⁰³ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 220.

¹⁰⁴ BORK, uno de los principales defensores de esta teoría, ha afirmado que los derechos protegidos por la Constitución deberían limitarse a aquellos enumerados en la misma o aquellos que claramente hayan podido estar en el plan original de sus redactores («The Constitution. Original Intent and Economic Rights», *San Diego Law Review*, núm. 23, 1986, págs. 823-827) y ha criticado toda decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos que ha protegido derechos individuales rebasando esos límites y, por tanto, excediéndose del papel que los jueces tienen en una democracia («Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Indiana Law Journal*, núm. 47, 1971, pág. 6 y ss.). Al

A esta teoría se le han opuesto varias objeciones. Entre ellas aquella que se pregunta por qué las generaciones futuras tienen que someterse a la intención de quienes redactaron la Constitución en el pasado,¹⁰⁵ imposibilitando que la misma pueda ir adaptándose a los cambios sociales.¹⁰⁶ Pero también se la ha criticado por su inidoneidad como método interpretativo, pues en muchas ocasiones será difícil o imposible conocer la intención original con que se redactó la Constitución e, incluso, puede ocurrir que sean aislables varias de esas intenciones originales. Y en ese caso, ¿cuál elegir?¹⁰⁷

B) El textualismo.

Un segundo método con el que justificar democráticamente el ejercicio del control de constitucionalidad es el llamado «textualismo». Esta corriente sostiene que los jueces deben interpretar la Constitución conforme al texto de la misma, fijándose exclusivamente en el significado de las palabras y su sentido dentro del texto. Para interpretar la Constitución no se debe acudir a teorías políticas o morales, ni a las intenciones de quienes las redactaron. El gobierno democrático es un gobierno de leyes, es decir, de textos jurídicos, y no un gobierno de hombres y sus intenciones.¹⁰⁸ En el

respecto puede también consultarse CHEMERINSKY, «The Constitution is not "hard law": the Bork rejection and the future of constitutional jurisprudence», *Constitutional Commentary*, núm. 6, 1989.

¹⁰⁵ Vid. al respecto *supra* las notas 46 y 47 y el texto al que acompañan.

¹⁰⁶ Como afirma AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pág. 200: «Para casi todos es más fácil de aceptar la autoridad de la Constitución transformada que la autoridad jurídica del documento fundacional».

¹⁰⁷ Vid. LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, págs., 102-106, donde expone resumidamente los diversos dilemas a los que se enfrenta el originalismo a la hora de determinar cuál fue la intención original de los redactores.

¹⁰⁸ Vid. SCALIA, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

caso de que los jueces no puedan realizar una interpretación efectiva del texto constitucional por ser demasiado vago o abstracto, correspondería respetar la decisión del legislador ordinario.¹⁰⁹

Ahora bien, esta teoría, que pretende propugnar un uso democrático adecuado de la revisión judicial, acaba precisamente por desactivar en gran medida a los jueces en la protección de la propia democracia. En numerosas ocasiones los jueces se encontrarán con que nada dice el texto constitucional acerca de la decisión que haya tomado el legislador, y ni siquiera del modo en que la haya tomado. La vaguedad y abstracción no afectan tan solo a los preceptos constitucionales relativos a derechos, sino también a aquellos que establecen órganos y procedimientos. Y así nos veríamos en la disyuntiva de tener que elegir entre un uso democrático *desactivado* del control de constitucionalidad, o entre una Constitución de detalle, con los propios problemas que ello conlleva.¹¹⁰

¹⁰⁹ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág., 111. Como muy acertadamente señala este autor, debemos fijarnos en que «aquí no existe, como en el originalismo, un paso intermedio [se refiere a la constatación de que no se puede averiguar cuál fue la intención original de los redactores] entre la vaguedad del texto y la deferencia a la decisión del Legislativo. Aquí la deferencia a la decisión del Legislativo procede automáticamente una vez que constatamos la ambigüedad o vaguedad del texto constitucional».

¹¹⁰ Una constitución de detalle sería, en teoría, compatible con el textualismo. En efecto, el principal argumento a favor que se ha dado de las constituciones de detalle es la reducción de la discreción judicial. Una constitución detallada ofrecería al juez textualista una importante herramienta con la que ejercer su función sin que esta se vea materialmente limitada en exceso y, a la vez, respetuosa con un uso democrático de la misma. Pero las constituciones de detalle han sido criticadas porque aumentan la objeción intertemporal, limitan su adaptación a los nuevos cambios y obstaculizan la integración constitucional de la pluralidad. Al respecto es imprescindible la lectura de FERRERES COMELLAS, *Justicia constitucional...*, *op. cit.*, págs. 77-130.

C) La limpieza de los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política.

En tercer lugar, debemos referirnos al importante modelo defendido por el jurista americano ELY, en su libro *Democracy and distrust*. Acogiendo la teoría pluralista de la democracia¹¹¹ defiende que la revisión judicial solo queda democráticamente justificada si se ejerce para limpiar los canales políticos de agregación de preferencias y de acceso a la representación política, evitando la tiranía de la mayoría.¹¹² No cabe duda de que en una democracia representativa deben ser los representantes electos quienes determinen los valores a seguir, y no por estar nosotros en desacuerdo con ellos se puede decir que el gobierno esté mal constituido. Un sistema político mal constituido se da, como excelentemente resumió GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando: «1.º Los iniciados (los *ins*) obstruyen los canales del cambio político para asegurarse que ellos permanecerán en el mando y que el resto de los ciudadanos (los *outs*) continuarán estando fuera; o bien, 2º Aunque nadie esté hoy privado de voz o de voto, si los representantes actúan en favor de una efectiva mayoría que esté sistemáticamente perjudicando a alguna minoría por simple hostilidad, o denegándoles el reconocimiento de que sus intereses entren en el ámbito de los intereses comunes y, en consecuencia, deniegan a dicha minoría la protección reconocida a otros grupos en un sistema representativo».¹¹³ Ante esta

¹¹¹ La teoría pluralista de la democracia se basa en el equilibrio entre los distintos grupos de intereses, de modo que ninguno llegue a poder dominar de manera permanente a los otros. Por todos, DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956 y MÁIZ, «Más allá del mito del ágora: Democracia y poliarquía en Robert Dahl», *Revista de Estudios Políticos. Nueva época*, núm. 112, 2001.

¹¹² ELY, *op. cit.*, pág. 103.

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pág. 116, posteriormente recogido en el volumen *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981 y que va ya por su 4ª edición (Madrid, Thomson Civitas, 2006). Este autor fue, posiblemente, el primero en introducir en nuestro ámbito las ideas de ELY, y del que por aquel entonces era su reciente libro.

situación los jueces deben actuar como los árbitros del proceso democrático, sólo cuando algún grupo esté obteniendo ventajas, para proteger el sistema electoral y de representación política.

Las críticas a esta teoría tampoco han faltado. En primer lugar, se cuestiona su utilidad a la hora de resolver casos complejos, ya que no siempre será posible determinar cuando un grupo está intentando obtener una ventaja indebida.¹¹⁴ En segundo lugar, se reprocha a la teoría de ELY el dejar fuera a muchos grupos discriminados por la sociedad -como los discapacitados u homosexuales-, ya que en su obra solo identifica como «minorías discretas y aisladas» a las minorías étnicas, culturales o religiosas.¹¹⁵ Una última e interesante crítica, acertadamente expuesta por LINARES, tiene que ver con la feroz condena que hace ELY de la delegación legislativa. En efecto, si la idea es que los representantes políticos han sido elegidos por los ciudadanos para ejercer la potestad legislativa, el Congreso no debería delegar esa función en funcionarios no electos.¹¹⁶ Pues bien, los jueces, si están verdaderamente comprometidos con el fortalecimiento de la representación, deberían velar también por el equilibrio entre los poderes del Estado, y vetar situaciones, como la delegación legislativa indiscriminada, que lo pongan en compromiso; cuestión que, sin embargo, queda fuera del ámbito funcional democrático que el profesor Estadounidense otorga a los jueces.¹¹⁷

¹¹⁴ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág., 103. Este autor advierte también sobre una posible interpretación «fundamentalista» de esta teoría y que «llevaría a justificar la anulación de cualquier barrera electoral, o cualquier restricción a la formación de partidos políticos e incluso a invalidar las fórmulas mayoritarias de distribución de escaños».

¹¹⁵ Sin contar con las dificultades de representación que pueden tener aquellas minorías o incluso mayorías anónimas o difusas, que no cuentan con ciertas ventajas de organización y respuesta que si tienen aquellas minorías identificables. *Vid.* ACKERMAN, «Beyond Carolene products», *Harvard Law Review*, núm. 113, págs. 724-726.

¹¹⁶ ELY, *op. cit.*, pág. 132.

¹¹⁷ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág., 103.

D) La protección del superior valor epistémico al proceso democrático mayoritario.

En fin, una última estrategia de justificación de la función del control de constitucionalidad de las leyes, estrechamente relacionada con la anterior, vendría dada por el llamado modelo «deliberativo», y del que NINO sería un importante valedor. Para este autor, el ejercicio de la revisión judicial debe ir encaminada a proteger las condiciones que dotan de un superior valor epistémico al proceso democrático mayoritario. Dos serían los principales fines a alcanzar a través del uso de la revisión judicial.

En primer lugar, tendríamos el aseguramiento del ideal deliberativo: la tarea principal de los jueces, según NINO, sería invalidar todas aquellas normas que violan los procedimientos establecidos por la Constitución o que pretenden afectar dichos procedimientos, en tanto que estos están vinculados a la promoción de la discusión pública y a la toma de decisiones imparciales.¹¹⁸

En segundo lugar, la misión de la justicia constitucional consistiría también en defender la autonomía de los individuos a través del veto a las leyes perfeccionistas, es decir, aquellas leyes que pretenden imponer un ideal de excelencia humana.¹¹⁹

¹¹⁸ *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996, pág. 129 y ss. Entre las funciones principales de la justicia constitucional estaría el velar por el recto desarrollo de los procesos electorales y de los debates legislativos. En la misma línea, pero efectuando algunos añadidos tenemos a GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

¹¹⁹ GARGARELLA, *op. cit.*, pág. 278. Las leyes perfeccionistas, se defiende, pretenden imponer un ideal de excelencia humana que forma parte de la moral privada y, por tanto, no puede ser válidamente esgrimido como fundamento en una discusión de moral pública o intersubjetiva. Para un buen resumen y crítica de esta teoría *vid.* LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 129-135.

Esta teoría adolece, sin embargo, de los mismos problemas de indeterminación que otras, al ser extremadamente difícil en algunos casos identificar cuando una ley estará siendo perfeccionista. Por otro lado, se enfrenta también a la siempre predispuesta objeción contramayoritaria para el caso de que los procedimientos establecidos en la Constitución no sean mayoritarios.

En definitiva, sirva este apretado resumen de las diversas teorías en torno a la justificación del control de constitucionalidad para ofrecer una idea de la enorme complejidad existente en torno a la relación de esta institución con el principio democrático. La objeción contramayoritaria ha tenido la virtud de sacar a relucir la delicada situación en que los jueces constitucionales se encuentran y ha propiciado un amplio debate del que, por otro lado, tampoco se libra la propia objeción.¹²⁰ Y es que de ella se ha

¹²⁰ Es absolutamente imposible dar cuenta de todos los argumentos que se han esgrimido a favor de una y otra posición, cuestión que ha hecho correr verdaderos ríos de tinta, produciendo una bibliografía inabarcable. Quiero dejar aquí simplemente constancia de dos argumentos muy interesantes que se han esgrimido en contra de la objeción contramayoritaria: MORESO defiende que «hay un aspecto en el cual la función de los jueces será inevitable. Es de sobra conocido que los derechos morales no son derechos absolutos sino derechos *prima facie*, puesto que los derechos entran a menudo en conflicto entre sí (e.g. el derecho de A a la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho de B a la intimidad). A veces tal vez sea posible establecer algún tipo de orden jerárquico entre derechos capaz de regular casos genéricos, pero a menudo los conflictos surgirán en los casos individuales. Y, si no queremos convertir a las asambleas legislativas en órganos judiciales, habremos de reconocer que estos conflictos deberán dirimirlos los jueces. Si los derechos básicos no están protegidos constitucionalmente, la legislatura podrá cambiar el signo de esa jurisprudencia por mayoría; pero no podrá prever por adelantado todos los casos de conflicto posible. Tal vez esta sea una consideración demasiado obvia, pero si se tiene en cuenta que muchas de las decisiones de los órganos judiciales que controlan la constitucionalidad son de este tipo, no debe ser ignorada cuando nos preguntamos sobre la legitimidad del control de constitucionalidad. No siempre las decisiones de estos órganos son contramayoritarias, algunas veces sólo establecen soluciones a conflictos que la regla de la mayoría no puede resolver». *Op. cit.*, págs. 39-40.

Por su lado, BAYÓN critica la objeción contramayoritaria por el difícil encaje que tiene en el esquema de toma de decisiones real de un parlamento: «La pretensión de Waldron es que cuando las decisiones se toman de cualquier modo que no sea por mayoría (no reforzada) se violenta el derecho de los ciudadanos a la participación en pie de igualdad

dicho que peca de idealismo y que no es capaz de dar cuenta de los modernos Estados constitucionales. A esta crítica vamos a dedicar el siguiente apartado.

IV. Paradojas a las que se enfrenta la dificultad contramayoritaria en los modernos Estados constitucionales.

1. El ideal del legislador democrático y sus quiebros.

Como hemos tenido ya oportunidad de ver, para WALDRON el mejor procedimiento de adopción de decisiones colectivas es el mayoritario, por ser el único que respeta la igual dignidad de todos los individuos y el derecho a que su opinión tenga el mismo valor que la de cualquier otro. Pero esta idea queda incompleta si no hacemos referencia a las premisas sobre las que se sostiene.

Así el profesor neozelandés parte necesariamente de sociedades en las cuales el contexto es el siguiente: a) existe una legislatura que funciona de modo razonablemente bien, que es representativa y cuyos miembros han sido elegidos democráticamente; b) existe un poder judicial en buena forma, políticamente independiente y cuyos miembros no han sido elegidos

en la toma de decisiones. Desde luego, como demostró hace tiempo Kenneth May [«A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision», *Econometrica*, núm. 20, 1952, págs. 680-684], la regla de decisión por mayoría posee un atractivo moral difícil de discutir cuando opera bajo ciertas condiciones: cuando se vota de manera directa acerca de una única cuestión respecto de la cual no hay más que dos opciones. Es obvio, sin embargo, que el funcionamiento real de una democracia representativa no encaja en ese molde tan simplificado. Los cultivadores de la teoría de la elección social han analizado con detalle qué es lo que ocurre cuando se trata de decidir por mayoría acerca de cuestiones que pueden estar conectadas entre sí (en el sentido de que nuestra preferencia respecto a una está condicionada a la decisión que se adopte respecto a otra) y cada una de las cuales tiene más de dos opciones: puede no resultar vencedora la opción que, comparadas de una en una, derrotaría a cualquier otra (es decir, la llamada “ganadora de Condorcet”); o incluso puede no haber “ganadora de Condorcet”, que es lo que ocurre cuando de la agregación de preferencias resultan mayorías cíclicas». «Derechos, democracia...», *op. cit.*, pág. 86.

democráticamente; c) existe una cultura política basada en el reconocimiento de los derechos y libertades individuales por la mayor parte de la sociedad; y d) existe un trasfondo de desacuerdo entre los miembros de la sociedad sobre la configuración de los derechos.

Dejaremos de lado las tres últimas precondiciones¹²¹ para centrarnos exclusivamente en la primera, la atinente al legislador. WALDRON asume una sociedad democrática en la que a través de elecciones periódicas celebradas por sufragio universal de los mayores de edad se elige a una legislatura consistente en un cuerpo deliberativo de cierta magnitud, acostumbrado a lidiar con asuntos difíciles, incluidas políticas sociales y de justicia. Este legislador toma sus decisiones a través de un debate y votación públicas, e incluye ciertas salvaguardas, como el bicameralismo, varias rondas de debate y votación, o el escrutinio de comités. Es, en definitiva, una institución que conecta formal o informalmente con la sociedad, y donde sus miembros se consideran a sí mismos activamente como representantes del pueblo que los ha elegido. Asume también la existencia de partidos políticos donde los distintos miembros de la cámara están integrados y que en muchos casos defienden un programa que excede las preferencias particulares de los electores.¹²²

Según el profesor neozelandés, ninguna de estas asunciones es controvertida. Es más, han sido extraídas del modo en que las legislaturas democráticas operan usualmente. Y sin embargo, la institución parlamentaria, forma en que operan las legislaturas, ha estado desde su

¹²¹ Para un desarrollo de todas ellas puede consultarse al propio WALDRON, «The core of the case against judicial review», *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, págs. 1359-1368. También en LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, págs. 67-71 y MORENO, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica*, Tesis doctoral dirigida por MARTÍN DE LA VEGA, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008, págs. 71-78.

¹²² WALDRON, «The core of...», *op. cit.*, pág. 1361.

mismo origen en el punto de mira y sigue estándolo.¹²³ La predominancia del gobierno en el uso de la iniciativa legislativa, las delegaciones legislativas, la lentitud de los parlamentos y su incapacidad para dar respuesta a las nuevas necesidades de unas sociedades cada vez más complejas y donde se necesitan respuestas rápidas, los procedimientos legislativos en comisión o de urgencia y, en fin, el juego de las mayorías en el Estado de partidos que acaba por convertir al parlamento en muchas ocasiones en una cámara convalidatoria de la acción del gobierno;¹²⁴ estos, decimos, son problemas que afectan a las legislaturas y que, a fin de cuentas, desbaratan en cierta medida las asunciones de WALDRON.

Las legislaturas siguen siendo, sin duda, el órgano más representativo, aquel elegido directamente por el pueblo, y el más adecuado para dar voz a los distintos intereses presentes en la sociedad. El parlamento es, pues, el lugar donde se residencia el pluralismo político y que legitima a su través la acción normativa primaria del Estado, pero no ya por el especial valor epistémico que cabría esperar del procedimiento legislativo mayoritario, sino por su potencialidad para dar voz a todos. Y ello porque el tradicional modo de operar de las cámaras en el que el diputado era el protagonista y donde, a través del debate y la publicidad, se iban puliendo las ideas hasta cristalizar en la solución idónea, ha sido sustituido por el protagonismo de los partidos y la dicotomía mayoría-minoría, donde la centralidad de la ley en el ordenamiento y, por tanto, el fundamento constitucional de su vinculatoriedad, se explica más por la consagración de la posibilidad de la alternancia política que por su especial valor epistémico.¹²⁵

¹²³ Un excelente y reciente análisis de la institución parlamentaria a través del tiempo puede encontrarse en ASTARLOA, *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Madrid, Lustel, 2017, págs. 37-95.

¹²⁴ Al respecto *vid. ibid.*, págs. 119-178 y SANTAOLALLA LÓPEZ, *Por un nuevo procedimiento legislativo*, Madrid, Dykinson, 2015.

¹²⁵ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 264-266. Como afirma este autor, «la centralidad de la ley se define ahora por su procedimiento, que es el único de entre las distintas fuentes que hace visible la posibilidad de la alternancia en la dirección política del

Buena prueba de ello son dos supuestos en los que se introducen nuevos criterios de legitimidad que afectan o neutralizan la dicotomía parlamentaria mayoría-minoría, reduciendo al límite el papel del legislador. Estos son los gobiernos técnicos y los gobiernos de gran coalición.

En los gobiernos técnicos¹²⁶ se articula desde instituciones internacionales la necesidad de garantizar una coyuntura de gobernabilidad estable con la que hacer frente a la implantación de programas de reformas, y no desde el momento electoral. Esto da lugar a gobiernos forjados al margen del parlamento y cuya legitimidad se hace depender de su aptitud técnica. Las Cámaras quedan así desactivadas y el gobierno no responde directamente ante los representantes, que ven cómo sus posibilidades de controlar al ejecutivo o forzar su cambio quedan seriamente mermadas.¹²⁷

En los llamados gobiernos de gran coalición dos grandes partidos del arco parlamentario deciden coaligarse aun cuando uno de ellos podría formar gobierno por sí solo o con el apoyo de otras fuerzas minoritarias. Con ello se pretende formar ejecutivos dotados de una gran estabilidad y capaces de adoptar reformas profundas. Al igual que pasa con los gobiernos técnicos, el parlamento deja de ser el centro de gravedad, que se desplaza al propio gobierno o a los partidos. La dicotomía mayoría-minoría en el parlamento se sustituye por una alternancia informal que se

Estado. Es ahí también, por tanto, donde hemos de encontrar el fundamento de vinculatoriedad de la ley, que obliga a todos sus destinatarios precisamente por la razón política que la sostiene sobre el andamiaje constitucional: la minoría, el disidente, acepta la obligación definida por la ley porque sabe que esa voluntad es coyuntural en el tiempo, susceptible de ser modificada por futuras mayorías».

¹²⁶ Singularmente, los casos de Grecia e Italia, donde Lúkas Papadimos y Mario Monti, respectivamente, tomaron en 2011 las riendas del ejecutivo en gobiernos de coalición transitorios y formados íntegramente por tecnócratas, auspiciados por la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional y algunos de sus estados.

¹²⁷ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 277.

da entre los partidos que forman la gran coalición, en un escenario donde la oposición parlamentaria queda relegada, dado que por su tamaño no puede promover una crítica que represente una verdadera alternancia.¹²⁸

Ambos modelos representan un serio desafío a la idea de las legislaturas asumida por WALDRON y, más en general, a la que comúnmente se asocia al moderno constitucionalismo democrático y de partidos. Cabría preguntarse si el citado autor los consideraría dentro de la categoría de lo que él denomina casos no centrales (*non-core*), en los que la revisión judicial puede considerarse apropiada como una institución anómala para tratar patologías especiales.¹²⁹ En efecto, en escenarios así, donde la alternancia política ha claudicado o donde una amplísima coalición parlamentaria puede acometer todo tipo de reformas sin temor a una oposición efectiva, tanto la existencia de mayorías reforzadas para la reforma de la Constitución, como la previsión del control de la ley, podría erigirse en garantía de la minoría y de la separación de poderes.¹³⁰

Pero si hay una dificultad especialmente aguda con la que se encuentra la objeción contramayoritaria, es el encaje dentro de una visión más amplia del ámbito de la democracia. Para saber a qué nos referimos con la expresión «ámbito de la democracia» debemos explicar antes dos cosas.

¹²⁸ *Ibid.*, pág. 277-278.

¹²⁹ WALDRON, «The core of...», *op. cit.*, pág. 1359.

¹³⁰ La defensa contextual de la revisión judicial para casos «patológicos» ha sido estudiada por BAYÓN, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN CARRILLO; LAPORTA SAN MIGUEL; PRIETO SANCHÍS y PÁRAMO ARGÜELLES (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno: Secretaría General Técnica, 2004, págs. 70-72. Un resumen de diversas defensas contextuales puede encontrarse en LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 83-87. Entre otros se identifican contextos de sociedades fracturadas por conflictos étnicos, religiosos o culturales; sociedades jóvenes e inestables; o sociedades pobres y desiguales donde no es posible el fenómeno de la representación.

El fundamento de fondo de un sistema democrático se consagra en el principio según el cual toda persona tiene derecho a decidir sobre aquello que le afecta. Pero este principio puede referirse a tres tipos de decisiones. En primer lugar, tendríamos la capacidad para tomar decisiones simples o de primer nivel, aquellas que tienen un efecto directo en la realidad. En segundo lugar, tendríamos la capacidad para decidir sobre qué decidir; son decisiones de segundo nivel que no afectan directamente a la realidad, pero sí al ejercicio del derecho a decidir y que, por tanto, son presupuesto básico de las decisiones de primer nivel. Y en tercer lugar tendríamos la capacidad de decidir sobre el marco en el que se va a desarrollar el actuar democrático; son decisiones de tercer nivel que se erigen en presupuesto básico de las decisiones de primer y segundo nivel. Pues bien, las decisiones de tercer nivel serían las que conforman el ámbito de la democracia.¹³¹

Una de las maneras de describir el ámbito de un sistema político, como es la democracia, es mediante los tres elementos que tradicionalmente se han atribuido al Estado, es decir: la población, el territorio, y la forma de organización jurídica.¹³² En cuanto a la población, la cuestión que surge es la de qué personas deben decidir, y sobre qué personas se debe decidir; en el plano del territorio la cuestión que se plantea es dónde se deben tomar las decisiones políticas (¿exclusivamente a nivel estatal, también en ámbitos infra o supraestatal?); y, en fin, en cuanto a la forma de organización jurídica, nos preguntamos por el cómo se deben tomar las decisiones y sobre qué materias.¹³³

¹³¹ RUIZ MIGUEL, «Problemas de ámbito de la democracia», *Doxa*, núm. 6, 1989, págs.103-106.

¹³² *Ibid.*, pág. 97.

¹³³ *Ibid.*, págs. 97-99.

La construcción waldroniana está obviamente comprometida con la realización del valor último de la democracia que representa el hecho de que las personas puedan decidir sobre todo aquello que les afecta. Presenta un modelo, una forma de organización jurídica, a través de la cual todos los ciudadanos mayores de edad pueden elegir a unos representantes, que pueden tomar decisiones en los tres niveles que hemos explicado arriba, haciendo uso de la regla que mejor respeta el peso político e igual dignidad de cada individuo: la regla de la mayoría. Pero el problema es que esta construcción presupone una concreta comunidad de afectados y deja de lado importantísimos problemas de ámbito de la democracia.

En efecto, la identificación de aquellos que van a decidir y el ámbito al que afectará la decisión que se va a tomar son cuestiones que, por razones lógicas, no pueden ser establecidas por el procedimiento democrático. Son dos aspectos que deben estar necesariamente determinados antes de que se inicie el proceso democrático.¹³⁴ Y lo mismo puede decirse sobre la cuestión acerca de quienes son los titulares del derecho a participar. Como afirma LAPORTA, «la respuesta a la pregunta “¿quién debe votar?” no puede ser sino que debe votar aquel que “tenga derecho a votar”, lo que significa que ese derecho es anterior al procedimiento». Y entonces tenemos que echar mano de razones sustantivas con las que poder perfilar los rasgos que definen a los titulares del derecho a participar antes de que el procedimiento democrático pueda ponerse en marcha. Y esto, como nos advierte el autor, crea la paradójica situación de tener que atrincherar

¹³⁴ LAPORTA, *op.cit.*, pág. 480. Como añade el autor: «Una de las llamadas por Waldron “circunstancias de la política” es que exista una entidad humana colectiva, un grupo, un *demos*, que se vea en la necesidad de resolver un problema común. Pero esta «circunstancia» oculta dentro de sí una importante presuposición: que existe ya ese grupo o *demos* y alguien ha determinado ya que ese problema es común. Pero ¿cómo sabemos todo esto? ¿quién lo ha decidido? y ¿cómo se ha decidido? ¿acaso mediante el procedimiento democrático mismo? Las espinosas cuestiones de ámbito de la democracia no pueden ser resueltas por el mismo procedimiento democrático porque el establecimiento de ese procedimiento presupone ya que hemos determinado de algún modo el ámbito al que se va a aplicar».

ciertos derechos: «Y el mejor modo de hacerlo [definir a los titulares del derecho a participar] es mediante un haz de derechos individuales basados en una concepción sustantiva, no procedimental, de esos derechos. Pero si esos derechos son necesarios para la existencia de un procedimiento tan importante, parecería lógico que los protegiéramos del funcionamiento mismo del procedimiento situándolos en un espacio donde el mecanismo democrático no tuviera fácil acceso.»¹³⁵

Sin embargo, no nos vamos a centrar aquí, aunque también tengan su importancia, en cuestiones de población (¿deben votar los extranjeros o solo los nacionales? ¿qué ocurre con los discapacitados o los menores de edad?), sino en las de territorio. Razones de diverso tipo, de entre las que sobresale el principio de subsidiariedad, pero también factores históricos o identitarios, han llevado a que muchos estados, por un lado, adopten una forma descentralizada y, por otro, se integren en organizaciones supranacionales. En ambos casos se forma un nuevo *demos*, una nueva comunidad de afectados que actúa de manera superpuesta al *demos* estatal o primario, y entre ellos se establecen relaciones a las que la objeción contramayoritaria debe dar encaje. En los próximos dos apartados nos vamos a dedicar a analizar ambos problemas por separado.

2. La compleja relación entre regla de la mayoría e integración supranacional.

En la actualidad, la idea del Estado-nación como centro decisorio único ha dado paso a un nuevo paradigma donde aquellos, a través de la integración en organizaciones internacionales o la suscripción de tratados junto a otros estados, buscan la resolución de ciertos problemas en los que la intervención unilateral del Estado se ha constatado insuficiente. Esta

¹³⁵ LAPORTA, *op.cit.*, pág. 480.

situación afecta en mayor o menor grado a la autonomía de los estados en general, y de sus legislaturas en particular.

La experiencia más completa de integración en una organización internacional en nuestro entorno, y posiblemente a nivel mundial, es la ejemplificada por la Unión Europea. Como es sabido, los Estados Miembros ceden parte de sus competencias legislativas a la Unión, que a partir de entonces pasa a ejercerlas con un nivel mayor o menor de intensidad. La integración europea se ha regido desde sus orígenes por un criterio de división de funciones entre la política, y la racionalización de la economía. A los Estados les sigue correspondiendo la articulación del pluralismo, donde la ley ocupa un lugar especial, el aseguramiento de los derechos fundamentales, el diseño de la política redistributiva a través de las potestades presupuestaria, tributaria y social, así como la función de ejecutar el derecho comunitario. La Unión, en cambio, se originó y sigue estando inspirada por la idea de organizar un mercado interior, desarrollado a través de las garantías a las libertades fundamentales vinculadas a la libre circulación y en la defensa de la competencia.¹³⁶

Estas son las razones estructurales que han llevado a que la toma de decisiones ordinarias en la Unión no se realice a través de un procedimiento legislativo democrático inspirado en la dicotomía mayoría-oposición. El procedimiento legislativo de la Unión está inspirado en la idea de difuminar las diferencias y potenciar el consenso. La conexión entre el momento electoral y la dirección política se ve interceptada por la necesaria intervención del Consejo Europeo y de los Estados en el nombramiento del Presidente de la Comisión y del colegio de comisarios, respectivamente; por el intergubernamentalismo, que reconoce potestad de veto a los

¹³⁶ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 270-271. Aunque, como afirma el autor, tras la crisis económica estamos obligados a «replantearla premisa -que la Unión tenga una mera función compensatoria- y sus corolarios -la limitación competencial y la singular naturaleza del proceso político de la Unión-.» (*Vid.* nota 31 al artículo).

Estados;¹³⁷ y por el diseño general del procedimiento legislativo ordinario, que antes del Tratado de Lisboa era llamado muy gráficamente «procedimiento de codecisión».¹³⁸ La cuestión que se nos plantea inevitablemente es, en fin, hasta qué punto es esto compatible con la objeción contramayoritaria.

Si entendemos la regla de la mayoría y de todas las presunciones de las que trae causa, como abierta al cambio, la decisión de ceder competencias legislativas a una organización que las va ejercer mediante un procedimiento no democrático o, al menos, no mayoritario, quedaría justificada por el solo hecho de que tal cesión haya sido acordada por mayoría.¹³⁹ Pero si, por el contrario, la entendemos como una regla cerrada al cambio, entonces la decisión de ceder esas competencias debería quedar supeditada a que la organización cesionaria fuera a ejercerlas mediante un procedimiento democrático capaz de cumplir con las exigencias de la teoría contramayoritaria.

Pero aun en caso de que esto fuera así, nos encontraríamos con un segundo problema. Y es que la legislatura cesionaria ya no estaría representando tan solo a los individuos del Estado cedente, sino también a

¹³⁷ *Ibid.*, págs. 272-274. Aunque el intergubernamentalismo ha ido perdiendo peso sigue siendo de aplicación en la reforma del derecho originario y en los procedimientos legislativos especiales, así como en las decisiones necesitadas de aprobación constitucional estatal.

¹³⁸ Al respecto puede consultarse GARZÓN CLARIANA, «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015 y BARÓN CRESPO, «El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 46, 2012.

¹³⁹ Es lo que ocurre en España, donde el artículo 93 de la Constitución, específicamente creado para permitir la adhesión de España a las entonces llamadas Comunidades Europeas, establece que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución».

los del resto de Estados integrantes. Estaríamos ante un nuevo *demos*, cuya legitimidad decisoria habría de buscarse quizá, no ya solo en el procedimiento de adopción de decisiones, sino también en el respeto a una infalible regla de subsidiariedad que nos permita saber que aquellas decisiones están afectando realmente, si no a todos, si al menos a una buena parte de aquellos que lo conforman. Y aun cumpliéndose estas dos condiciones: ¿qué ocurre con el inevitable conflicto que puede surgir entre los dos centros decisorios? Los productos normativos resultantes de uno y otro estarían dotados de una misma legitimidad democrática desde el punto de vista de la objeción contramayoritaria. ¿No estaremos quizá ante un caso en el que la revisión judicial tendría todo el sentido, garantizando que la distribución de competencias entre los Estados y la organización internacional no quede al albur de la voluntad de las distintas legislaturas sin que tal distribución se reforme expresamente?

En fin, también debemos hacer una breve mención a casos menos severos de integración internacional. Actualmente los estados suscriben multitud de tratados internacionales que les obligan. Este tipo de tratados no ejercen una influencia directa en el ejercicio de la potestad legislativa, pues no transfieren competencias de este tipo, pero sí indirecta, ya sea a través de la necesidad de adecuar la legislación a alguno de estos tratados, o bien a través de la interpretación que los tribunales (tanto los nacionales como los eventualmente previstos en el propio tratado) hagan de las leyes en consonancia con aquellos, o, en definitiva, con la posible exigencia de responsabilidad por incumplimiento.¹⁴⁰ En este caso la objeción

¹⁴⁰ Un reciente e ilustrativo ejemplo de esto último podemos encontrarlo en los laudos arbitrales que han condenado al estado español por la violación de las obligaciones contraídas en el Tratado sobre la Carta de la Energía. En el caso *Eiser*, de mayo 2017, se impugnaron todas las medidas adoptadas por España hasta el 2014, entre las que se contaban normas con rango de ley, como el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, y el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. En el laudo condenatorio el tribunal arbitral afirmó que los tratados en materia de inversiones no eliminan el derecho de los estados a modificar sus regímenes regulatorios. Pero consideró

contramayoritaria es más fácil de salvar. La legislatura siempre podría tener la capacidad de decidir por mayoría abandonar el tratado u obligar al gobierno a su denuncia.

El problema es que, una vez más, estaríamos ante un buen ejemplo en el que el control de constitucionalidad encontraría justificación. Los jueces velarían por el cumplimiento de los tratados, evitando que las legislaturas, tomaran decisiones contrarias a los mismos, entretanto no fueran expresamente denunciados.¹⁴¹ Y es que, en definitiva, la integración de los

que España había proporcionado un trato injusto e inequitativo al inversor, porque el cambio en la regulación fue «total e irrazonable», «drástico y abrupto», «profundamente injusto e inequitativo» y acabó despojando a los demandantes de «prácticamente [...] todo el valor de su inversión». La condena ascendió a 128 millones de euros más intereses.

¹⁴¹ Sabido es que esta no es la solución comúnmente aceptada. El Tribunal Constitucional español, sin ir más lejos, se ha pronunciado repetidamente acerca de la imposibilidad de considerar a los tratados internacionales adoptados por España como canon de constitucionalidad de las leyes, y ni tan siquiera al derecho comunitario. La STC 28/1991 fue clara a propósito, precisamente, del derecho europeo, al afirmar que el procedimiento constitucional de incorporación no ha «dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entrañe necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE. Este precepto constituye ciertamente el fundamento último de tal vinculación, dado que la aceptación de la misma -instrumentada en el Tratado de Adhesión, que es su fundamento inmediato- expresa la soberanía estatal. Ello no permite olvidar, sin embargo, que el precepto constitucional, de índole orgánico procedimental, se limita a regular el modo de celebración de una determinada clase de Tratados internacionales, lo que determina que únicamente tales Tratados puedan ser confrontados con el art. 93 CE en un juicio de constitucionalidad, por el hecho de ser dicha norma suprema la fuente de validez formal de los mismos. Así, en el caso que nos ocupa, producida la adhesión a las Comunidades Europeas mediante un Tratado de esta naturaleza [...], y una vez utilizado, por tanto, el mecanismo del arto 93, dicha norma constitucional no resulta afectada por la eventual disconformidad en que pueda incurrir la legislación nacional -estatal y autonómica- respecto del ordenamiento comunitario, cuestión ésta que escapa al objeto y contenido de esa norma» (FJ 4). No obstante, en virtud de la primacía que la doctrina del TJUE ha otorgado al derecho comunitario, los jueces nacionales deben inaplicar toda ley interna en contradicción a aquel. Lo cual equivale a la posibilidad de que el juez pueda controlar los excesos competenciales.

Y en cuanto al resto de normas internacionales, sólo los tratados relativos a derechos humanos tendrían una cierta condición de parámetro de constitucionalidad de las leyes, por previsión expresa del artículo 10.2 de la Constitución, como también se señala en la sentencia referida: «Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida

Estados en organizaciones internacionales, así como la adhesión a tratados sin cesión de competencias, suponen un serio desafío a la hora de conciliar la democracia mayoritaria con el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

3. El conflicto de leyes en el Estado compuesto y el criterio de la legitimidad democrática.

El esquema waldroniano que expusimos en el primer subapartado se amolda perfectamente a las organizaciones políticas donde hay un único centro decisor con capacidad legislativa. Sin embargo, la situación es mucho más compleja en los Estados compuestos. Este tipo de comunidades se caracteriza porque, junto al ente central, se prevén otros entes periféricos dotados de autonomía. Lo que aquí más nos interesa es la posibilidad de que esos entes periféricos se organicen institucionalmente al modo del ente central, con legislaturas elegidas democráticamente y que toman sus decisiones por mayoría. En estos casos nos encontramos ante un desdoblamiento de la ley, y ambas, tanto la estatal como la periférica, gozan del mismo régimen jurídico, diferenciándose tan solo por su eficacia territorial y por su ámbito competencial.¹⁴²

serviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 CE). Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional» (FJ 5).

¹⁴² Así es entendido, por ejemplo, en España, donde todas las Comunidades Autónomas se han dotado de parlamentos que ejercen la potestad legislativa en las competencias que la Constitución y los Estatutos les otorgan. El modo en que la ley estatal y autonómica se relacionan es a través del principio de competencia. *Vid.* DÍEZ PICAZO, «Ley autonómica y ley estatal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989 y JIMÉNEZ ASENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2001, págs. 71 y ss.

En los Estados compuestos es inevitable el conflicto de leyes, y para resolverlo no podemos echar mano de criterios de legitimidad democrática, ya que ambas son expresión de una mayoría. Ante este escenario, el modelo propugnado por los defensores de la objeción contramayoritaria se enfrenta a un dilema. Independientemente del grado de rigidez de la Constitución, o incluso aunque esta sea flexible, la distribución de competencias legislativas prevista debe ser respetada, bajo pena de que la misma vaya cambiando a golpe de ley periférica invasiva y contraley central, o viceversa. No se trata solo de garantizar la estabilidad del ordenamiento y el principio de seguridad jurídica, sino también de respetar las razones de eficacia, subsidiariedad o de oportunidad política que han llevado a establecer un reparto competencial.¹⁴³

Ante un conflicto de leyes dotadas de igual legitimidad la respuesta final habrá de ser necesariamente jurídica, determinando qué ley debe aplicarse en perjuicio de las demás.¹⁴⁴ Las soluciones que se adoptan pasan por dar al legislador central la potestad de desplazar la ley periférica -o permitirle, al menos, una intervención paliativa en ámbitos que, siendo a priori

¹⁴³ Que incluso en los casos en que la constitución sea flexible deban respetarse los procedimientos y, en particular, el reparto de competencias, es algo que necesita de alguna explicación. GUASTINI ha defendido que la superioridad jerárquica de las constituciones flexibles sobre la ley es posible. La razón que ofrece es que «el legislador puede cambiar las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, pero no puede violarlas hasta que no las haya cambiado», puesto que una cosa es una «norma que deroga (tácitamente) otra norma precedente» y otra cosa es «una conducta que viola una norma». *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, págs. 51-52. Según entiendo, lo que el autor pretende señalar es que, en una constitución flexible, el procedimiento legislativo no puede considerarse tácitamente reformado por el mero expediente de aprobar una ley que se haya apartado del mismo. Por tanto, si una legislatura decide legislar sobre un asunto que no es de su competencia sin reformar previamente el reparto, nos encontraríamos ante una ley inválida, y no ante una reforma tácita de la constitución. *Cfr.* con la visión que de este mismo pasaje de GUASTINI tiene BAYÓN, «Democracia y derechos...», *op. cit.*, pág. 76.

¹⁴⁴ AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 268.

competencia del ente periférico, suscitan problemas de discriminación- o en remitir la respuesta al poder judicial, con o sin suspensión de la ley impugnada.¹⁴⁵ Y ante esto, ¿cuál sería la respuesta más acorde con la objeción contramayoritaria?

Las soluciones que consisten en algún tipo de desplazamiento de la ley periférica por la ley central se fundan en consideraciones de igualdad y uniformidad por cuanto aquellas son de aplicación en todo el territorio. Esta podría parecer una respuesta plausible. Pero no se condice con el carácter último que los partidarios de la objeción atribuyen a las decisiones mayoritarias de toda legislatura democrática. En la práctica se establece una jerarquía entre la legislatura central y las periféricas y, por tanto, una diferencia en la cualidad de los *demos*, ya no basada en un estricto entendimiento del reparto competencial, sino en la necesidad de cerrar el conflicto.

La respuesta que parece más acorde con el respeto al carácter democrático de las legislaturas y sus leyes sería la de derivar el conflicto a un tercero. Y aquí es donde aparecen los jueces. No podemos olvidar que, para KELSEN, «es ciertamente en el Estado federal en donde la justicia constitucional adquiere la más grande importancia.» El respeto al límite constitucional que supone la distribución de «competencias entre la Federación y los Estados-miembros es una cuestión políticamente vital en el Estado federal, donde los conflictos de competencia dan lugar a luchas apasionadas. En el Estado federal, más que en ningún otro lado, se hace sentir la necesidad de una institución objetiva que resuelva estas luchas de modo pacífico; es menester un tribunal ante el cual estos litigios pueden ser sometidos como problemas jurídicos y resueltos como tales; en suma, es necesario un Tribunal Constitucional; ya que toda invasión de la competencia de la Federación por un Estado-miembro, así como toda

¹⁴⁵ *Loc. cit.*

invasión a la competencia de los Estados-miembros por parte de la Federación, es una violación de la Constitución federal que hace de la Federación y de los Estados-miembros una unidad total». ¹⁴⁶

En efecto, la existencia de un tribunal capaz de zanjar los conflictos de competencias como problemas jurídicos parece la opción más adecuada. De la misma manera que se predica el valor intrínseco de la regla de la mayoría para zanjar desacuerdos sobre el contenido de los derechos al no privilegiar ninguna opción, podemos ver también un valor intrínseco en el ejercicio de la revisión judicial en conflictos de competencias al no privilegiar una ley sobre otra. ¹⁴⁷

Estados que no prevén un control de constitucionalidad de las leyes, como Países Bajos y Nueva Zelanda, son unitarios. O en el especial ejemplo de estado unitario que representa el Reino Unido, donde desde que en 1998 se procedió a la descentralización de los poderes legislativo y

¹⁴⁶ «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 297. La idea de que el control de constitucionalidad de las leyes está especialmente justificado en estados federales ha sido también defendida por WHITTINGTON, «An “indispensable feature”? Constitutionalism and judicial review», *Journal of legislation and public policy*, vol. 6, núm. 1, 2002, y por MCGINNIS, y SOMIN, «Federalism vs. State’s rights: a defense of judicial review in a federal system», *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 1, 2004. Estos últimos autores ofrecen una justificación alternativa, considerando que, a falta de control de constitucionalidad, los incentivos que las legislaturas federales y locales tienen para mantenerse en los límites de la distribución de competencias son muy débiles.

¹⁴⁷ Esto ha sido criticado por LINARES, que aduce no encontrar ningún incentivo especial en los jueces que les lleve a resguardar la estructura de un Estado, si tan siquiera están sujetos a procesos electorales. Es más, añade, una rápida mirada a la jurisprudencia de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales «muestra que éstas normalmente protegen los intereses del gobierno federal, de manera que ni siquiera hay buenas evidencias para pensar que la revisión judicial verdaderamente sirva para asegurar la defensa de los intereses locales». *Vid. La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 81 y nota 62. Pero es que aquí ya no estamos hablando del valor instrumental del control judicial, sino de su valor intrínseco. De la misma manera que de la regla de la mayoría se predica su especial valor intrínseco, lo que la haría más adecuada para obtener un mayor valor instrumental, aunque luego esto pudiera no ser así.

ejecutivo, se ha consagrado la predominancia del Parlamento de Westminster.¹⁴⁸

Para terminar, queremos añadir que una opción para resolver estos conflictos de leyes de una manera conforme a la objeción contramayoritaria podría ser, sin duda, su atribución a una tercera cámara representativa que decidiera por mayoría a quién corresponde la competencia. Pero el problema aquí es cómo diseñar un órgano que sea a la vez tan representativo del Estado central como de las unidades periféricas, sin contar con que en la inmensa mayoría de las ocasiones el conflicto solo afectará a una o algunas de estas con el Estado, o viceversa, pero todas las demás decidirán sobre su suerte.¹⁴⁹

¹⁴⁸ El llamado proceso de devolución, que se inició con la *Scotland Act 1998* y posteriormente se extendió a Gales e Irlanda del Norte, se hizo con el reconocimiento expreso de que el Parlamento de Westminster no perdía su soberanía. Ante eso Lord Sewel expresó sus esperanzas de que se estableciera una convención por la que el Parlamento de Westminster normalmente no legislaría sobre los asuntos descentralizados sin contar con el consentimiento del Parlamento de Escocia. Con el tiempo esto llevó al reconocimiento de la *Legislative consent motion*, también conocida como *Sewel motion* en honor al Lord que la había expuesto, en un instrumento informal (*Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements Between the United Kingdom Government, the Scottish Ministers, the Welsh Ministers, and the Northern Ireland Executive Committee*), cuyo texto es, en realidad, bien expresivo de la capacidad de decisión última que se reserva el Parlamento de Westminster: «14. The United Kingdom Parliament retains authority to legislate on any issue, whether devolved or not. It is ultimately for Parliament to decide what use to make of that power. However, the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature. The devolved administrations will be responsible for seeking such agreement as may be required for this purpose on an approach from the UK Government.» Con posterioridad se ha incorporado esta cláusula en las reformas de 2016 de la *Scotland Act* y de 2017 en la *Wales Act*.

¹⁴⁹ LINARES, sugiere que un estado federal puede perfectamente confiar la defensa de los intereses locales a un senado o incluso dotar de poderes de veto a las legislaturas periféricas si lo que se quiere es limitar el poder del estado central. Pero esto siguen siendo soluciones incompletas. La primera nada dice sobre qué pasaría en un conflicto de leyes, y parece hacer referencia más bien a la representación de los intereses locales en la legislación central. Y la segunda privilegia la ley periférica. *La (i)legitimidad democrática...*, op. cit., pág. 81.

4. La heterogeneidad de contenidos de la Constitución.

Como ya tuvimos oportunidad de advertir más arriba, la doctrina que se ha encargado, desde cualesquiera posiciones, de los problemas que suscita la objeción contramayoritaria, se ha centrado en exclusiva en la parte dogmática de las constituciones, es decir, en los derechos fundamentales.¹⁵⁰ El problema es que la conclusión a la que se llega se impone a todo el texto constitucional de manera indiscriminada, sin la debida reflexión acerca de si los argumentos esgrimidos a favor o en contra de una u otra posición son igualmente aplicables al resto de disposiciones, cuya importancia en el desarrollo de los derechos fundamentales no debe tampoco minusvalorarse, atendida la necesidad de que tal desarrollo se realice a través de un entramado institucional de órganos, procedimientos y garantías que suelen encontrar su sitio en la propia Constitución.

Las razones de este trato diferencial pueden ser variadas. Ya sabemos que para los partidarios de la objeción contramayoritaria el fundamento mismo del procedimiento democrático es el reconocimiento de que los individuos son portadores de ciertos derechos. Como afirma WALDRON, «la idea de los derechos se basa en una visión del individuo humano como un agente esencialmente pensante, con capacidad para la deliberación moral, para ver las cosas desde el punto de vista de los otros, y para ir más allá de la preocupación por los intereses propios y sectoriales. La atribución de cualquier derecho es típicamente un acto de fe en el actuar y en la capacidad para pensar moralmente de cada uno de los individuos concernidos».¹⁵¹ Y por ello, hurtar al procedimiento democrático las

¹⁵⁰ Y a la lista de los ya citados podríamos añadir, entre otros, a HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2005, o a ALEXY, «Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático», en CARBONELL, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, y *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2017.

¹⁵¹ WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pág. 250.

decisiones sobre derechos significaría tanto como estar desconociendo la capacidad de cada individuo para decidir sobre ellos.

Otra razón quizá pueda encontrarse en la inveterada tradición de identificar la figura de los derechos con la de los límites sustantivos. Pero la parte orgánica de una Constitución rígida representa un límite sustantivo para el legislador tanto como los derechos, pues ninguna ley podría regular un procedimiento o un órgano de manera distinta a como lo hace la Constitución sin entrar en contradicción con ella, a no ser que se reforme.

En todo caso, como hemos podido ver en los dos apartados anteriores, hay muy buenas razones para justificar el control de constitucionalidad de las leyes precisamente en un aspecto no dogmático de la Constitución, como es la distribución de competencias a nivel supra e infraestatal. ¿Pero podríamos argumentar también a favor de la salvaguarda de estas u otras materias a través de cláusulas de reforma constitucional de mayor o menor rigidez?¹⁵²

LAPORTA ha tratado de determinar las distintas materias que suelen incluirse en una Constitución, a la vez que se pregunta por las razones que puedan llevar a su reforzamiento.

En primer lugar, tendríamos la inclusión en la Constitución de aquellas cuestiones tan controvertidas que pueden hacer peligrar el propio proyecto

¹⁵² Obsérvese que los casos comentados en los dos apartados anteriores nada dicen, en puridad, acerca de la conveniencia de que las materias referenciadas deban o no ser también dotadas de rigidez. De lo que se ha tratado es de demostrar la idoneidad del control de constitucionalidad de las leyes para resolver ciertos conflictos. Es cierto que el establecimiento del control de constitucionalidad parece tener sentido sólo si dotamos de rigidez a la Constitución, pero ya hemos intentado demostrar que incluso una constitución flexible puede ser jerárquicamente superior a las leyes. En todo caso, la objeción contramayoritaria seguiría conservando todo su vigor en cuanto que crítica a la rigidez constitucional: ¿por qué no iba a poder decidir la mayoría sobre la concreta distribución del poder territorial o sobre la integración en organizaciones internacionales?

político, por lo que se decide retirarlas de la discusión política ordinaria.¹⁵³ Se trataría de reglas que acuerdan una autocensura¹⁵⁴ con la que evitar divisiones potencialmente peligrosas para la estabilidad del ordenamiento. Justificar el grado de rigidez del que se dote a estos preceptos constitucionales dependerá del calado de las razones que se den para ello.¹⁵⁵

En segundo lugar, se afirma que la Constitución es el lugar más adecuado para albergar algunos mecanismos con los que dar respuesta a ciertos problemas de acción colectiva.¹⁵⁶ Al igual que pasaba con las medidas del tipo anterior, su constitucionalización y especial salvaguarda dependerá de las concretas razones que se aduzcan para ello y, además, de los fines que se pretendan conseguir. LAPORTA sugiere que la conexión de este tipo de medidas con la protección de ciertos derechos

¹⁵³ LAPORTA pone algunos ejemplos: la idea de la separación entre Iglesia y Estado o el principio de abandonar la instauración de una religión oficial obedecería inicialmente a una estrategia de este tipo, pues la mejor manera de acabar con las guerras de religión es extraerla de la controversia política ordinaria. Sin embargo, el autor advierte que en muchos supuestos este tipo de estrategia puede usarse para imponer o proteger la posición hegemónica de algún grupo social, como ocurrió con la esclavitud en los Estados Unidos, o en los casos en que se otorga impunidad a dictadores y genocidas a cambio de no interferir en los procesos de transición democrática. *Vid. op. cit.*, pág. 470.

¹⁵⁴ *Gag rules* (reglas mordaza) en la terminología de HOLMES, «Gag rules or the politics of omission», en ELSTER y SLAGSTAD, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, University Press, 1988, pág. 19.

¹⁵⁵ LAPORTA, *op. cit.*, pág. 471: «Ello quiere decir que las razones aceptables para constitucionalizar y atrincherar algunos extremos han de ser razones sustantivas anteriores a cualesquiera circunstancias contingentes de la comunidad política».

¹⁵⁶ El ejemplo que se pone es el de la «Cláusula de Comercio» de la Constitución de los Estados Unidos, que prohíbe a los Estados establecer regulaciones aduaneras al comercio interestatal. Lo que se pretende promover el interés colectivo prohibiendo ciertas decisiones que pueden llevar a un desajuste. El artículo 157.2 de la Constitución Española que establece que «las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias...que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios», sería también un buen ejemplo de estas medidas. *Vid. loc. cit.* y SUNSTEIN, «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1991, pág. 641.

fundamentales puede ser una buena razón para atrincherarlas. En otros casos no significa, sin embargo, que no sea conveniente dotar de algún tipo de rigidez moderada y mayoritaria a esos preceptos.¹⁵⁷

En tercer lugar, se sugiere que es casi un axioma histórico el identificar la Constitución porque incorpora las características básicas de la estructura misma del Estado.¹⁵⁸ Esta parte «orgánica» de las constituciones, encargada de articular las funciones y límites de los poderes del Estado, es también susceptible de ser cuestionada desde la objeción contramayoritaria, puesto que son decisiones que tanto pueden limitar al legislador futuro como las demás.

LAPORTA, buscando una justificación para el atrincheramiento de esta materia, parte de distinguir entre lo que llama «principios o exigencias ético-políticas» y los «mecanismos institucionales».¹⁵⁹ Estos últimos tendrían su fundamento en que son la concreta forma en que los principios o exigencias ético-políticas se articulan normativamente. De este modo, los distintos

¹⁵⁷ LAPORTA, *op. cit.*, págs. 472-473. Aquellos artículos como el 139.2 de la Constitución Española, que afirma que «ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español», o el artículo 139.1 que dice que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional», están relacionados con el derecho de todos los ciudadanos a ser tratados de manera igual por la ley. Y estos derechos de libertad o a un tratamiento igual van más allá de la mera vigilancia del tráfico económico y otras necesidades pragmáticas, y serían, por tanto, más importantes que los presuntos derechos que las Comunidades Autónomas pudieran aducir a su favor.

¹⁵⁸ Recordemos que el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 disponía como carácter necesario de toda sociedad dotada de una constitución real que la separación de poderes esté determinada y que para Kelsen, la Constitución en sentido material tendría precisamente como función la «de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir». *Teoría pura...*, *op. cit.*, pág. 109. Cfr. DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 17.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, págs. 473. La distinción trae causa de la ideada por ELSTER, entre «*reasons for precommitment*» y «*devices for precommitment*». *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

principios ético-políticos actuarían como justificación para construir, constitucionalizar y, en su caso, atrincherar, los mecanismos institucionales con que aquellos se vehiculizan y garantizan.¹⁶⁰ Ahora bien, no todos los principios tienen el mismo valor o alcance, y por ello para LAPORTA la conclusión es «que solo los principios o razones que recogen derechos individuales básicos o descansan en ellos son lo suficientemente poderosos como para medirse con la objeción contramayoritaria», hasta el punto de justificar la rigidez de los mecanismos institucionales que inspiran mediante cláusulas de reforma constitucional especialmente agravadas. En cambio, cuando lo que se pretende mediante la constitucionalización de ciertos mecanismos es aumentar la racionalidad en la toma de decisiones, corrigiendo los desajustes a que pueden conducir las pasiones o intereses sectoriales, solo cabría su salvaguarda mediante cláusulas de rigidez mayoritaria.¹⁶¹

A nadie se le escapa que esta teoría requiere una operación en tres niveles: aislar aquellos derechos individuales capaces de medirse con la objeción contramayoritaria, establecer qué principios ético-políticos descansan en ellos y, por último, determinar qué mecanismos, en tanto que plasmación normativa de aquellos principios, habrán de estar especialmente protegidos. No obstante, interesa por cuanto pone de relieve la estrecha relación entre la parte orgánica de las constituciones y la garantía de ciertos derechos. En este sentido entronca también con las «circunstancias de la política» de WALDRON, y con todas las asunciones que hacen de la regla de la mayoría un mecanismo de toma de decisiones

¹⁶⁰ LAPORTA, pone el ejemplo del mecanismo normativo de la separación de poderes, y de cómo podría justificarse aduciendo «con cierta plausibilidad la exigencia de independencia judicial para la protección de los derechos individuales frente al poder ejecutivo, pero si nos interrogásemos sobre la conveniencia de constitucionalizar, por ejemplo, el déficit cero o la independencia del banco central, seguramente no nos sentiríamos satisfechos porque algunos economistas nos dijeran que las mayorías toman sus decisiones con tendenciosidad o con miopía de futuro». *Op. cit.*, pág. 474.

¹⁶¹ *Loc. cit.*

valioso. ¿No sería acaso conveniente atrincherar mediante cláusulas de reforma constitucional especialmente agravadas o incluso mediante el establecimiento de su intangibilidad todos aquellos mecanismos institucionales que hacen posible que la toma de decisiones sea democrática, como la separación de poderes, el sufragio universal o el parlamentarismo?, ¿no requeriría el *derecho de los derechos* (el derecho fundamental a la participación) asegurar al máximo nivel las condiciones institucionales que hacen posible su ejercicio?¹⁶²

También podríamos preguntarnos si hay razones ajenas a los derechos individuales capaces de justificar la rigidez de ciertos mecanismos. Así ocurriría con la distribución de competencias, que ya hemos tenido oportunidad de comentar más arriba. En los Estados compuestos puede procederse a un reparto del poder político igual para todos los entes periféricos, o con distintos niveles de autonomía, pero en uno y otro caso parece necesario proteger ese ámbito institucional de un poder central que pudiera modificarlo por simple mayoría.

En cuarto y último lugar, en las constituciones pueden incluirse también asuntos triviales y muy diversos, así como la regulación de órganos o instituciones que por su rango no conforman la materia típica de estas normas.¹⁶³ Estos casos, según defiende LAPORTA, «no deberían ser sometidos a ninguna exigencia que fuera más allá de la decisión democrática del poder legislativo constituido, porque cualquier otra protección para-democrática carecería de justificación».¹⁶⁴

¹⁶² WALDRON, *Law and...*, pág. 232.

¹⁶³ DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 30.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, pág. 470.

V. La respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad en el contexto de la objeción contramayoritaria.

En este apretado resumen que hemos efectuado sobre el constitucionalismo y la objeción contramayoritaria hemos podido comprobar cómo la tensión entre estos dos paradigmas aparentemente irreconciliables plantea muchas e interesantes cuestiones.

Dos de los rasgos más importantes que han caracterizado al moderno constitucionalismo son puestos en duda. La rigidez constitucional se ve enfrentada así a una objeción formulada en términos de reivindicación de competencias para el legislador ordinario. Y el control de constitucionalidad de las leyes es visto como un poder exorbitante, reclamándose que la interpretación definitiva de la Constitución se haga por el poder político ordinario y no por unos jueces que ni responden ante el pueblo ni han sido elegidos por él.

La importancia capital de la objeción contramayoritaria es, pues, el haber proporcionado las bases teóricas para un movimiento que propugna un retroceso de la Constitución en favor de las leyes. Un movimiento que apela a la contención y cuya repercusión fáctica no se ha visto tanto en un efectivo rechazo a las figuras de la rigidez constitucional y la revisión judicial, como en el continuo cuestionamiento de los límites, alcance y modo en que se debe ejercer esta última.

Es en este escenario en el que surge la respuesta legislativa a las declaraciones de inconstitucionalidad de una ley. La expresión fue ideada por FERRERES COMELLAS, y hace referencia a la posibilidad de que el legislador responda a la invalidación de una ley decretada por los jueces mediante la promulgación de otra ley igual o similar.

FERRERES COMELLAS, parte del marco específico de su defensa de la rigidez constitucional. Si la Constitución es excesivamente difícil de reformar, se puede producir un divorcio entre su contenido y la opinión mayoritaria de la sociedad, lo cual plantea una objeción importante en contra de la rigidez.¹⁶⁵ La manera de evitar esta situación potencialmente deslegitimadora para el texto constitucional consistiría en recurrir a la abstracción, es decir, «[a]l empleo de términos relativamente abstractos (no específicos) a la hora de enunciar los derechos, y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar».¹⁶⁶ En definitiva, las constituciones, y más específicamente las tablas de derechos que contienen, deben ser formuladas en términos abstractos. Asumido esto, la rigidez deja de ser una restricción injustificada a la capacidad de decisión de la mayoría para convertirse en el vehículo más apropiado con que canalizar la adaptación del texto constitucional a los cambios sociales, y una garantía de que el legislador se tomará en serio los derechos, ante la carga de tener que ofrecer buenas razones al juez constitucional para justificar la ley en el caso de su eventual impugnación.

En este esquema, que acaba por justificar tanto la rigidez de la constitución como el control de constitucionalidad de las leyes, cobra especial importancia la posibilidad de reformar la norma suprema, so pena

¹⁶⁵ La discrepancia entre la constitución y la sociedad podría darse en un doble plano: «Puede ocurrir que la mayoría actual no considere “correcto” alguno de los derechos registrados en la Constitución. Y puede suceder también que la mayoría estime insuficiente el catálogo de derechos, por no incluir algún derecho “nuevo” que reputa fundamental». «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 33.

¹⁶⁶ *Loc. cit.* y más adelante: «Si, en cambio, la Constitución rígida expresara los derechos y libertades a través de cláusulas detalladas (específicas) y categóricas (no sujetas a excepciones implícitas), le resultaría mucho más difícil obtener el apoyo de las diversas generaciones a lo largo del tiempo. Pues el carácter detallado y categórico de las cláusulas aumentaría el riesgo de que las generaciones futuras estuvieran en desacuerdo con lo dispuesto en ellas.» (pág. 34).

de elevar a la categoría de inatacable la interpretación de los jueces.¹⁶⁷ Ahora bien, la reforma constitucional es un procedimiento que aboca al legislador a una operación, bien de abigarramiento, bien de vaciamiento del texto constitucional, comprometiendo su naturaleza de «marco para la divergencia a lo largo del tiempo».¹⁶⁸ Y es que, según afirma FERRERES COMELLAS, el legislador, ante la invalidación de una ley, se ve en la necesidad de elegir entre «“elevar de rango” la ley que fue invalidada por el juez; o [...] remitir al legislador ordinario la concreción del derecho abstracto que ha provocado la controversia, “desconstitucionalizando” de esta manera su contenido. En ambos casos la Constitución reformada pierde capacidad para canalizar la deliberación pública actual y futura, pues en el primer caso la Constitución “habla demasiado claro” (con respecto a la cuestión controvertida de que se trate), mientras que en el segundo “no dice nada”».¹⁶⁹

Es por todo ello que debería admitirse la posibilidad de que el legislador ordinario apruebe una ley de contenido idéntico o similar al de otra norma que fue invalidada, provocando así una segunda ronda de debate ante los jueces y un eventual cambio en su jurisprudencia. Esto tendría además el efecto positivo de favorecer la evolución de la mencionada jurisprudencia constitucional y evitar una excesiva petrificación del ordenamiento.¹⁷⁰

¹⁶⁷ «La principal razón es que el juez es falible. La justificación del control judicial no reside en la predicción de que el juez acertará siempre al interpretar los derechos enunciados en la Constitución. Tampoco se basa en el cálculo de que el juez acertará más veces que el legislador democrático. El fundamento de esta institución descansa en la deseable contribución que el juez puede hacer al diálogo colectivo, recordando a los ciudadanos y a sus representantes el peso que tienen ciertos derechos, y enriqueciendo la deliberación pública con argumentos y puntos de vista que no han sido tenidos en cuenta en sede parlamentaria.» FERRERES COMELLAS, «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 40.

¹⁶⁸ La expresión es de AZPITARTE SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 261.

¹⁶⁹ «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 42.

¹⁷⁰ Según FERRERES COMELLAS, en determinados sistemas políticos es muy difícil que la jurisprudencia pueda evolucionar en un sentido que favorezca al legislador si no es a través de una respuesta legislativa que permita una reconsideración de la ley ante los

Aunque el profesor catalán, que es un defensor de la rigidez constitucional, intenta cuidarse mucho de ofrecer argumentos contramayoritarios a favor de la respuesta legislativa, creemos que acaba delatándose precisamente cuando aduce a su favor la necesidad de que la jurisprudencia constitucional evolucione. Y es que, en puridad, los argumentos que ofrece para desechar la reforma constitucional como vía ordinaria para combatir los pronunciamientos judiciales de inconstitucionalidad, pueden en realidad aplicarse a todo modelo de constitución rígida, hasta en su más mínima intensidad. Aunque la constitución pueda reformarse mayoritariamente, nada impedirá que la

jueces. Se trataría, en primer lugar, de aquellos sistemas en los que el poder legislativo se concentra en un solo parlamento: Al contrario de lo que sucedería en un sistema federal, no cabría la posibilidad de que otros legisladores pudieran aprobar una ley idéntica o similar, forzando la segunda ronda de debate. Y en segundo lugar, tendríamos los sistemas en los que el control de constitucionalidad se ejerce en abstracto: Al expulsar la ley del ordenamiento de manera irreversible ya no es posible reconsiderarla. En cambio, en sistemas donde el control de constitucionalidad se produce en el contexto de casos concretos, la ley sigue vigente aunque se inaplique en estos, y los operadores jurídicos pueden iniciar nuevos casos con los que replantear la interpretación de la ley, forzando una eventual revocación o restricción del precedente sentado. *Ibid.* pág. 44. Sin embargo, LINARES, advierte que en los modelos de control constitucionalidad con efectos *inter partes* cabe distinguir entre aquellos en que las sentencias son de obligado seguimiento para todos los casos análogos que se tramitan ante otros tribunales, y aquellos en que las sentencias no son de «adhesión forzosa». *La (i)legitimidad democrática..., op. cit.*, pág. 248.

Ya desde el concreto contexto del ordenamiento español, VIVER PI-SUNYER, ha denunciado el efecto de petrificación que tendría la no admisión de la respuesta legislativa: «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». «Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, págs. 20-21.

constitución acabe, bien «hablando demasiado claro», bien «no diciendo nada». La verdadera clave de la argumentación está en la fuerte restricción que se da en la capacidad de decisión del legislador mayoritario en modelos de constitucionalismo fuerte, a los que a una constitución de rigidez elevada se le une el control de constitucionalidad de las leyes, endureciendo la evolución ordinaria del ordenamiento.

Es esto, en nuestra opinión, lo que lleva al autor a afirmar que «cuanto más rígida sea la Constitución, en mayor medida es necesario admitir [la] respuesta legislativa», y que «cabe, pues, condicionar la legitimidad de este tipo de reacción legislativa, pero no negarla de manera absoluta».¹⁷¹ Afirmación, esta última, más discutible, puesto que en un ordenamiento donde nada se establece expresamente acerca de la respuesta legislativa, es más factible construir su admisión implícita de manera incondicionada, que sometida a requisitos, lo cual conllevaría una construcción harto compleja y necesitada de un mayor anclaje constitucional expreso.¹⁷²

¹⁷¹ FERRERES COMELLAS, «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 43. Coincidimos aquí con LINARES, cuando afirma que para el profesor catalán la posibilidad de la respuesta legislativa «ya está implícita en los modelos robustos de justicia constitucional». *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 237-238.

¹⁷² Según FERRERES COMELLAS, «naturalmente, el Parlamento no puede actuar frívolamente. Debe haber transcurrido un plazo razonable desde que se dictó la sentencia judicial invalidatoria de la ley anterior. En particular, seguramente es necesario que se haya elegido un nuevo Parlamento.» «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 43. Sin duda, esto encaja perfectamente con una anterior obra suya, en la que despliega toda una teoría acerca de la presunción de constitucionalidad de la ley, capaz de ser graduada conforme a distintos supuestos, y su proyección ante un eventual control por los jueces. *Vid. Justicia constitucional...*, *op. cit.*, págs. 131-270 y especialmente 262 y ss. Por otra parte, también VIVER PI-SUNYER admite la respuesta legislativa pero sometida a condiciones, tales como «la exigencia de que el legislador que decide apartarse de una doctrina constitucional, reconozca expresamente ese apartamiento y exponga las razones del mismo», que se hayan producido «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», así como «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.» Mención esta última, nada velada,

La respuesta legislativa es, en definitiva, un mecanismo con el que se pretende legitimar la labor de los jueces constitucionales en modelos de constitucionalismo fuerte. Y por ello mismo se sitúa en una posición comprometida. Para los partidarios de la objeción contramayoritaria, se trataría de una opción insuficiente. Y es que con ella se deja en cuestión a quién corresponde la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, puesto que en teoría se puede precipitar un ir y venir entre pronunciamientos judiciales y respuestas del legislador que, en última instancia, no garantiza la prevalencia de la decisión mayoritaria.¹⁷³ Pero para un partidario del constitucionalismo fuerte puede ser un mecanismo excesivo. El establecimiento de un procedimiento de reforma especialmente agravado y del control de adecuación de las leyes a la constitución en manos de un tribunal podría estar indicándonos precisamente que lo que se pretende es limitar efectivamente a todos los poderes públicos, legislador incluido, y que permitir las respuestas legislativas sería tanto como ir en contra de la propia supremacía constitucional.¹⁷⁴

a los Estatutos de Autonomía. Vid. «*Los efectos vinculantes...*», *op. cit.*, págs. 35-40. En sentido contrario tenemos a NIEMBRO ORTEGA, que admite la posibilidad incondicionada de la respuesta legislativa, en un modelo en que distingue entre la última palabra interpretativa y la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, correspondiendo aquella al legislador y esta a los jueces, de manera que una declaración de constitucionalidad de la ley puede ser contestada por el legislador siempre que crea que la interpretación constitucional a la que han llegado los jueces no es correcta. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis doctoral dirigida por TORRES MURO y VELASCO ARROYO, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017 y que puede encontrarse en el repositorio Eprints Complutense en la dirección web <https://eprints.ucm.es/43557/1/T39001.pdf>

¹⁷³ LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, pág. 237. Obsérvese que en el modelo de respuesta legislativa no ocurre como en el sistema canadiense de la *notwithstanding clause*, donde el Parlamento puede aprobar una ley idéntica a una declarada inconstitucional pero inmunizándola frente a un futuro control de constitucionalidad.

¹⁷⁴ No han faltado quienes consideran que la aprobación de una ley idéntica o similar a otra invalidada supondría un ilícito. Así BOCANEGRA, afirma que está «jurídicamente impedido al legislador cuya Ley fue declarada inconstitucional burlar el resultado de la

Este es el marco en el que se inserta el problema de la respuesta legislativa a las declaraciones de inconstitucionalidad de la ley en España y, por tanto, de nuestro trabajo. En lo que sigue trataremos de ofrecer una respuesta al interrogante de si el ordenamiento constitucional español admite implícitamente este mecanismo. En el próximo capítulo comenzaremos por analizar lo que es premisa insoslayable antes de abordar cualquier reflexión sobre el lugar que ocupan los órganos constitucionales en el desarrollo de la Constitución: la eficacia de que ella misma se dota. Establecido esto, habremos de pasar a analizar la posición del legislador, y en concreto, de qué modo y con que alcance y límites desarrolla su tarea interpretativa de la Constitución. Procederá asimismo referirnos al segundo de los sujetos en liza, el Tribunal Constitucional, que es el órgano llamado a efectuar el control de constitucionalidad de las leyes. A través del análisis de los efectos de sus pronunciamientos podremos establecer cuál es su posición en el ordenamiento y el alcance concreto de su tarea fiscalizadora del legislador.

sentencia constitucional por medio de la aprobación de una nueva ley de igual contenido o no alterada sustancialmente». *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, págs. 235-236; para GAVARA DE CARA, «el principio del Estado de Derecho a través de la exigencia de seguridad jurídica excluiría tanto la aplicación de la ley inconstitucional como el mantenimiento y la creación de leyes inconstitucionales con el mismo mandato normativo, ya que se trataría de un claro incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional». «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, 2011, en especial pág. 241; o JIMÉNEZ CAMPO, quien sostiene que «el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta [...] una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada; fuerza análoga, no idéntica, porque en estos fallos hay quizás algo más, que nunca estaría en manos del legislador imponer: el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional». En JIMÉNEZ CAMPO y RUBIO LLORENTE, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, Mcgraw-Hill, 1997, pág. 118.

Capítulo 2

Normatividad y fuerza pasiva de la Constitución Española.

I. Soberanía y democracia en el ordenamiento constitucional español.

Afirma PUNSET que «toda Constitución refleja una determinada idea de la titularidad de la soberanía, incluso si no se refiere a ella. Tal idea se deduce, en efecto, de la misma estructura constitucional, esto es, de la organización de la potestad de creación y aplicación del Derecho en el interior del ordenamiento estatal».¹⁷⁵ La Constitución Española no da lugar a deducciones y en su artículo 1.2 atribuye la «soberanía nacional» al «pueblo español». Sabemos, pues, a quién pertenece la soberanía, pero debemos pasar a analizar cuál es el significado de esta atribución, con la vista siempre puesta en «el deber de proporcionar al precepto que declara la titularidad de la soberanía aquella interpretación que posibilite el despliegue de su máxima eficacia. Así lo exige la supremacía de la Constitución en la que dicho precepto se integra».¹⁷⁶

¹⁷⁵ PUNSET, «En el estado constitucional hay soberano. (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos*, núm. 1, 1998, pág. 329.

¹⁷⁶ *Loc. cit.*

La compatibilidad entre las ideas de soberanía y Constitución ha sido muy discutida. Así DE OTTO ha afirmado «que en un Estado constitucional como el de la Constitución Española, no hay soberano [...]. El concepto de soberanía, motor de la construcción del Estado constitucional y fundamento de la supremacía de la propia Constitución, tiene que ponerse enteramente a un lado cuando se trata de examinar el propio orden constitucional existente, porque la noción misma de Constitución como norma suprema es incompatible de manera radical con el reconocimiento de una soberanía. Si la Constitución es norma que se impone a cualquier poder, que sujeta a normas toda la creación de derecho, allí donde hay Constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la Constitución misma, pues la idea de que una norma jurídica reconoce y regula un poder *legibus solutus*, un poder absoluto, es en sí misma contradictoria. Allí donde esto ocurre, no hay en rigor Constitución alguna: en el Estado constitucional no hay soberano».¹⁷⁷ La pregunta se impone:

¹⁷⁷ DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 138-139. Varias páginas antes ya había abordado la cuestión en términos más generales: «Éste es exactamente el problema de la teoría del poder constituyente del pueblo, de la norma básica según la cual éste dispone soberanamente acerca de lo que es derecho y, por tanto, acerca de la Constitución misma. Si se es fiel a este punto de partida, la consecuencia no puede ser otra que negar que la Constitución vincule al pueblo [...]. Si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, éste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constitución, reformándola también al margen del procedimiento de reforma que la Constitución prevea o incluso aunque la Constitución se declare irreformable.», pág. 55. El autor sigue en esto a KRIELE, para quién la idea de Estado constitucional exige que ningún órgano disponga de la potestad indivisible, sin condiciones e ilimitada de crear derecho. *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980, págs. 49 y ss. En similares términos afirma BASTIDA FREIJEIDO que «cuando se desea juridificar la soberanía colectiva como soberanía de todos y cada uno de los individuos [e]l resultado es la contradictoria tesis de la existencia de “un Soberano que se autolimita a través de la Constitución”. La teoría del Poder Constituyente y la de la atribución de su titularidad al pueblo soberano no es una explicación de la validez abstracta de la Constitución, sino de la Constitución democrática. [...] La propia idea de Constitución como norma jurídica suprema impide hablar de otro soberano que la Constitución misma. Si el pueblo es soberano la Constitución no es norma suprema y si es norma suprema el pueblo no es soberano. “*Tertium non datur*”». «Constitución, Soberanía y Democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991, pág. 10.

¿cómo armonizar la proclamación de la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE) con la supremacía de la Constitución consagrada en la sujeción de todos los ciudadanos y poderes públicos a la misma (art. 9.1 CE)?

Fue BODIN quién elaboró por vez primera una teoría en torno a la soberanía, entendida como el poder absoluto y perpetuo de una república. Poder de naturaleza legislativa, pues no puede consistir sino en la capacidad de promulgar leyes de manera unilateral y con capacidad para imponerse sobre cualquier otra forma de creación de derecho; en definitiva, la soberanía se identifica con la potestad legislativa o, más exactamente, con la capacidad de tomar decisiones normativas que se impongan de manera definitiva a todos los sujetos al poder soberano, pero nunca a él mismo.¹⁷⁸ A la supremacía de esta potestad soberana se le añaden los caracteres de unicidad e indivisibilidad, así como su omnicomprensividad: inherente a la indivisibilidad de este poder es que su ámbito material sea ilimitado.¹⁷⁹

Esta primera formulación del positivismo jurídico¹⁸⁰ en forma de *summa potestas*, tenía como titular al Rey, lo que no fue obstáculo para que el

¹⁷⁸ «Vemos así que el carácter principal de la majestad soberana y poder absoluto, consiste principalmente en dar ley a los súbditos en general sin su consentimiento [...] La ley no es otra cosa que el mandato del soberano que hace uso de su poder». (BODIN, *Los Seis Libros de la República*, Libro I, Capítulo VIII. Cito por la edición española de Pedro Bravo, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, págs. 151 y 157). «Además, la ley puede anular las costumbres, pero la costumbre no puede derogar la ley [...]. Bajo este mismo poder de dar y anular la ley, están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando en propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos están comprendidos en él» (*ibid.*, Libro I, Capítulo X, pág. 169).

¹⁷⁹ PUNSET, «En el estado...», *op. cit.*, pág. 332.

¹⁸⁰ Aún no del todo perfeccionada, como nos recuerda PUNSET, pues «el voluntarismo jurídico bodiniano encuentra límites derivados del derecho divino y del derecho natural, así como los procedentes de la existencia de las denominadas "leyes fundamentales". [...] En todo caso, tales limitaciones desaparecerán por completo en la obra de Thomas Hobbes, donde esa confluencia [entre soberanía y positividad del derecho] tiene lugar plenamente.» *Ibid.*, pág. 333.

constitucionalismo revolucionario se sirviera de ella, pero desplazando la titularidad a otro sujeto: la nación o el pueblo.¹⁸¹

Este nuevo sujeto tiene la particularidad de ofrecer una doble cualidad que puede parecer difícil de encajar: por un lado, es un sujeto abstracto, que lleva a unidad a los distintos individuos que lo conforman, y a quien se atribuye la soberanía en el preciso entendimiento de que su ejercicio no cabe por aquellos individuos separadamente. De otro lado, es un sujeto que, pese a lo dicho, no puede sustraerse por completo a su naturaleza colectiva, pues sigue siendo un conjunto de individuos.¹⁸² Y es que la atribución de la soberanía a este ente abstracto canalizador de una colectividad tiene una consecuencia capital. Como afirma ARAGÓN REYES, «cuando la soberanía ya no es el poder de un individuo (el Monarca), sino de una colectividad (el pueblo), la voluntad soberana es inconcebible como voluntad no sometida a reglas, dado que solo a través de un procedimiento (capaz de verificar la decisión unitaria del conjunto) esa voluntad puede expresarse».¹⁸³ Es decir, la propia atribución de la soberanía a un ente colectivo implica su necesaria juridificación y limitación.¹⁸⁴ Y eso es lo que viene a realizarse en el Estado constitucional

¹⁸¹ «La idea de poder constituyente o de soberanía popular sobre la que descansa la Constitución puede ser vista como una traslación de la vieja soberanía ilimitada, *legibus solutus*, de manera que el constitucionalismo representaría un cambio o una novedad en el sujeto titular de poder supremo, el pueblo en lugar del príncipe, pero no tanto de sus atributos». PRIETO SANCHÍS, «lusnaturalismo...», *op. cit.*, pág. 42.

¹⁸² PUNSET, «En el estado...», *op. cit.*, pág. 334.

¹⁸³ «Artículo 1», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE, (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Tomo I, 2018, pág. 43.

¹⁸⁴ Y esta es la gran utilidad de esa creación del derecho que es la nación como sujeto soberano. Como afirma DE OTTO, «el hecho mismo de que el carácter de sujeto sea por su naturaleza una ficción teórico-jurídica implica que no es posible pensar la nación antes que el Derecho, ya que la atribución de personalidad sólo es pensable en términos jurídicos». «Nación» en VV.AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, tomo XVI, 1978, pág. 797.

democrático. «El Estado constitucional se sustenta, precisamente, en la proclamación normativa de que hay un soberano y de que ese soberano es el pueblo, soberano que se autolimita a través de la Constitución. Autolimitación que no repugna a la teoría, es decir, que no encierra una contradicción insalvable siempre que, claro está, no se desvirtúe el carácter jurídico de esa teoría, esto es, siempre que no se separen Estado democrático y Estado de Derecho».¹⁸⁵

La atribución de la soberanía a la nación, tal y como se establece en nuestro texto constitucional, no implica pues ninguna incompatibilidad lógica con este, ni tampoco es una mera declaración sin efectos reales. Que el pueblo, con los caracteres que hemos predicado del mismo, sea el titular de la soberanía, tiene importantes consecuencias para el orden constitucional.

¹⁸⁵ ARAGÓN REYES, «Artículo 1», *op. cit.*, pág. 44. La indiscutible atribución de la soberanía al pueblo o nación en estos términos se opone, por tanto, a aquellos que han defendido que la soberanía reside en la propia Constitución o en el Estado. Por lo que hace a los primeros, entre los que se encuentra MORTATI («Comentario al art. 2 de la Constitución italiana», en VV.AA. *Commentario Della Costituzione*, Bolonia, Zanichelli, 1975, pág. 22), predicar la soberanía de la Constitución sería tanto como falsear su titularidad democrática. Por otro lado, la atribución de la soberanía al Estado, defendida por CARRÉ DE MALBERG (*Contribution à la Théorie générale de l'État*, París, Sirey, 1922, tomo I, págs. 13-15, y tomo II, págs. 170, 174, 176-177, 185-189) y por DE OTTO («Nación», *op. cit.*, pág. 798) se basa en la identificación entre este y la nación: el Estado no es más que la nación jurídicamente organizada. Y puesto que no se pueden afirmar dos soberanías al mismo tiempo (la de la nación, al margen del derecho, y la del Estado), solo podemos considerar verdaderamente soberano al Estado, so pena de destruirlo como concepto mismo. Frente a ello PUNSET ha advertido que «la identificación entre la nación y el Estado resulta incongruente con la razón de ser del dogma de la soberanía nacional». Y es que además «en primer lugar, no cabe advertir incompatibilidad alguna entre soberanía nacional y soberanía estatal, que son conceptos distintos y, por tanto, insusceptibles de devenir mutuamente contradictorios. En segundo lugar, aunque tanto la nación a quien se atribuye la titularidad de la soberanía como el Estado deben reputarse de sujetos jurídicos, poseen identidades dispares otorgadas por el Derecho». En definitiva, ambos, nación y Estado, son entes unitarios y abstractos y sujetos jurídicos diferenciados, por mucho que la nación solo pueda expresarse mediante los órganos del Estado. «En el estado...», *op. cit.*, pág. 335.

La primera de ellas es que si la soberanía se atribuye a la nación de manera expresa, ningún órgano del Estado podrá ostentar su titularidad, limitándose todos ellos solo al ejercicio de la soberanía del modo y con los límites que se hayan previsto.¹⁸⁶ La abstracción del ente nación lleva así implícita la necesidad de que el ejercicio del poder que conlleva la soberanía se realice por órganos instituidos al efecto pero que, en ningún caso, ejercerán dicho poder de manera originaria, sino de modo derivado o por representación.¹⁸⁷ El propio artículo 1.2 de la Constitución Española explicita este carácter derivado al afirmar que del pueblo español, sujeto de la soberanía nacional, «emanan los poderes del Estado». En este sentido, incluso el poder constituyente, en su veste de poder de reforma de la Constitución, sería un órgano que actúa en representación del titular de la soberanía, si bien más adelante tendremos oportunidad de profundizar sobre la naturaleza, alcance y límites de este poder.¹⁸⁸

¹⁸⁶ PUNSET, «En el estado...», *op. cit.*, pág. 337.

¹⁸⁷ Como afirma BASTIDA FREIJEIDO, *op. cit.*, pág. 12: «En suma, el “pueblo” en el que reside la soberanía nacional (art. 1.2 CE) no es igual al formado por “todos los ciudadanos” (art. 9.1 CE) y, aunque todos y cada uno de los ciudadanos participasen en el ejercicio de la soberanía, no se podría sostener que han actuado en ejercicio de su soberanía, sino en el de la soberanía de la Nación/pueblo (colectividad moral o abstracta). Precisamente por la necesidad de esta diferenciación entre titularidad de la soberanía y su ejercicio, la representación es un artificio consubstancial a la idea de soberanía Nacional/popular».

¹⁸⁸ PUNSET va más allá y defiende que tan siquiera el poder constituyente originario puede considerarse soberano: «la pertenencia de la soberanía a un sujeto ideal impide que quepa considerar soberano ni siquiera al poder constituyente originario, que es necesariamente un órgano, simple o complejo. Esto sin contar con la naturaleza “constitutiva” y no “declarativa” del precepto constitucional que proclama la soberanía nacional, ya que el pueblo o la nación a quienes se atribuye la soberanía, en tanto que pura creación de la Constitución, no deben ser entendidos como sujetos anteriores (y superiores) a ella. Únicamente se ha de hablar de la soberanía nacional, pues, a partir de su proclamación por la Constitución (o deduciendo interpretativamente su presencia en un determinado ordenamiento de la organización constitucional del mismo). De ahí que, según mi opinión, en el dogma de la soberanía nacional el poder constituyente originario no sólo no es, visto en su dimensión orgánica, un poder soberano, sino que tampoco resulta representante del soberano (todavía inexistente), condición esta última que, en cambio, posee cualquiera de los poderes constituidos, incluido el poder de reforma de la Constitución». «En el estado...», *op. cit.*, pág. 338.

Una segunda consecuencia que se deriva de la atribución de la soberanía al ente abstracto e ideal del pueblo es que condiciona estructuralmente el ordenamiento constitucional. Se configura como un principio organizativo básico de la estructura del poder estatal y, en concreto, como principio que exige que dicha estructura sea democrática. Si bien soberanía popular y democracia no son conceptos que signifiquen lo mismo (de hecho, ni tan siquiera son conceptos con una única significación), no son tampoco excluyentes, sino que más bien se implican. Un Estado organizado de manera democrática es el único capaz vehicular la atribución de la soberanía al pueblo sin falsearla. Se concilia así al titular de la soberanía con los poderes llamados a ejercerla.¹⁸⁹

Consecuencia ineludible de lo anterior es que el ejercicio de la soberanía se reparta entre diversos órganos.¹⁹⁰ El dogma de la soberanía nacional actúa aquí como un principio distributivo que exige la separación y la división del poder. Partimos aquí de la nítida distinción que ofrece FERRAJOLI de la división entre poderes y la división del poder o, como también se ha llamado, entre la división de poderes y de funciones. En palabras del autor: «...‘división de los poderes’ [es una] expresión polisémica. Según una distinción sugerida por Michel Troper y por Riccardo Guastini, puede ser entendida con dos significados distintos: en el sentido de “división entre poderes” y en el sentido de “división del poder”. En estas

¹⁸⁹ PUNSET, «En el estado...», *op. cit.* pág. 339 y ss.; ARAGÓN REYES, «Artículo 1», *op. cit.*, pág. 45. Para la relación entre democracia y soberanía cuando esta no se atribuye al pueblo, sino al propio ordenamiento, *vid.* las interesantes consideraciones de BASTIDA FREIJEIDO (*op. cit.*, pág. 14 y ss.) a las ideas de KELSEN.

¹⁹⁰ PUNSET, «En el estado...», *op. cit.*, pág. 339: «Aunque el alcance exacto del principio de la soberanía nacional –al igual que, por lo demás, el de cualquier principio estructural del ordenamiento jurídico (Estado de Derecho, democracia, federalismo, etc.)- resulta inescindible de las previsiones de cada Constitución, sin que quepa una categorización completamente apriorística e histórica del mismo, es lo cierto que tal principio contiene una exigencia nuclear: la distribución del desempeño del poder entre diversos órganos del Estado».

dos fórmulas resulta diferente tanto el significado de “división” como el significado de “poder”: en la primera fórmula “división” significa “separación” y la palabra “poderes”, usada en plural, designa funciones distintas atribuidas a instituciones distintas; en la segunda “división” significa “distribución” y la palabra “poder”, usada en singular, designa la misma función atribuida por lo común a una misma institución. En el primer sentido la fórmula expresa la clásica separación formulada por Montesquieu entre poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En el segundo corresponde más bien al principio de *checks and balances*, o sea, a la distribución entre sujetos distintos del mismo poder». ¹⁹¹

De ahí que el profesor italiano proponga «llamar separación de los poderes al principio organizativo en virtud del cual funciones distintas se especializan mediante su atribución a instituciones entre sí independientes»; reservando la expresión división del poder «para designar la articulación del poder de manera tal que, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia relativa a una misma función quede dividida entre instituciones, u órganos y/o funcionarios distintos, a fin de que el poder de uno delimite el de otro». ¹⁹²

Que el dogma de la separación de poderes al modo montesquiano no podía encajar ya en exclusiva con los modernos Estados constitucionales fue algo puesto tempranamente de relieve por KELSEN: «Si se quiere mantener este principio en la República democrática, de entre sus diferentes significaciones, sólo puede ser tomada en cuenta, razonablemente, aquella que, en lugar de una separación de poderes,

¹⁹¹ FERRAJOLI, *Principia iuris...*, op. cit., Vol. 1, pág. 817.

¹⁹² «Mientras que la separación entre los poderes implica la recíproca independencia entre las instituciones que son titulares en exclusiva de los poderes separados, la división del poder comporta la inter-dependencia de los órganos y de los sujetos entre los que el poder se halla dividido, mediante la atribución a alguno de ellos del nombramiento y/o de la destitución de los funcionarios investidos del mismo, o mediante la participación y/o el control de alguno de ellos sobre el mérito de su ejercicio». *Loc. cit.*

indica una división de los mismos, es decir, indica un reparto del poder entre diferentes órganos, no tanto para aislarlos recíprocamente, sino para permitir un control recíproco de los unos sobre los otros».¹⁹³ En nuestra doctrina GARRORENA MORALES se ha hecho eco del «final del dogma de la separación de poderes» por cuanto el Gobierno y las Cámaras han pasado a ser «un solo compacto».¹⁹⁴ Pero como bien afirma FERRAJOLI, un reducto de la clásica separación de poderes queda en el judicial.¹⁹⁵ De la misma opinión es ARAGÓN REYES, que precisamente como comentario a las palabras del anteriormente citado profesor murciano afirma: «Sin embargo, cabría enfocar el asunto de otra manera y añadir que la separación de poderes continúa aunque con una formulación distinta, quizás porque hoy donde la separación existe (necesariamente, si el Estado es de Derecho) es entre “poder político” y “poder jurisdiccional”, esto es, entre el “Poder de Gobierno” (en sentido amplio, que incluye la emanación de las leyes, de reglamentos y de actos concretos de autoridad), y el “Poder Judicial”».¹⁹⁶

El poder, en definitiva, se confiere a diversos órganos que se sitúan en la cúspide del Estado y a los que se dota tanto de autonomía, como de independencia mutuas, no entendida de manera categórica, sino como la posibilidad de ejercer las funciones que se les hayan encomendado sin

¹⁹³ «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 275.

¹⁹⁴ *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 75 y ss.

¹⁹⁵ *Principia iuris...*, *op. cit.*, Vol. 1, pág. 817

¹⁹⁶ En el «Epílogo» a GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 115. Y es que, como bien apreciara SCHMITT, «una característica orgánica de singular importancia en el Estado burgués de Derecho [es] la independencia judicial [...]. No basta, claro está, garantizar la independencia para los pleitos de Derecho privado y para los asuntos penales. [...] El interés de la burguesía liberal en la lucha por el Estado de Derecho perseguía, ante todo, también un control judicial de los medios de poder propios del Gobierno monárquico, y concretamente de la burocracia administrativa.» *Teoría de...*, *op. cit.*, págs. 142-143.

injerencias externas que no hayan sido expresamente previstas en orden a procurar un equilibrio institucional.¹⁹⁷

Una última cuestión queda por resolver. Si la soberanía del pueblo o nación parece implicar que sólo esta sea el titular de la soberanía, ¿es acaso compatible con la existencia en el seno del Estado de un órgano supremo? Supremo no en el sentido de que concentre en él mismo todos los poderes y funciones del Estado, sino en el sentido de que tenga una capacidad normadora materialmente ilimitada y, por tanto, capaz de modificar la Constitución en su totalidad. Nos referimos, por supuesto, al poder de reforma constitucional. Y en nuestra opinión, la existencia del Estado no solo es compatible con la previsión de un poder de reforma constitucional capaz de concentrar la soberanía en el sentido descrito, sino que su existencia es consustancial a la atribución de esta a un ente abstracto como es el pueblo, y cuya plena efectividad exige que pueda ejercerla a través de un órgano que no se encuentre materialmente limitado.

Esto se hace especialmente visible en el caso de Estados con constituciones rígidas, en las que se crea una nítida distinción entre el órgano que representa al pueblo de manera ordinaria, y el órgano llamado a representarlo cuando se trata de modificar la Constitución, es decir, de ejercer el poder constituyente. Por todo ello, lo que ocurre precisamente en los ordenamientos dotados de una Constitución flexible es la falta de distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, lo cual propicia que, independientemente de la atribución de la soberanía a un ente abstracto, esta resida, en la práctica, en el órgano legislativo.¹⁹⁸

¹⁹⁷ En palabras de PUNSET: «En efecto, la idea de distribución funcional inherente al principio de soberanía de la nación requiere forzosamente un equilibrio posicional entre los titulares de las funciones del Estado», *op. cit.*, pág. 341.

¹⁹⁸ PUNSET, *op. cit.*, pág. 343: «La rigidez de la Constitución resulta inherente al dogma de la soberanía nacional, de modo que si la supremacía del órgano de reforma consistiera no ya únicamente en su absoluta libertad material, sino también en su completo

Pues bien, este es sin duda el esquema seguido por el constituyente español de 1978. Como ya hemos visto, la soberanía nacional se atribuye al pueblo (art. 1.2 CE), y en estrecha conexión con ello se declara que España se constituye como un Estado democrático (art. 1.1 CE). En consecuencia, el poder se reparte entre diversos órganos constitucionales¹⁹⁹ que ejercen la soberanía del pueblo español. De especial importancia para el desenvolvimiento normativo del Estado es el poder legislativo, que se otorga primariamente a las Cortes Generales (y Parlamentos autonómicos), pero que se comparte en ciertos supuestos con el Gobierno, y sin que podamos olvidarnos de la incidencia en la ley que deriva de la capacidad otorgada al Tribunal Constitucional de anularlas e interpretarlas. Y junto a estos poderes se establece un órgano que aglutina toda la soberanía normativa, el poder de reforma constitucional en su modalidad más agravada (art. 168 CE), y que carece de limitaciones materiales. El establecimiento de esta posibilidad de reforma íntegra de la Constitución es, como ya tuvimos oportunidad de desarrollar más arriba, la única juridificación consistente con la idea de soberanía, y la razón clave con que justificar la obediencia plena a la Constitución.²⁰⁰

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional. La Constitución es la formalización de la voluntad del poder constituyente y «el pueblo

dominio del procedimiento de modificación constitucional como consecuencia de la falta de aquellos límites formales, entonces desaparecería una distinción coesencial al principio distributivo que venimos estudiando: la de poder constituyente (en el sentido de poder reformador o revisor) y poderes constituidos». En el mismo sentido *vid.* CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tomo II, págs. 545-548.

¹⁹⁹ Sobre la figura de los órganos constitucionales, caracterizados principalmente por su previsión directa en el texto constitucional y su troncalidad para la configuración del Estado *vid.* GARCÍA PELAYO, «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, págs. 13 y ss.

²⁰⁰ ARAGÓN REYES, «Constitución y democracia», en *Constitución, democracia...*, *op. cit.*, págs. 22-23.

soberano, concebido como la unidad ideal de imputación del poder constituyente, ratificó en referéndum el texto acordado previamente por sus representantes políticos» (STC 259/2015, FJ. 5 a); STC 12/2008, FJ 10; STC 31/2010, FF JJ 9 y 11). En el Estado social y democrático de Derecho que se configura en la Constitución de 1978 la legitimidad de cualquier actuación del poder público pasa por su conformidad con la Constitución, cuyo fundamento es el principio democrático. De modo que «la primacía incondicional de la Constitución es la garantía de la democracia tanto por *su fuente de legitimación y por su contenido, como por la previsión misma de procedimientos para su reforma*» (STC 259/2015, FJ 5, la cursiva es mía). Legitimación popular, organización democrática del Estado y posibilidad de reforma total de la Constitución.

La conclusión más importante que podemos sacar de todo ello, por lo que hace a nuestro objeto de estudio, es que el poder constituyente español optó por conceder la capacidad última de toma de decisiones colectivas al poder de reforma constitucional, al que quedan sometidos el resto de poderes, legislador y Tribunal Constitucional incluidos. Por tanto, podría decirse, por mucho que al Alto Tribunal se le otorgue la capacidad de interpretar y anular las leyes, no es su opinión la que prevalece, y el legislador podrá siempre optar por una reforma de la Constitución con la que contrarrestar aquella.²⁰¹ Ahora bien, este poder de reforma

²⁰¹ Este ha sido uno de los principales argumentos en defensa de la revisión judicial. Como afirma ARAGÓN REYES en «Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la constitución», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 29, 2013, pág. 102: «La Constitución será, y ello es obvio, lo que su supremo intérprete diga que es, pero, al mismo tiempo, esa función interpretadora tiene límites que el juez constitucional no puede transgredir, porque es el supremo intérprete de la Constitución, sí, pero no su supremo dueño. El juez constitucional no puede suplantar al poder constituyente ni al poder de reforma constitucional, porque si lo hiciera, actuaría como soberano, cosa que no lo es en una Constitución digna de ese nombre, esto es, en una Constitución democrática». *Vid.* también FREEMAN, «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4, págs. 363-365 y para una crítica LINARES, *La (i)legitimidad democrática...*, *op. cit.*, págs. 78-79. Por su lado, BLANCO VALDÉS, nos ofrece algunos ejemplos de reformas constitucionales en respuesta a invalidaciones de leyes por parte de la Corte Suprema de los Estados Unidos. *El valor de...*, *op cit.*, pág. 168

constitucional, en las dos modalidades previstas en los artículos 167 y 168 de la Constitución Española, y que tendremos oportunidad de analizar más adelante, se ejerce mediante procedimientos agravados y no mayoritarios. Y recordemos que para FERRERES COMELLAS no era sino esta la razón por la cual en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas estaría implícita la posibilidad de que el legislador responda a una declaración de inconstitucionalidad de una ley mediante su reiteración. La dificultad con la que se encuentra el legislador ordinario para imponer su opinión, al verse obligado a iniciar un costoso procedimiento de reforma, justificaría que aquel pudiera forzar al Tribunal Constitucional a reconsiderar la constitucionalidad de una ley.

La respuesta legislativa, aplicada al ordenamiento español, no pone pues en duda que la capacidad de decisión última está en manos del poder de reforma constitucional. Pero al permitir que el legislador insista en su interpretación convertiría de facto en pseudoflexible a la Constitución Española.

II. La supremacía normativa de la Constitución Española.

La cuestión de la supremacía normativa de una Constitución concreta puede ser abordada desde tres ángulos diferentes, aunque estrechamente correlacionados. Cabría dar respuesta, en primer lugar, desde la propia posición que la Constitución se reserva en el ordenamiento jurídico;²⁰² en segundo lugar, a través de los concretos mecanismos que el propio texto

y ss. Nuestro Tribunal constitucional también lo entiende así y ha procedido a anular leyes no sin advertir que el cauce de la reforma constitucional está ahí para vehicular dichas pretensiones. (STC 259/2015, FJ 5).

²⁰² Cuestión esta, la de «hasta qué punto y con qué alcance una constitución “normativa” puede disponer sobre su propia eficacia jurídica y su fuerza de obligar» que AHUMADA RUIZ define como una de las «más oscuras de la teoría de la constitución», *La jurisdicción constitucional...*, *op.cit.*, pág. 300.

constitucional establezca para el aseguramiento de aquella posición;²⁰³ y en tercer y último lugar, desde el plano de los hechos, es decir, de si cabe que, ya sea por una claudicación consciente de la norma fundamental en su propia eficacia, o por un déficit en los sistemas de control de la misma, quede aquella contradicha *de facto*.²⁰⁴ En este apartado nos vamos a encargar de abordar únicamente el primero de estos acercamientos a la mencionada cuestión.

La Constitución Española está integrada por disposiciones de estructura muy heterogénea. Siguiendo la clasificación de DE OTTO, se distingue, junto a las normas de organización y los derechos fundamentales, entre *principios* de organización del poder público, *finés* a perseguir, *mandatos* al legislador y *garantías* institucionales.²⁰⁵ Aunque un detallado estudio de

²⁰³ PEREZ ROYO, *Curso...*, *op. cit.*, pág. 111.

²⁰⁴ Este es uno de los problemas de fondo que late, entre otros, en las críticas vertidas a la imposibilidad de extender, por mor del artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de un precepto a otros idénticos, pero que forman parte de otra ley, y que ha tenido un repunte con las reformas estatutarias de la década pasada y su control de constitucionalidad, significativamente a partir de la STC 31/2010 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuya doctrina era susceptible de ser extendida a otros Estatutos de Autonomía que no habían sido impugnados, *vid.* GAVARA DE CARA, *op. cit.*, pág. 269 y ss. También, por otro lado, es un importante aspecto del enconado debate doctrinal y jurisprudencial sobre la vinculación de los tribunales ordinarios a la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo y que, lejos de haber quedado solucionado por la redacción del artículo 5.1 de la LOPJ o por la reforma efectuada en la LOTC por la Ley Orgánica 6/2007, que vino a profundizar en el carácter objetivo del proceso de amparo, desembocó en una conocida polémica entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. *Vid.*, por todos, los trabajos incluidos en el ejemplar dedicado a «La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 87, 2006 y RAGUÉS I VALLÈS, «La guerra de la prescripción. Crónica y crítica del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a propósito del artículo 132.2 del Código Penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2015.

²⁰⁵ *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 29. En similar sentido RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente de Derecho», en VV.AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pág. 62 y ss., más tarde incluido en el recopilatorio del autor titulado *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, donde haciendo suya la tipología de Scheuner, distingue entre: a) derechos

todas estas variantes rebasaría los límites de este trabajo, no podemos dejar de señalar el serio cuestionamiento que para la plena normatividad de la Constitución supuso desde un principio la existencia de muchos de estos preceptos, cuya falta de aplicabilidad inmediata parecía impedir alejar por completo el fantasma del carácter meramente programático de los textos constitucionales.²⁰⁶ En este sentido, advertía NIETO sobre la necesidad de no «confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional»; la Constitución, afirma el autor, «es ciertamente una norma: eso nadie puede discutirlo; pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable».²⁰⁷ Esta distinción venía a matizar a aquella doctrina que deducía de la normatividad de la Constitución su directa aplicabilidad material, sin excepciones, sobre ciudadanos y poderes públicos.²⁰⁸ Para el citado profesor, la «cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma-, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque

fundamentales, b) garantías institucionales, c) mandatos al legislador, d) principios fundamentales y fines del Estado.

²⁰⁶ Vid. PRIETO SANCHÍS, «Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, pág. 220 y ss. Resume el autor la inicial postura del Tribunal Supremo ante la Constitución, y que podría tildarse, cuanto menos, de confusa: «Aunque es justo reconocer que la mayor parte de las sentencias atribuyen a la Constitución un papel relevante como norma para la resolución de los conflictos, no podemos omitir el comentario de algunos fallos que ofrecen tesis más “conservadoras”, *entendiendo que la Constitución es un mero programa dirigido al legislador*, o lo que viene a ser lo mismo, que la ley constituye una mediación necesaria para que las disposiciones constitucionales encuentren aplicación en la jurisdicción ordinaria. La verdad es que esta última afirmación nunca se encuentra formulada sin matizaciones en la jurisprudencia del Supremo; *siempre se reconoce el carácter jurídico y, por lo tanto, obligatorio de la preceptiva constitucional*, incluso en aquellas sentencias que parecen menos dispuestas a su directa aplicación.» (La cursiva es mía).

²⁰⁷ NIETO, «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pág. 387.

²⁰⁸ Señaladamente GARCÍA DE ENTERRÍA, «La constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2-3, 1979, pág. 308 y ss., posteriormente recogido en el volumen *La Constitución como...*, *op. cit.*

si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos [...] no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación».²⁰⁹

La cuestión acepta matices. Y si bien es cierto, como dice NIETO, que afirmar de manera general la normatividad de la Constitución es quedarse a medio camino, no podemos obviar que por muy variados que sean los efectos jurídicos de sus distintos preceptos, todos tienen vocación de ser realizados. Y así lo ha entendido, por lo demás, el Tribunal Constitucional, que ha desarrollado toda una doctrina en torno al contenido esencial de los derechos o sobre el -por otro lado, también discutible- concepto material de ley de bases.²¹⁰ Ambas operaciones tendentes a evitar que la dejadez de los poderes del Estado pudiera minar la efectividad de la Constitución. GARRORENA MORALES se pregunta incluso qué consecuencias tendría el hecho de que el legislador no atendiera al llamamiento a desarrollar ciertas materias o instituciones que se hace desde la Constitución.²¹¹ Por último, no podemos olvidar aquellos preceptos cuya eficacia ha sido más cuestionada, como son los principios rectores de la política social y económica, sin que ello haya sido óbice para su reconocimiento como principios inspiradores de la acción del Estado.

Pero la naturaleza normativa de la Constitución sí tiene una muy importante e indiscutible consecuencia que afecta a la totalidad de sus disposiciones por igual: la fuerza pasiva de que quedan dotadas por su pertenencia a aquel texto y que determina que, con independencia de su

²⁰⁹ NIETO, «Peculiaridades...», *op. cit.*, pág. 387.

²¹⁰ *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el estado autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

²¹¹ *El lugar de la Ley...*, *op. cit.* Esta cuestión conecta también con la posibilidad de que el Tribunal Constitucional controle las omisiones legislativas. *Vid.* al respecto AHUMADA RUIZ, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8., 1991, págs. 173 y ss.

más o menos directa aplicabilidad,²¹² sólo puedan ser legítimamente expulsadas del ordenamiento mediante los mecanismos que la propia Constitución ha diseñado para ello.

Esto es lo que vendría a explicitar el artículo 9.1 de la Constitución Española: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». De este precepto se extraería, de un lado, la plena normatividad del texto fundamental,²¹³ y de otro, su posición de supremacía dentro del ordenamiento jurídico que ella misma funda. Ello, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, confiere un carácter de «vinculación más fuerte» a la vinculación al texto constitucional: «En efecto, al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los poderes públicos “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento».²¹⁴

Si bien DE OTTO calificó esta disposición como innecesaria por encontrarse la supremacía de la constitución «implícitamente afirmada con la existencia de jurisdicción constitucional y, en concreto, del Tribunal

²¹² NIETO, «Peculiaridades...», *op. cit.*, págs. 397 y ss. También, y con mucha mayor extensión, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La constitución como norma...», *op. cit.*, págs. 308 y ss.

²¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La constitución como norma...», *op. cit.*, pág. 308 y ss. De suma importancia para el carácter normativo de la constitución es la experiencia norteamericana. *Vid.* al respecto BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución...*, *op. cit.* Para un punto de vista más crítico sobre este proceso y sus resultados *vid.* AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pág. 171 y ss.

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, «La constitución como...», *op. cit.*, pág. 309. En este mismo sentido GARRIDO FALLA, señala: «Ciertamente que la importancia del artículo 9.º, 1, se encuentra en la proclamada “sumisión de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico-o Comencemos por subrayar que la palabra resto es clave, ya que indica dos cosas: 1) que la Constitución forma parte del ordenamiento jurídico, y 2) que, dentro de él, su lugar es preeminente y que, cabalmente por eso, no basta con hablar de ordenamiento jurídico», «La Constitución como norma jurídica», ponencia leída en sesión del día 8 de enero de 1991 de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y recogida en sus *Anales*, núm. 68, 1991, pág. 185.

Constitucional y de su competencia para invalidar las normas y actos que contradigan los preceptos constitucionales»,²¹⁵ y con independencia de las críticas que este artículo ha suscitado en la doctrina -que parecen desmentir, al menos en parte, su innecesariedad-,²¹⁶ su importancia radica precisamente en explicitar la propia eficacia con que se quiere dotar la Constitución, cualesquiera sean los controles que se establezcan para su aseguramiento.²¹⁷

La supremacía de la Constitución española viene además afirmada por su difícilmente discutible carácter fundante del ordenamiento jurídico. Haciendo honor al ya clásico concepto racional normativo diseñado por GARCÍA PELAYO, al que ya se ha hecho referencia anteriormente, la

²¹⁵ *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 24. También ALZAGA VILLAMIL la considera superflua en cuanto a la mención que hace a los ciudadanos, pues su sujeción al ordenamiento jurídico sería obvia además de estar implícita en el artículo 14 de la Constitución, *La Constitución de 1978 (Comentario Sistemático)*, Madrid, Ed. Del Foro, 1978, pág. 134.

²¹⁶ ALZAGA VILLAMIL señala que este precepto podría inducir a pensar que las Cortes Generales [y el Tribunal Constitucional, debemos añadir] no quedarían solamente sometidas a la Constitución, sino también al resto del ordenamiento jurídico, lo cual no se correspondería con la realidad, *ibidem*, pág. 134. GARRIDO FALLA compara el artículo 9.1 CE con su homólogo -e inspirador- alemán, el artículo 20, 3 de la Constitución de la República Federal Alemana, que dice: «El poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivos y judicial a la ley y al Derecho», llegando a las siguientes conclusiones: «a) Es cierto que el Parlamento o Cortes Generales no están sujetas al resto del ordenamiento jurídico. [...] en cambio, los jueces, la Administración y el Gobierno están sometidos a esas leyes. La precisión alemana no es, pues, ociosa. b) Pero, en otro aspecto, el texto español es preferible, pues los otros poderes del Estado también están sometidos a la Constitución (no sólo a la ley y al resto del ordenamiento jurídico). c) En fin, la expresión «ordenamiento jurídico- es, a nuestro juicio, más correcta que la referencia «a la ley y al derecho (Bindung am Gesetz und Recht), cuando menos, se presta más difícilmente al equívoco, como lo demuestra la discusión que la doctrina alemana ha mantenido al filo de la interpretación de su propio precepto constitucional.», «La Constitución como norma...», *op. cit.*, pág. 185.

²¹⁷ El propio DE OTTO lo reconoce cuando afirma que no es posible «afirmar que la Constitución es norma suprema porque existe una jurisdicción que sanciona la conducta inconstitucional, sino más bien al contrario: la existencia de esa jurisdicción sólo es posible porque la Constitución Española es norma suprema». *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 24-25.

Constitución española se concibe, sin duda, como un complejo normativo que se establece de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se regulan las funciones fundamentales del Estado y se desarrollan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos, y de estos con los ciudadanos.²¹⁸

Por último, el artículo 9.1 de la Constitución tendría también un importante papel político, propiciado por lo heterodoxo²¹⁹ del proceso constituyente que desembocó en su texto: explicitar y afirmar la ruptura con el régimen anterior y la sujeción en exclusiva al nuevo texto constitucional, que surge del pueblo español como depositario de la soberanía nacional (artículo 1.2 CE), que estatuye un “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 CE), y que deroga cuantas disposiciones anteriores se le opongan (Disposición Derogatoria CE).²²⁰

²¹⁸ Concepto cercano al de «constitución en sentido material» forjado por la dogmática europea del S.XIX y entendido por DE OTTO como el «conjunto de las normas cuyo objeto es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de éstos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos», y que no puede dejar de ponerse en relación con el clásico postulado del artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución». *Derecho constitucional...*, op. cit., pág. 17.

²¹⁹ LUCAS VERDÚ califica el proceso constituyente español, en un artículo escrito cuando este todavía no había finalizado, como «singular y sui generis». Son también de interés las opiniones doctrinales que recoge a favor y en contra de la «autenticidad» del proceso constituyente y a las cuales me remito, «La singularidad del proceso constituyente español», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 1, 1978, pág. 11 y ss. Para una crónica reciente que se retrotrae a los movimientos que posibilitaron la apertura del mencionado proceso vid. CONTRERAS CASADO y CEBRIÁN ZAZURCA, «La ley para la reforma política: memoria y legitimidad en los inicios de la transición española a la democracia», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 168, 2015.

²²⁰ Disposición Derogatoria cuyo apartado 3º tuvo, como era de esperar, una singular importancia y una no menos accidentada trayectoria. Su efectividad dependía de la eficacia que se otorgara a los preceptos de la Constitución y en este sentido el Tribunal Constitucional se pronunció desde el principio a favor de la plena fuerza derogatoria de todas las disposiciones constitucionales, sin necesidad de ley interpuesta. Así el ATC 60/1980, de 22 de octubre, afirmaba que «la excepción contenida en el artículo 40, d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956... es contraria al artículo 106.1 de la Constitución española; y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener

Así las cosas, el mayor embate que ha sufrido la supremacía constitucional así entendida ha sido seguramente el propiciado por el derecho internacional y, ante todo, por la integración de España en la Unión Europea. El artículo 95 de la Constitución establece una regla en principio clara y que asume y protege la supremacía constitucional: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Sin embargo, el artículo 93, específicamente creado para permitir la adhesión de España a las entonces llamadas Comunidades Europeas,²²¹ establece que

la tutela judicial de sus derechos, es contrario al artículo 24.1 de la misma; y como la disposición derogatoria tercera deroga a "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución", dicho artículo 40 ha quedado derogado y no puede ser invocado por ningún poder público» (F.J. 3º); la STC 4/1981, de 2 de febrero, vino a confirmar esta dirección, afirmando además la fuerza derogatoria de los principios constitucionales, pues «allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo» (F.J. 1º). Esta sentencia, sin embargo, inauguró también la discutida categoría de la inconstitucionalidad sobrevenida de las leyes anteriores a la Constitución y que sufrió la inmediata censura por parte del magistrado RUBIO LLORENTE, en cuyo Voto Particular advertía que «inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de "inconstitucionalidad sobrevenida" [...]. La derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella». Ciertamente es que la construcción doctrinal defendida por la mayoría tenía el buen propósito de dotar de efectos retroactivos a los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, pero ello no nos puede llevar a ignorar que la inconstitucionalidad, al implicar la invalidez de la ley, afectaría también a la forma de las mismas, lo que supondría la nulidad de todas las leyes anteriores a la Constitución, por no estar ajustadas al procedimiento de elaboración establecido en ella. Censura que acogen y amplían VILLAR PALASÍ y SUÑÉ LLINAS, por cuanto en su opinión podrían haberse logrado los mismos resultados mediante una interpretación del artículo 9.3 CE que afirmara la «retroactividad de las disposiciones ampliadoras de los derechos individuales», incluidas las contenidas en la propia Constitución», «Artículo 9.º: El Estado de Derecho y la Constitución», en ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales: EDESA, Vol. I, 1998, págs. 488-499. Por nuestro lado sólo queremos añadir, en la línea de las críticas vertidas, que la derogación es el mecanismo coherente con el carácter fundante del texto constitucional, con el que sólo podrán estar en contradicción las normas posteriores al mismo.

²²¹ Formalizada mediante el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas se firmó en Madrid, el 12 de junio de 1985.

«mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», abriendo la cuestión de si existen límites a esta atribución de competencias o si, por el contrario, «supone una habilitación en blanco que permite actuar al margen de todas las restantes normas de la Constitución».²²² Vayamos por partes.

Como es sabido, el Derecho comunitario parte de unas normas primarias conocidas como «Derecho originario europeo»,²²³ que establece un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de fuentes y del que surge el llamado «derecho derivado»,²²⁴ que se integra en los ordenamientos internos de los Estados miembros, y cuya aplicación queda en último término salvaguardada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los distintos principios²²⁵ que este ha ido desarrollando en su función de interprete de dicha legislación, y de entre los que sobresale el principio de primacía.

²²² DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 27.

²²³ Conformado en primer lugar por los tratados constitutivos (El Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 1951, y que no está vigente desde el 23 de julio de 2002; Los Tratados de Roma, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y Euratom, de 1957 y el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea, de 1992), los tratados de modificación de estos (el Acta Única Europea, de 1986; el Tratado de Ámsterdam, de 1997; el Tratado de Niza, de 2001, y el Tratado de Lisboa, de 2007), y por los diversos tratados de adhesión de los Estados miembros.

²²⁴ Conformado por actos normativos de distinta eficacia (Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones...).

²²⁵ No es posible entrar aquí a detallar cada uno de los principios que guían al derecho comunitario («principio de atribución de competencias», «efecto directo»...), para lo que nos remitimos, por todos, a MANGAS MARTÍN, y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2016, pág. 409 y ss.

Este principio pretende garantizar el «efecto directo»²²⁶ de la normativa comunitaria mediante la derogación, en lo que a la aplicación de tal derecho atañe, del criterio cronológico de resolución de antinomias, afirmada en «la imposibilidad para los Estados de hacer prevalecer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que no puede, en consecuencia, serle opuesta».²²⁷ En consecuencia, el derecho comunitario, tanto originario como derivado, desplazaría a la normativa interna que lo contradijera,²²⁸ incluyendo a la Constitución.²²⁹

Pues bien, ¿es esta la conclusión que cabe extraer de los términos en que se expresa el artículo 93 de nuestro texto fundamental? El Tribunal Constitucional sostuvo desde un principio que dicho artículo no dotaba a las normas del Derecho europeo de rango y fuerza constitucional y que, por tanto, no podían tampoco constituirse en canon de constitucionalidad:²³⁰ la

²²⁶ «Las reglas del Derecho comunitario deben desplegar sus efectos de una manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez», Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978, caso *Simenthal-II*.

²²⁷ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, caso *Costa/ENEL*.

²²⁸ «El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas, dejando inaplicada, si fuere necesario, en virtud de su propia autoridad, toda disposición contraria de la legalidad nacional, incluso posterior, sin que para ello tenga que pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento», Sentencia del TJCE de 9 de marzo de 1978, caso *Simmenthal-II*. Si bien en esta sentencia se llega a dar un paso incluso más decisivo, afirmando que los Estados miembros quedan impedidos para «la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias», cuestión cuyo paralelismo con la que estamos aquí tratando es notoria y a la que se volverá más adelante.

²²⁹ «La invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal y como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar a la validez del acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio del Estado», Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, caso *Internationale Handelsgesellschaft*.

²³⁰ STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ. 4; en el mismo sentido la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo «el único canon admisible para resolver las demandas de amparo

resolución de los conflictos entre aquel y la legislación interna recaía en los tribunales ordinarios, así como el control de la adecuación de los poderes públicos al derecho Comunitario.²³¹ Como culminación de esta línea doctrinal, la Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional²³² afirmaba la naturaleza «orgánico-procedimental»²³³ del artículo 93 CE, que en aras de la brevedad se resume en esta cita: «En virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución” no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una “competencia” cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto».²³⁴

Es esta, sin duda, una interpretación coherente con la supremacía normativa de la Constitución Española en los términos que hemos venido

es el del precepto constitucional que proclama el derecho o libertad cuya infracción se denuncia, siendo las normas comunitarias relativas a las materias sobre las que incide la disposición o el acto recurrido en amparo un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad» (FJ 4).

²³¹ STC 180/1993, de 31 de mayo, (FJ. 3).

²³² En la que se daba respuesta al «Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la C.E. y el art. 8 B, apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea», al amparo del hasta entonces inexplorado cauce del artículo 95.2 CE.

²³³ En la terminología de la STC 28/1991, de 14 de febrero, (FJ. 4).

²³⁴ No está de más recordar que el fallo del TC afirmaba la contradicción entre «el futuro art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, [y el] art. 13.2 de la Constitución». Contradicción que no puede ser excepcionada por los mecanismos del artículo 93 de la Constitución, sino solo mediante su reforma.

exponiendo. La cesión en el ejercicio de competencias, nunca de su titularidad, a organizaciones internacionales, no puede implicar una reforma de la Constitución, ni expresa ni tácita, con lo cual queda asegurada su plena fuerza pasiva, en cuya garantía se reconoce, no sólo la posibilidad de controlar todo tipo de tratados por la vía del artículo 95.1 CE,²³⁵ sino también a través de la obligación de todos los poderes públicos de velar por aquella.²³⁶

Sin embargo, y al calor de la doctrina crítica con la anterior lectura,²³⁷ el Tribunal Constitucional añadió posteriormente, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre,²³⁸ una nueva dimensión «sustantiva o material» al artículo 93 de la Constitución: la cesión del ejercicio de competencias a la Unión Europea impone «límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional» (FJ 2).²³⁹

²³⁵ «De conformidad con lo dispuesto en el art. 95.1 de la C.E., mandato que, por su generalidad, es de aplicación a todo tipo de Tratados, incluidos los suscritos al amparo del art. 93, “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”». Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional, FJ 2.

²³⁶ «Los poderes públicos españoles no están menos sujetos a la Constitución cuando actúan en las relaciones internacionales o supranacionales que al ejercer *ad intra* sus atribuciones”. Declaración de 1 de julio de 1992 del Tribunal Constitucional, FJ 4.

²³⁷ *Vid.* MANGAS MARTÍN, «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, núm. 2, pág. 599 y ss; LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e Integración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pág. 104 y ss.

²³⁸ Que venía a resolver el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

²³⁹ Y que el propio TC enumera poco más adelante en ese mismo FJ 2: «...la cesión constitucional que el art. 93 CE posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial

De suerte que la legislación comunitaria no estaría ya constreñida por el texto constitucional al completo, y una hipotética contradicción del derecho europeo con la Constitución podría ser salvada siempre que se respetaran los mencionados principios fundamentales.²⁴⁰ ¿Supone esto la afirmación, por parte del Tribunal Constitucional, de que la supremacía de la Constitución puede quedar exceptuada, siquiera sea en parte?

En nuestra opinión la respuesta debe ser necesariamente negativa, y ello por cuanto se deriva de una lectura razonada de la Declaración 1/2004, matizada con las importantes objeciones que se proponen en los Votos Particulares.

En primer lugar, debemos coincidir con la lectura que del artículo 93 de la Constitución efectúa el magistrado Delgado Barrio: «La actual literalidad del art. 93 no permite que el ejercicio de las competencias a las que se

del propio precepto, se traducen en el *respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)*» (la cursiva es mía).

²⁴⁰ Independientemente del alcance que se le quiera dar, esta es la interpretación que ha acabado por asumirse. DE OTTO ya afirmaba allá por 1987 que «en el supuesto de colisión no puede prevalecer la norma comunitaria cuando con ello resultaría afectada la identidad misma del derecho constitucional interno, mientras sí debe prevalecer cuando tal efecto no se produzca», *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 27-28. Imprescindible para entender esta Declaración es la lectura de PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1994, así como, de este mismo autor, «La integración europea desde la perspectiva constitucional española», *Pensamiento Constitucional*, núm. 5, 1998, pág. 50 y ss. Para una crítica *vid.* CRUZ VILLALÓN, «El Tratado según la constitución: tres planteamientos», en CARRILLO y LÓPEZ BOFILL (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2006. En un sentido más conciliador de posturas *cfr.* ALONSO GARCÍA, «Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005; LÓPEZ CASTILLO; SAIZ ARNAIZ y FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005; y RODRÍGUEZ, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005.

refiere dicho precepto pueda servir para apartarse de la Constitución. No hay ambigüedad en el propio precepto, ni tampoco tal ambigüedad puede derivar de la conexión con el art. 9.1 CE que proclama la supremacía de la Constitución».

En segundo lugar, hay que advertir que el Tribunal Constitucional se ha declarado competente para conocer en amparo de aquellos actos de los poderes públicos que pudieran lesionar un derecho fundamental en ejecución de la legislación comunitaria.²⁴¹

En tercer y último lugar, no puede considerarse que la forzada distinción entre supremacía y primacía que la Declaración maneja solucione nada,²⁴² pues obvia por completo la cuestión de la posible existencia de límites a la

²⁴¹ En la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, siguiendo la doctrina de la STC 64/ 1991, de 22 de marzo, FJ 4, a. Y así ocurrió con el famoso caso *Melloni*, resuelto en la STC 26/2014, de 13 de febrero, y en el que se solicitaba amparo frente a la aplicación de una Orden Europea de Detención y Entrega efectuada por la Audiencia Nacional y que podía contradecir el artículo 24.2 de la Constitución en la interpretación que del mismo venía siguiendo el Tribunal Constitucional. Por otro lado, también ha procedido el Alto Tribunal a controlar la obligación de los tribunales ordinarios de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STC 27/2013, de 11 de febrero; STC 99/2015, de 25 de mayo), o la indebida aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5 y 48/2016, de 19 de septiembre, FJ 5). *Vid.* MANGAS MARTÍN, y LIÑAN NOGUERAS, *op. cit.*, pág. 512.

²⁴² «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación». El Magistrado GARCÍA-CALVO, en su Voto Particular, tilda esta distinción de «puro recurso dialéctico».

operación de autodesplazamiento que un ordenamiento puede hacer a favor de otro.

Es por todo ello que el Tribunal Constitucional, lejos de aceptar la primacía incondicionada del Derecho comunitario, se ve compelido a establecer una serie de límites, si bien expresados, como ya hemos visto, de manera general.²⁴³ Y es por ello también que el Tribunal Constitucional cierra su argumentación advirtiendo que, dada una contradicción entre el Derecho de la Unión Europea y la Constitución, irresoluble mediante cauces ordinarios, en él podría recaer la «conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado».

Es necesario traer aquí a colación el claro paralelismo que se establece entre la situación que acabamos de describir y aquella otra en que se encontraba la objeción contramayoritaria ante la cesión de competencias a entidades supranacionales de la que dimos cuenta más arriba. Un partidario de que la decisión autoritativa final recaiga en un poder legislativo regido conforme a la regla de la mayoría no debería aceptar que se cedan competencias a una organización supranacional no sujeta en su capacidad decisoria a esa misma regla y a los principios de fondo que la justifican. Pero, aunque un partidario del constitucionalismo pueda tener más libertad a la hora de aceptar ciertas cesiones de soberanía al no estar estrictamente sujeto al paradigma de la decisión mayoritaria, tampoco quiere ver cómo su Constitución queda contradicha y, en última instancia, modificada tácitamente. Esto es lo que al final viene a defender el Tribunal Constitucional en su doctrina: la supremacía constitucional como la

²⁴³ Límites que vuelve a afirmar en la ya mencionada STC 26/2014, de 13 de febrero, caso *Melloni*, lo que, en palabras de DONAIRE VILLA, solo puede «entenderse como reacción del Pleno del TC, para reafirmar su posición de Tribunal de *last resort* y cumbre jurisdiccional del sistema normativo estatal español, con la Constitución a la cabeza». «Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pág. 650.

expresión de un *demos* que, aunque haya cedido parte de su poder legislativo, no quiere privarse de su capacidad de decisión última.

Y es que, fuera ya del ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal Constitucional no ha dudado en defender la supremacía normativa de la Constitución, afirmada «de modo inequívoco y general en su art. 9.^o1» (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; también en STC 16/1982, de 28 de abril, FJ 1; STC 54/1983, de 21 de junio, FJ 2). Supremacía que no se predica de manera infundada, sino en conexión con el poder constituyente y el principio democrático. Como ha tenido oportunidad de precisar el Alto Tribunal en la más reciente STC 259/2015, de 2 de diciembre: «El sometimiento de todos a la Constitución es “otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente” [SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 18, y 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 6 b)]. En el Estado constitucional, el principio democrático no puede desvincularse de la primacía incondicional de la Constitución, que, como afirmó este Tribunal en la STC 42/2014, FJ 4 c), “requiere que toda decisión del poder quede, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan, para el poder público, espacios libres de la Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella”» (FJ 4). En definitiva, no cabe extraer de la Constitución excepción alguna a su supremacía, cuya plena afirmación no puede implicar sino la imposibilidad de contradecirla.

III. La Constitución Española como fuente de las fuentes del derecho.

El establecimiento de una Constitución entendida como norma fundante de un ordenamiento, en cuya cúspide se inserta, implica necesariamente que se proceda desde ella misma a la distribución del poder de creación del derecho. Esta es la garantía primera e irrenunciable sobre la que opera la sujeción a la Constitución y sin la cual carecería de sentido su mismo

establecimiento.²⁴⁴ Esta afirmación parte del dato básico de la superación del concepto de Constitución como mero límite al poder, haciendo también hincapié en su labor conformadora y fundamentadora del mismo.²⁴⁵

En este orden de cosas se ha afirmado también que el primer presupuesto de la Constitución es que se prevea el desarrollo de una función normadora atribuida a uno o varios órganos que la ejerzan de manera más o menos permanente; función normadora que, a su vez, puede dividirse en varios escalones subordinados.²⁴⁶ De este modo la Constitución distingue entre su propio plano normativo y el de las autoridades que crea, y que quedan plenamente sometidas a aquella.²⁴⁷

Y así es como ha operado la Constitución Española que, aparte de ser ella misma, como hemos podido comprobar, fuente del derecho, es también fuente de las fuentes del derecho.²⁴⁸ La Constitución distribuye el poder de creación normativa entre distintos sujetos y determina el valor de las

²⁴⁴ Recordemos que, para KELSEN, la Constitución en sentido material tiene como función la «de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir», *Teoría pura...*, *op. cit.*, pág. 109.

²⁴⁵ *Vid.* DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 38. Para una visión crítica de la Constitución entendida como límite AHUMADA RUIZ, *La jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, pág. 93 y ss. Y justo en lado opuesto, incidiendo en el sentido que la Constitución tiene como instrumento de limitación y control del poder, y con un apretado resumen de los orígenes de esta concepción, podemos leer a ARAGÓN REYES, «Constitución y control...», *op. cit.*, pág. 83 y ss.

²⁴⁶ DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 14.

²⁴⁷ En las gráficas palabras de BRYCE, *op. cit.*, pág. 10: «...existen dos autoridades legislativas, una superior y con facultad para legislar sobre cualquier materia, y otra inferior, cuya facultad legislativa necesita para su ejercicio que la autoridad superior le confiera el derecho y la facultad de hacerlo».

²⁴⁸ Entendidas no en el sentido tradicional de «actos normativos», sino englobando también los órganos llamados a producirlos, y los procedimientos que se deben seguir para ello. Desarrolla la insuficiencia del concepto clásico de fuente del derecho DE OTTO, I., *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 69.

normas que ellos crean.²⁴⁹ De entre ellas tiene especial importancia la ley y las normas con rango de ley, pero también reconoce la potestad reglamentaria del gobierno y regula los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, cuyo alcance general no puede negarse, como tendremos oportunidad de ver.

De todo ello se derivan dos importantes consecuencias. En primer lugar, al ser la Constitución la norma fundante del ordenamiento y, en particular, reguladora de las fuentes del derecho, todo examen del valor y eficacia de las mismas deberá partir necesariamente de lo establecido en aquella. En segundo lugar, al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento, todos los poderes públicos deberán ejercer sus funciones respetando lo dispuesto en ella. Es, de una y otra forma, como la Constitución habilita su desarrollo y actúa como marco del ordenamiento jurídico.

Como ya pudimos observar, la objeción democrática al constitucionalismo prefigura un modelo en el que la capacidad de decisión última y, por tanto, la capacidad de interpretar el marco constitucional, recae bien en un órgano parlamentario representativo, o bien en un órgano judicial. No se ha apartado de este modelo el ordenamiento que instaura la Constitución Española, donde el poder legislativo se atribuye a las Cortes Generales en tanto que órgano representativo del pueblo, y se confiere a un Tribunal Constitucional la capacidad de anular las leyes inconstitucionales. De aquí se sigue fácilmente que estos dos órganos son los llamados en primer lugar a interpretar la Constitución, si bien difieren por completo en cuanto a la forma y finalidad con que realizan dicha función. En el siguiente apartado vamos a pasar pues a analizar la posición

²⁴⁹ *Ibid.*, pág. 83. También en este sentido afirma BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 19, que «bajo la Constitución normativa todos los órganos expresan la voluntad general dentro del orden constitucional de competencias. Nada impide, pues, que ese orden constitucional determine una redistribución de los poderes normativos dentro de esos órganos, así como una reestructuración de los principios de articulación del ordenamiento».

que la Constitución otorga a estos órganos y el modo y alcance con que la interpretan.

Capítulo 3

El legislador: intérprete primario de la Constitución y el marco de la respuesta a una declaración de inconstitucionalidad.

I. El pasivo liberal de la figura de la representación y su significación actual.

Ya hemos tenido la oportunidad de ver la estrecha relación que existe entre soberanía popular y democracia. Que el pueblo sea el sujeto de la soberanía implica que el Estado que así se funda se rija conforme al principio democrático: el pueblo debe ser capaz de decidir sobre todos aquellos asuntos que le afecten. El pueblo, en tanto que colectividad, debe ser capaz de tomar decisiones que obliguen a todos y cada uno de los individuos que lo componen; pero el número de estos es tan grande y su capacidad tan distinta, que se hace necesario idear un mecanismo con el que transformar su voluntad en normas.²⁵⁰ Y aquí es donde nace la moderna representación política.²⁵¹

²⁵⁰ RUBIO LLORENTE, «Título III. Las Cortes Generales», en ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la... op. cit.*, Tomo VI, pág. 29.

²⁵¹ *Cfr.* con las sugerentes ideas de ACOSTA SÁNCHEZ. Para este autor, la doctrina, ejemplarizada en CARRÉ DE MALBERG, consistente en que «el régimen representativo parte de la concepción de la soberanía nacional, y, recíprocamente, el concepto de soberanía nacional conduce esencialmente al régimen representativo» (*op. cit.*, tomo II, pág. 197), debería abandonarse por su opuesta. «La representación del poder significa su

Representación y democracia no son, por tanto, figuras equivalentes, sino que a la primera se llega precisamente tras la constatación de que es imposible o inadecuado realizaciones más directas de la segunda.²⁵² La relación que se establece entre representación y democracia es de medio a fin, y por ello susceptible de ser lograda en grado diverso.²⁵³ La mayor o menor fidelidad de la representación al ideal de la democracia ha estado así en el centro de toda la construcción del moderno Estado constitucional.

El profesor GARRORENA MORALES ha defendido -con acierto en nuestra opinión- que las transformaciones que se han producido a lo largo de los últimos doscientos años en un concepto tan elusivo²⁵⁴ como el de representación no pueden ser entendidas como un proceso de

posesión de hecho y la nación política es la primera creación en el Estado moderno para legitimar esa correlación». La afirmación de que la doctrina de la soberanía nacional acaba en la representación implica también su contraria: «que la representación propugnó una doctrina de la soberanía nacional». «La articulación entre representación, Constitución y democracia. Génesis, crisis actual y Constitución española», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 86, 1994, págs. 100-103.

²⁵² Tal y como advertía SIEYÈS, «el concurso inmediato de los ciudadanos caracteriza a la verdadera democracia. El concurso mediato designa al gobierno representativo» (recogido en CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, tomo II, págs. 950 y ss). Y en este mismo sentido, pero incidiendo en el carácter necesario de la representación afirmaba KELSEN que «aunque democracia y parlamentarismo no son idénticos, no cabe dudar en serio - puesto que la democracia directa no es posible en el Estado moderno- que el parlamentarismo es la única forma real que se puede plasmar la idea de la democracia dentro de la realidad social presente». *Esencia y valor...*, *op. cit.*, pág. 50.

²⁵³ Para PITKIN el concepto de representación se construye como una permanente tensión entre el ideal y el logro. *El concepto de representación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 267. Por su lado, SCHMITT afirma que «es muy inexacto tratar a la Democracia representativa como una subespecie de la Democracia [...]. Lo representativo es precisamente lo no-democrático en esa "Democracia". En tanto que el Parlamento es una representación de la unidad política, se encuentra en contraposición con la Democracia». *Teoría de...*, *op. cit.*, págs. 216-217.

²⁵⁴ La expresión, citada por el profesor murciano, es de SARTORI, «Representational systems», en *International Encyclopedia of the social sciences*, Macmillan and Free Press, New York, 1968, vol. 13, pág. 465.

intensificación de sus elementos más democráticos, sino más precisamente como una profundización en los originarios presupuestos liberal-burgueses de esta figura.²⁵⁵

En el origen de la representación democrática nos encontramos con tres ideas que le han imprimido un pasivo práctico y teórico en todo su desarrollo posterior. La primera de estas solo abunda en lo que ya habíamos apuntado más arriba acerca del ejercicio de la soberanía por el pueblo o nación: ante el grave problema de metafísica política que supone trasladar el ejercicio de la soberanía desde un sujeto único -el monarca-, a un ente colectivo -el pueblo o nación-, la representación se impone como instrumento indispensable para lograr la unidad de imputación soberana.²⁵⁶ El esquema por el cual el monarca había logrado monopolizar el ejercicio del poder en virtud de su condición unitaria queda desbordado y puesto al servicio del pueblo que, eso sí, solo podrá realizarlo a través de sus representantes.

Las otras dos ideas se alejan ya de lo que de teoría tiene la figura de la representación para ahondar en su práctica y han sido acertadamente expuestas por GARRORENA MORALES, en la figura de sus dos más insignes representantes. Por un lado tenemos el argumento de CONSTANT, que contrapone la «libertad de los antiguos» -cifrada en una participación directa y constante en el devenir político de un orden por los a él sujetos- a una libertad basada, contrariamente, en una minimización de la actividad política que permita dedicarse al individuo al ejercicio de sus

²⁵⁵ GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 20.

²⁵⁶ *Ibid.* págs. 25-27. Idea de unidad ya adelantada por HOBBS, en cuyo *Leviatán* puede leerse como «una multitud se convierte en persona cuando está representada, porque es la unidad del representante y no la unidad del representado la que hace a la unidad de esa persona». *Leviatán o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 135.

intereses privados.²⁵⁷ Se hace necesario, por tanto, nombrar representantes que se encarguen de los asuntos públicos de manera que nosotros podamos dedicar nuestras fuerzas a intereses particulares.²⁵⁸

Por otro lado, aparece el argumento de SIEYÈS, en el que la representación se configura como una forma de división del trabajo. Acorde con su visión del Tercer Estado como una nación completa, capaz de realizar por si misma todos los trabajos particulares y funciones públicas necesarios para su subsistencia y prosperidad, y donde la existencia del orden de los privilegiados no es más que una imposición injusta por la que unos pocos disfrutan de un *status* y ejercen unas funciones, no en razón de su mérito y capacidad, sino por nacimiento;²⁵⁹ acorde con esto, decimos, los representantes no deberán ser sino aquellos que hayan demostrado ser los más capaces de conocer el interés e interpretar la voluntad de los ciudadanos a los que van a representar.²⁶⁰

²⁵⁷ CONSTANT, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 257.285. Vid. GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 28-33.

²⁵⁸ No es difícil comprobar cómo en la actualidad este argumento ha perdido toda su potencial carga individualista y hasta egoísta para convertirse en una simple y llana imposición práctica. El interés público, por así llamar al estado, se ha expandido hasta unos límites del todo inabarcables incluso para el más partidario de la libertad de los antiguos. Atiéndase a que esto no es una crítica al ejercicio directo y constante de la actividad pública, sino una simple constatación de los límites de la capacidad humana.

²⁵⁹ Para SIEYÈS los trabajos particulares en que se cifra la subsistencia y prosperidad de una nación son de cuatro clases: los trabajos del campo, la industria, el comercio y los servicios. Las funciones públicas son igualmente cuatro: «la Espada, la Toga, la Iglesia y la Administración». Todos los trabajos recaen en el Tercer Estado, así como las diecinueve vigésimas partes de las funciones públicas, es decir, todas las más penosas. Queda por tanto el pueblo excluido de una pequeña, pero a la postre importante, fracción de las funciones públicas, y no por rechazo y falta de capacitación, sino por imposición de los privilegiados. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 2019, págs. 111-117.

²⁶⁰ Esta idea no es del todo novedosa y pueden rastrearse sus orígenes en el *Discurso a los electores de Bristol* de BURKE (que puede leerse en *Miscellaneous writings*, vol.4, Indiana, Liberty Fund, 2005, págs. 2 y ss.) o en Capítulo VI del Libro XI del *Espíritu de las Leyes* de MONTESQUIEU (la edición que hemos manejado es la de Madrid, Alianza, 2015). Vid. GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, págs. 33-34.

Posteriormente KELSEN, quien no por casualidad asume lo de que de problema de metafísica tiene la idea de representación y que era, como ya hemos visto, el primer pilar teórico de la configuración liberal-burguesa de esta figura, para acabar, sin embargo, negando su realidad y apuntando su naturaleza de ficción jurídica,²⁶¹ caracteriza al parlamentarismo como una transacción necesaria entre el ideal democrático y el «principio imprescindible para todo progreso de la técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo».²⁶² Y es que, como acertadamente ha observado el profesor GARRORENA MORALES, el argumento de la representación como forma de la división especializada del trabajo, confirmando la tendencia que ya se atisbaba en el argumento de CONSTAN, adquiere un sentido positivo, que supera aquel primero menos acabado de la representación como mal menor necesario para hacer factible la unidad de la nación, por otro en el que se presenta como «la forma acabada y depurada de participar en política, porque a través de ella conseguimos [...] que actúe por nosotros quien, como especialista, tiene -mejor que nosotros- el conocimiento de lo que conviene a la adecuada disposición de los asuntos que nos afectan».²⁶³

En definitiva, de la teoría liberal de la representación surge una construcción consecuente a la misma en la que adquiere toda su centralidad la categoría del mandato como instrumento jurídico-público con

²⁶¹ «A este fin sirve la ficción de la representación, es decir, la idea de que el Parlamento no es más que el lugarteniente del pueblo, y que el pueblo puede exteriorizar su voluntad solamente dentro de y por el Parlamento, aunque el principio parlamentario en todas las Constituciones existentes encierra en sí la condición de que los diputados no tienen que recibir de sus electores mandatos imperativos, lo que significa que el Parlamento se halla en una función jurídicamente independiente del pueblo», KELSEN, *Esencia y valor...*, pág. 52-53.

²⁶² *Ibid.*, págs. 51-52.

²⁶³ GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 36.

el que legitimar al poder haciéndolo aparecer como mero mandatario de quien ostenta la verdadera soberanía, a saber, la nación. Mandato que tiene que ser, por tanto: 1) nacional, de manera que el diputado no represente sino a la nación entera, y no a intereses de clase o territoriales; 2) general, pues debe estar potencialmente abierto a cualesquiera cuestiones públicas puedan surgir, sin que deba quedar tasado a cuestiones concretas; 3) libre, es decir, sin quedar sujeto a instrucciones del mandate y, en fin, 4) no responsable o, en otras palabras, no sancionable, con la excepción hecha, claro está, del momento electoral.²⁶⁴

Pues bien, esta construcción y toda la teoría sobre la que se alza han imprimido su huella en el moderno concepto jurídico de representación. La primera de estas inercias incorporadas resulta de la propia caracterización del mandato representativo que acabamos de dar en el párrafo anterior. Y es que todos esos caracteres, más que pensados para establecer una verdadera relación entre mandante y mandatario, parecen expresamente ideados para excluirla.²⁶⁵ La generalidad, la libertad y, sobre todo, la irresponsabilidad con la que se ejerce el mandato representativo son manifestación de una realidad que se ha construido sirviéndose del concepto de relación como ideología, a la vez que le daba la espalda a todo lo que de contenido relacional concreto pudiera tener.

²⁶⁴ «Esto es, no sometido en ningún punto de su trayecto a eventuales contactos intermedios o finales con los electores que puedan suponer para el diputado control sobre la calidad de su gestión ni, mucho menos aún, exigencia de responsabilidad por los resultados de la misma. La única sanción que puede acompañar a un mandato al que hemos definido como libre es la no reelección en la siguiente consulta electoral». GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, págs. 39-40.

²⁶⁵ *Ibid.*, págs. 43 y ss. Para este autor «cabría incluso decir que aquellos datos quedan dispuestos de tal manera que no sólo es que esa relación de mandato no termine de tomar cuerpo, ni acabe de aparecer por ninguna parte, habida cuenta del débil soporte que tales elementos le prestan; es, además, que esos elementos no constituyen ningún tipo de relación jurídica consistente [...] porque, una vez dejado atrás el momento -el acto- de la designación del representante, su diseño parece tender precisamente a excluir la idea misma de relación» (págs. 43-44).

Otra huella del pasivo ideológico liberal-burgués que podemos encontrar en la moderna representación es la tendencia a identificarla reductivamente con el poder. Lo que se quiere decir con esto es que la construcción liberal de la representación ya no responde al esquema medieval triangular en el que los representantes recibían un mandato o apoderamiento de los representados para que actuasen en su nombre ante el monarca. Cuando la soberanía ya no recae en el monarca, sino en la nación, los representantes pasan de ejercer su función frente al poder a ejercer ellos mismos como agente de poder. En las claras palabras de GARRORENA MORALES, «representar, ahora, no es actuar por nosotros ante el poder, sino [...] estar por nosotros en el poder».²⁶⁶ Sin despreciar lo que de positivo tiene que el nuevo esquema de poderes se haya desecho de su parte menos democrática, no se nos puede escapar que ahora los representantes tienen que lidiar con una doble identidad con respecto al poder, en tanto que son, por un lado, sus detentadores y, por otro, sus fiscalizadores, con el peligro de que aquella prevalezca sobre esta.²⁶⁷

En fin, la tercera y última tendencia del pensamiento liberal-burgués cuyo rastro podemos encontrar en el moderno concepto de representación es la desconexión postelectoral. Tendencia que se refleja perfectamente en los argumentos de CONSTAN y SIEYÉS, y que viene a consagrar un

²⁶⁶ *Ibid.* pág. 50. Merece la pena reproducir aquí unas palabras de SARTORI, que el profesor murciano cita por su atino: «Estamos [...] ante un hecho embarazoso: se ha llegado a un punto en el cual un órgano representativo acaba por representar a alguien (al pueblo, a la nación) ante sí mismo. La tercera de las partes, aquella ante la cual la segunda debía representar a la primera, ha desaparecido», *op. cit.*, pág. 467.

²⁶⁷ «Pienso, en concreto, en la posibilidad de que esa pérdida actual de disposición triangular o, lo que es lo mismo, de distancia entre representación y poder haya podido producir como resultado [...] una congénita tensión o propensión de todo el sistema, incluidas las instituciones representativas, a funcionar con sentido o identidad de “poder”, lo que, en su envés, estaría explicando la clara inclinación del mismo a funcionar sin contra-poderes o, para ser más exactos, a formalizar o neutralizar [...] los que ahora se habiliten», GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.*, pág. 51.

estado de cosas en el que el elector se desentiende de la gestión de sus representantes hasta el próximo momento electoral.²⁶⁸

Pues bien, para el profesor GARRORENA MORALES, lo que debería haber sucedido tras el tránsito del Estado liberal al Estado democrático constitucional es una revisión y profundización en el contenido relacional y dialectico del concepto de representación y de las instituciones representativas que superara las tendencias que acabamos de ver y dotara de un contenido mucho más concreto a la relación que se da entre representantes y representados. Sin embargo, esto no ha ocurrido. Si la universalización del sufragio ha permitido la entrada del pluralismo político en las instituciones representativas, también ha supuesto la generalización del sistema electoral proporcional, la consagración del sistema de listas y la omnipotencia de los partidos.²⁶⁹

Estos mismos partidos, contra lo que cabría suponer de una figura que nace en un momento democrático, no han servido para estrechar la relación entre representantes y representados. Es más, han supuesto una quiebra en la propia idea de representación, que ahora queda dividida en un par doble de relaciones. La primera, la que se establece entre partido-diputado, y de la que, como es fácil comprobar, el representado queda totalmente excluido. Y la segunda, la que media entre partido-elector, auténtica relación representativa de hoy en día y que ha heredado las notas de desvinculación y generalidad que caracterizaban a la primitiva relación elector-diputado. El hecho de que el partido se haya arrogado ahora el puesto del diputado en su relación con el elector ha traído consigo también la transformación del momento electoral en lo que LEIBHOLZ ha definido

²⁶⁸ «La oferta electoral ha dejado de tener nombres, esto es, rostros (o al menos estos han dejado de importar) y ha pasado a tener sencillamente siglas». *Ibid.* pág. 54-56.

²⁶⁹ GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.* pág. 66.

como un plebiscito de opciones de gobierno, y no una verdadera elección de representantes.²⁷⁰

Pero la más seria transformación es la que se ha operado en el propio ejercicio del poder en el parlamento. El partido se ha establecido como la bisagra que une en un conglomerado a la mayoría parlamentaria con el gobierno, verdadero poder capaz de imponer sus decisiones y de lo que se sigue un detrimento en la función dialéctica del parlamento,²⁷¹ que ya no es más una cámara donde perfeccionar las decisiones públicas a través del contraste y la deliberación, sino el órgano donde se da publicidad a la acción de gobierno, así a como al pluralismo político a través de la crítica ejercida por la oposición.

En definitiva, y permítaseme abusar una última vez de las palabras del profesor GARRORENA MORALES, «queda claro, por tanto, en qué sentido estamos legitimados para decir que esta “democracia plebiscitaria” de nuestros días es además una democracia “representativa”: en el estricto sentido, fiel a sus orígenes liberales, en que es posible llamar “representación” al apoderamiento electoral de los gobernantes; esto es, en aquel exacto sentido con el que no se intenta significar que alguien nos representa ante los gobernantes, sino que alguien, desconectado de nosotros tras el momento electoral, gobierna con nuestra representación».²⁷²

Y queda claro, añadimos ahora nosotros, hasta qué punto podemos estar legitimados para asumir como ciertas las precondiciones en las que se basa la objeción democrática al control de constitucionalidad de las

²⁷⁰ «Representación e identidad», en LENK y NEUMANN (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Madrid, Anagrama, 1980, págs. 205 y ss.

²⁷¹ Que va mucho más allá de la necesidad de contar con gobiernos operativos.

²⁷² GARRORENA MORALES, *Representación política...*, *op. cit.* pág. 77.

leyes; aquellas en que, como ya sabemos, se apoya la idea de que la toma de decisiones por la regla de la mayoría en sede parlamentaria es la que mejor respeta la igual dignidad de todos los individuos y el derecho a que su opinión cuente por igual. Puesto que si con ello lo que queremos es acercar lo más posible el concepto de representación al de democracia, entonces asegurarnos de que ninguna mayoría reforzada u órgano no representativo se interpondrá en la decisión de la mayoría es quedarse solo a medio camino.

El ordenamiento español no es ajeno a toda esta problemática.²⁷³ Por un lado, el artículo 66.1 de la Constitución establece que las Cortes Generales representan al pueblo español. Esta denominación, con la que se designa al conjunto que forman el Congreso de los Diputados y el Senado, ha permitido a CAAMAÑO DOMINGUEZ sugerir que con el apelativo «generales» no se quiere sino afirmar su condición de representantes exclusivas del pueblo español en su totalidad. Porque junto a ellas aparecen otras «Cortes», los parlamentos autonómicos, a los que sólo están llamados los electores de la Comunidad Autónoma.²⁷⁴ No nos detendremos aquí, sin embargo, en los problemas de *demos*,²⁷⁵ puesto

²⁷³ Para ACOSTA SANCHEZ el particular contexto en que se redactó la Constitución Española introdujo ciertos factores (descrédito del referéndum por su uso en la dictadura; peso excesivo de los partidos estatales y nacionalistas en la transición y fuerte prevalencia de las doctrinas liberales reductoras del concepto de democracia) que tuvieron un profundo impacto en la configuración de la democracia y la representación. *Vid.* «La articulación entre...», *op. cit.*, págs. 138 y ss.

²⁷⁴ «Las Cortes Generales», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, Tomo II, págs. 14-15.

²⁷⁵ Para CAAMAÑO DOMINGUEZ, «entre las “Generales” y las demás “Cortes” existe un salto cualitativo fundamental que viene establecido por el art. 66.1 CE. La Constitución no dice que las “Cortes” representan al “pueblo”, a modo de habitual cláusula de estilo, mediante la que se subraya la naturaleza representativa de los Parlamentos y el origen democrático de su legitimidad. También las “Cortes” autonómicas representan a un pueblo. Todo parlamento democrático, digno de ese nombre, así lo hace. *La Constitución añade “Generales” y “español”, es decir, admite en su seno la existencia de otros pueblos y de otras representaciones políticas, pero cualifica específicamente una: la que corresponde a un parlamento común cuya esencia diferenciadora es que solo él puede representar a todos los ciudadanos del Estado*». Esto tendría sus consecuencias, entre

que, en lo que a nuestro trabajo importa, tanto las Cortes Generales como los distintos parlamentos autonómicos son elegidos democráticamente, ejercen la potestad legislativa y controlan políticamente la acción de sus Gobiernos respectivos; es decir, cumplen con el esquema del parlamentarismo representativo que estamos analizando.

Por otro lado, el partido político, consagrado en el artículo 6 de la Constitución Española como instrumento fundamental para la participación política y cauce del pluralismo político, se ha introducido en el esquema de la representación, imponiendo un quiebro a todo intento de superar los presupuestos más liberales de esta figura. El partido político en España es la pieza que se inserta entre los electores y sus representantes, elegidos a través de listas cerradas y que, pasado el momento electoral estarán únicamente sometidos al partido por una férrea disciplina. El partido es, asimismo, la figura a través de la que se articula el binomio Gobierno-mayoría parlamentaria,²⁷⁶ verdadero vehículo de la acción de gobierno y protagonista indiscutible de la función legislativa, en un parlamento donde el papel de la oposición se reduce al control a través de la crítica y la publicidad y donde las posibilidades dialécticas son escasas.²⁷⁷

las que se encontrarían que solo las Cortes Generales tendrían «el poder de comprometer significativamente al Estado en el ámbito de las relaciones internacionales, prestando su consentimiento para obligarse por medio de tratados o convenios en los términos dispuestos en los arts. 93 y 94 CE; el poder de reformar la Constitución, bien por sí mismas (art. 167 CE) o proponiéndoselo al pueblo español (art. 168 CE) o la facultad para prorrogar el estado de alarma y declarar los de excepción y sitio (art. 116 CE)». «*Las Cortes...*», *op. cit.*, pág. 15.

²⁷⁶ Esto era algo especialmente claro en los tiempos del bipartidismo. Pero obsérvese que la entrada en las Cortes Generales de nuevos partidos, que en un principio podría propiciar la necesidad de formar coaliciones o de gobernar en minoría, lejos de servir como un aliciente para hacer de las cámaras el lugar de debate legislativo que la teoría y la propia Constitución les otorga, acaba, bien por trasladar dicho debate a los «despachos» donde se buscará el entendimiento entre partidos, bien por alentar el uso de la legislación de urgencia en manos del Gobierno. Tal y como decía BURKE, estamos ante un tipo de razón (y qué razón es esa) en la que la determinación precede al debate. *Op. cit.*, págs. 10-14.

²⁷⁷ Un resumen actual de estas cuestiones puede encontrarse en GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Las cortes generales: nuevos roles y transformación de

No en vano han sido numerosas las voces que desde la doctrina se han alzado para, desde diversos enfoques, reformar esta situación de déficit de representación y predominancia del ejecutivo. Ahí están los intentos de formular un concepto de ley capaz de dotar de contenido a las reservas a su favor y con el que poner límites a la capacidad normativa de la Administración;²⁷⁸ una reforma del procedimiento legislativo que lo simplifique y de más protagonismo al Pleno;²⁷⁹ el cambio del sistema electoral para permitir las listas abiertas y la circunscripción única;²⁸⁰ o la exigencia de que se produzca una apertura democrática de los partidos.

No obstante, y a la espera de que estas reformas u otras se produzcan, haríamos mal en minusvalorar la posición esencial que sigue teniendo el parlamento en el Estado constitucional y, en concreto, en cuanto a su función más característica: la legislativa. Las Cortes Generales son el órgano que representa al pueblo y donde se expresa la opinión de la mayoría y de la minoría. La función del parlamento como legislador ya no es, o ya no es principalmente, la de debatir y depurar las normas, sino más bien la de dar voz a la pluralidad política, dotando así de legitimidad a las

funciones», en FREIXES SANJUAN y GAVARA DE CARA (coords.) *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Madrid, BOE, 2018, Tomo I, págs. 101-130.

²⁷⁸ Señaladamente RUBIO LLORENTE: «Sólo cuando se sabe lo que la ley es, puede atribuirse, en efecto, un significado concreto a los preceptos constitucionales que reservan a la ley determinadas cuestiones y pueden resolverse los muchos problemas concretos que suscita la habilitación que el legislador concede a la Administración para regular por vía de Reglamento materias determinadas. «Rango de ley...», *op. cit.*, pág. 418. *Vid.* también Díez-Picazo, «Concepto de ley y tipos de leyes: (¿existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 47-94.

²⁷⁹ Sabido es que en la actualidad hay numerosos tipos de procedimientos legislativos, a los que hay que añadir el trámite de urgencia y el de comisión. Un buen y actual estudio con propuestas que aumentan las posibilidades de participación y discusión de los representantes puede encontrarse en SANTAOLALLA LÓPEZ, *Por un nuevo...*, *op. cit.*

²⁸⁰ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, *op. cit.*, pág. 105.

leyes. Tenemos que tener en cuenta este cambio de función para entender la institución parlamentaria, para entender de qué manera sigue siendo el órgano de imputación de las decisiones legislativas. A ello vamos a dedicar el próximo apartado.

II. El legislador como intérprete de la Constitución Española.

1. El monopolio normativo primario a favor del legislador.

Ya hemos podido comprobar en el capítulo 2 la estrecha relación que existe entre soberanía y función legislativa, entendida esta última como la capacidad de tomar decisiones normativas que se impongan de manera definitiva a todos los sujetos al poder soberano. Esta función, con este determinado alcance, sigue presente en el moderno Estado constitucional democrático en el detentador de la soberanía, el pueblo, que la ejerce sólo de manera extraordinaria actuando como poder de reforma constitucional. Sin embargo, el ejercicio ordinario de la función legislativa, entendida como una porción de la soberanía sometida a los límites constitucionales, queda atribuido a unos representantes elegidos democráticamente pero que en ningún modo pueden ser confundidos con el detentador pleno del poder soberano. La Constitución se establece, simultáneamente, como fuente y límite de los poderes del Estado y, por supuesto, de aquel que viene a ejercer por cuenta de su titular la función más importante de la soberanía: la legislativa.

La Constitución Española no define directamente la función legislativa - algo habitual tanto histórica como comparativamente-, sino que esta debe reconstruirse a partir de los datos básicos que hacen referencia a ella.

En primer lugar, su importancia dentro del entramado normativo previsto por la Constitución queda resaltada por las diversas reservas de ley diseminadas a lo largo de su texto. A la ley, en cualquier de sus formas, se

le reserva el desarrollo de los Órganos Constitucionales, de los Derechos Fundamentales o la cesión de competencias legislativas a organizaciones internacionales, entre otras.

La importancia de estas reservas no puede entenderse plenamente sin la segunda de las características que define a la función legislativa: su atribución en exclusiva a las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Así es como la reserva de ley ha sido mayoritariamente entendida por la doctrina y la jurisprudencia como una reserva de parlamento. El principio democrático exige que la función legislativa sea ejercida por órganos representativos y legitimados democráticamente por sufragio universal y a ellos les queda reservado en exclusiva el desarrollo de aquellos aspectos que el constituyente ha considerado de mayor relieve.

Esta atribución en exclusiva al órgano legitimado democráticamente de manera directa no puede entenderse completa sin la tercera característica de la función legislativa desarrollada por la Constitución: el procedimiento legislativo. Regulado para las Cortes Generales, pero extensible a los parlamentos autonómicos, establece las bases para otorgar a las distintas cámaras un control completo en la producción de la ley. A ellas se les otorga el poder de iniciativa legislativa, así como la capacidad de poner fin al procedimiento mediante el voto de la mayoría -simple o absoluta- sin que el hecho de que otros órganos puedan participar de las mismas -caso del gobierno y el pueblo en la iniciativa legislativa- o deban arribar en su perfeccionamiento -caso de la promulgación por el Rey o el sometimiento de la ley a referéndum- obste a su condición de verdaderas dueñas del procedimiento legislativo. Pero la conexión de este procedimiento con el principio democrático no acaba ahí, sino que también se establecen cautelas tan necesarias para su recto desarrollo como son la inviolabilidad de las cámaras, el establecimiento de sus propios Reglamentos o la previsión de una Diputación Permanente, entre otras.

La cuarta y última característica de la función legislativa constitucionalmente prevista, y que conecta con las tres anteriores, es su carencia de límites más allá de los expresados por el propio texto de la Constitución, dando lugar a lo que se ha denominado como libertad de configuración del legislador.

Estas cuatro características nos dan una idea de la importancia que para el desarrollo de la Constitución tiene el órgano llamado a ejercer la función legislativa, y son la razón por la que esta se atribuye en régimen de monopolio a las Cortes Generales y Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Pero a renglón seguido debemos advertir sobre la enorme complejidad de tipos legislativos con que dicha función se desarrolla, así como las múltiples excepciones al monopolio normativo parlamentario, como bien podremos comprobar en el próximo apartado. No obstante, aquí vamos a desarrollar una idea básica sin la cual no se entenderá nada de lo visto: el monopolio normativo del legislador no puede ser entendido exclusivamente como una capacidad para incidir en el contenido de todas las normas que pretendan ser introducidas en el ordenamiento, sino que en muchos casos su función será principalmente, y no por ello menos importante, la de legitimar democráticamente dicha entrada mediante su autorización.

En este sentido, PEREZ ROYO ha venido a caracterizar a la función legislativa «constitucionalmente definida» -y en la línea de nuestras consideraciones- en el hecho de «estar atribuida en régimen de monopolio a las Cortes Generales [...]. Nadie, salvo las Cortes Generales, puede dictar normas jurídicas primarias, esto es, normas creadoras de derecho y, por tanto, innovadoras del ordenamiento».²⁸¹ Ahora bien, ese monopolio no siempre se exterioriza de la misma manera, ni en una misma forma o

²⁸¹ PEREZ ROYO, *Curso...*, *op. cit.*, pág. 622-624.

con similar intensidad. Lo que debe hacerse, en gráfica expresión del constitucionalista, es preguntar ante cualquier disposición de carácter normativo: «¿Se innova con ella el ordenamiento, hay creación de derecho? Y si la respuesta es afirmativa, tiene que formularse inmediatamente otra: ¿Dónde están las Cortes Generales?». ²⁸²

Pues bien, en efecto, las Cortes Generales siempre están ahí en mayor o menor grado. Están ahí, como es evidente, en la elaboración de las leyes en cualquiera de sus formas. Están en la legislación delegada al Gobierno, que solo puede elaborarla mediante delegación expresa de las Cortes. Están en la legislación de urgencia, que debe ser ratificada, derogada o tramitada como ley por las Cortes. Y están, en fin, en la legislación internacional, cuya incorporación al ordenamiento español debe pasar, bien por la aprobación de una Ley Orgánica -que será, desde entonces, el acto que legitimará cualquier posterior ejercicio de la potestad legislativa por el órgano al que se le han cedido competencias-, bien por la autorización, sin olvidarnos de la recepción mediante transposición. ²⁸³ Y obviamente estas mismas consideraciones pueden ser hechas con respecto a las Asambleas de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias.

Y es que precisamente este es el sentido en el que se predica por la doctrina la primariedad interpretativa del legislador: es el único órgano que está exclusivamente sujeto a la Constitución, y aun a ella sólo negativamente, disponiendo de una verdadera libertad de configuración. ²⁸⁴ «Las Cortes Generales en el uso de la potestad legislativa no ejecutan, pues, la Constitución, no ejecutan una voluntad ajena superior, sino que

²⁸² *Ibid.* pág. 623.

²⁸³ Es cierto que el artículo 94 de la Constitución contempla una serie residual de tratados internacionales que, por su presunta escasa importancia, pueden concluirse cumpliendo meramente la obligación de informar a las Cortes Generales. Pero como es evidente, incluso aquí encontramos a las Cortes.

²⁸⁴ PEREZ ROYO, *Curso...*, *op. cit.*, pág. 623.

deciden libremente con base a una voluntad propia sin más límite que el de respetar el texto constitucional». ²⁸⁵ El propio Tribunal Constitucional vino tempranamente a confirmar esta idea en su STC 66/1985, en la que, al hilo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LOTC por la supresión del Recurso Previo de Inconstitucionalidad, vino a afirmar que: «sea cual sea el lugar que la Ley Orgánica de este Tribunal ocupa en el llamado bloque de la constitucionalidad, su contenido es disponible para el legislador y, en consecuencia, dentro del respeto a las normas constitucionales y a la independencia y función del Tribunal, puede introducir en ella los cambios o modificaciones que entienda oportunos, sin que haya de limitarse a aquellos indispensables para evitar la inconstitucionalidad o asegurar el cumplimiento de los objetivos constitucionales» (FJ.4).

Ahora bien, esta primariedad o, si se quiere, esta libertad de configuración, no puede ser identificada únicamente con la capacidad para elaborar leyes, es decir, con la capacidad para producir disposiciones normativas o, al menos, poder incidir en su contenido. La Constitución otorga a otros órganos la capacidad de introducir en el ordenamiento disposiciones normativas sin que el legislador tenga capacidad de modificarlas, y ello no obsta a que a él le sean imputadas ni a que puedan vehiculizar una respuesta legislativa. Y es que en todos estos casos el legislador no deja de ser llamado para cumplir, en menor o mayor grado, su función legitimadora del ordenamiento, como órgano de representación del pueblo. Y en este sentido, el legislador no es ya sólo el órgano llamado a producir la ley, sino también el órgano que debe velar por el recto ejercicio del desarrollo normativo total de la Constitución, siquiera sea rechazando aquel derecho contrario a ella.

Afirmado el primer sentido en que podemos considerar la primariedad interpretativa del legislador como monopolio normativo en sus facetas

²⁸⁵ *Loc. cit.*

propriadamente legislativa y también legitimadora del ordenamiento, vamos a centrarnos en el próximo apartado en la relación que media entre la Constitución y el legislador que la desarrolla.

2. La libertad de configuración del legislador y sus consecuencias en la interpretación de la Constitución. Diferencias con la interpretación judicial.

«Interpretar» no es un término unívoco, y la interpretación jurídica es una actividad afectada por esa misma ambigüedad. Baste aquí con señalar que la ambigüedad de «interpretar» se señala, por un lado, sobre el objeto del que cabe predicarla²⁸⁶ y, por otro lado, sobre su posible configuración como un proceso y como el resultado de ese mismo proceso.²⁸⁷

Si pasamos al ámbito más concreto de la interpretación jurídica nos encontramos también con estos mismos problemas, junto al añadido del referente a los sujetos que realizan dicha interpretación. Con respecto al objeto, se ha discutido sobre la amplitud o concreción que debe darse al mismo²⁸⁸ e, íntimamente conectado con este aspecto, sobre si las normas

²⁸⁶ Aquí se engloban problemas lingüísticos acerca de si la interpretación puede predicarse de cualquier entidad con capacidad para ser portadora de sentido -una acción, un acontecimiento, una obra de arte- o, más restringidamente, sólo de entidades lingüísticas. Sobre este particular puede consultarse WROBLESKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 22 y ss.

²⁸⁷ Aquí se distingue interpretar como una actividad que engloba toda acción capaz de establecer el sentido de un objeto -decidir, proponer, prever, descubrir-, frente a lo que sería el resultado alcanzado con dicha actividad. *Vid.* TARELLO, «Orientamenti analítico-linguistici e teoría dell'interpretazione giuridica», en SCARPELLI (ed.) *Diritto e analisi del linguaggio*, Comunità, Milano, 1976, págs.

²⁸⁸ Por un lado, tendríamos la categoría mucho más amplia de «interpretación del Derecho», que según TARELLO es típicamente premoderna y hace referencia a la operación de buscar una respuesta jurídica a un cierto comportamiento o conflicto en el ámbito total del Derecho, escrito y no escrito. Por otro lado, tendríamos la categoría más concreta de «interpretación de la ley», entendida como documento o conjunto de

deben ser consideradas como una interpretación o como el resultado de dicha interpretación.²⁸⁹ Esto ha dado como resultado que se diferencie entre una «interpretación legislativa» -referida a la que realizan órganos con capacidad de crear normas generales en interpretación de otras normas- e interpretación aplicativa -la que realizan los jueces en aplicación de las normas generales-.²⁹⁰

Con respecto a los sujetos la problemática no es menor, y se ha diferenciado entre interpretación auténtica -usualmente entendida como la producida por el mismo órgano autor de la disposición a interpretar-, interpretación doctrinal, e incluso interpretación por los particulares, junto a las ya referidas interpretación legislativa y judicial.²⁹¹

Nuestro análisis se va a limitar, por la parte del objeto, a la Constitución y, por la parte de los sujetos, al legislador. Y vamos a defender que el legislador, al producir la ley, realiza una genuina labor de interpretación de la Constitución, si bien con ciertas especificidades propias al órgano que representa al pueblo y que está dotado de libertad de configuración.²⁹²

documentos que expresan normas jurídicas. *Vid.* TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, págs. 9 y ss.

²⁸⁹ Con ello se ha llegado al punto de cuestionar que las normas puedan ser objeto de interpretación. Para TROPPER: «Si interpretar es determinar el significado de algo, la norma no puede ser objeto de interpretación. La idea de que se puede determinar el significado de un significado es evidentemente absurda». Citado por LIFANTE VIDAL, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 18 y ss., que puede además consultarse para una mayor profundización en esta problemática.

²⁹⁰ Paralelamente en la doctrina se ha formado una división entre autores que centran su atención en la perspectiva de las normas generales (KELSEN; HART) y los centrados en la tarea aplicativa de los jueces (DWORKIN; LLEWELLYN).

²⁹¹ *Vid.* LIFANTE VIDAL, *op. cit.*, pág. 21.

²⁹² La idea del legislador como un intérprete de la Constitución no es en absoluto pacífica. Para HESSE, de acuerdo con su idea de que sólo cabe interpretar cuando hay dudas, no hay interpretación en el desarrollo que el legislador hace de la Constitución. *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992,

Que la Constitución es una norma es algo que ya ha quedado afirmado. Y como tal norma es susceptible de ser interpretada, tanto por los tradicionalmente llamados órganos aplicativos -jueces, administración-, como por la doctrina y, por supuesto, el legislador. No obstante, la idea de que el legislador es también un intérprete de la Constitución es hasta cierto punto contraintuitiva, puesto que la interpretación jurídica suele concebirse como una actividad argumentativa propia de los jueces, que deben justificar su decisión conforme a las normas que están aplicando. Esta actividad argumentativa y justificativa puede darse, pero no siempre se dará, en el ejercicio de la potestad legislativa que, como ya hemos visto, sólo está sujeta a respetar lo dispuesto en la Constitución.

Sin embargo, en nuestra opinión, la idea de que el legislador es, no sólo un intérprete, sino además el intérprete privilegiado de la Constitución, está implícita en la doctrina del primer liberalismo. Tanto la experiencia estadounidense como la francesa, pese al distinto valor que en ellas se le dio a la Constitución, estaba inspirada por una cierta idea de la separación de poderes que limitaba al máximo la capacidad interpretativa de los jueces, si bien en base a razones totalmente opuestas.

En Estados Unidos el poder judicial aparece dibujado como el más débil de los tres poderes, formado por jueces independientes y permanentes, que no tienen fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento; y es por

págs. 32-33. En nuestra doctrina ATIENZA ha afirmado «que los intérpretes de las normas legisladas son los jueces (los aplicadores en general), los dogmáticos o los simples particulares, pero no el legislador; el legislador no emite enunciados interpretativos, sino definiciones y normas (incluidas las normas sobre cómo interpretar)». Si bien a renglón seguido acepta que en ordenamientos dotados de constituciones rígidas sí es posible que se de esa relación de interpretación: «...si se quiere, el legislador interpreta la Constitución, pero precisamente porque no es autoridad con respecto a ella: si lo fuera (como ocurre con las Constituciones flexibles) no estaría ya interpretando, sino produciendo normas y definiciones». En «Estado de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 14, pág. 470-471.

ello que la interpretación de las leyes se establece como una competencia propia de los jueces, que podrán controlar su adecuación con la Constitución.²⁹³ Pero, como afirma PRIETO SANCHÍS, hay dos precisiones importantes que merecen subrayarse desde una perspectiva actual: «la primera es que la actividad judicial es discernimiento y no voluntad, lo cual supone aceptar como mínimo que la Constitución es inteligible y que cualquier sujeto medianamente culto puede discernir cuál es su interpretación verdadera;²⁹⁴ la segunda es que la declaración de nulidad sólo procede cuando la ley resulte contraria al “sentido evidente” de la Constitución, lo que parece sugerir, utilizando una terminología de nuestros días, que la misma está formada por reglas y no por principios o, si se prefiere, que el juicio de constitucionalidad se basa en la subsunción y no en la ponderación».²⁹⁵ Por tanto, los jueces interpretan la ley, pero su interpretación es meramente aplicativa. Subyace en el fondo de esta construcción la idea de que los jueces carecen de toda capacidad para innovar el ordenamiento, reservándose tal potestad a los órganos políticos.

En la Francia revolucionaria, donde se arrastraba un poder judicial adepto al Antiguo Régimen, se acogió una idea mucho más estricta de la separación de poderes. La ley de 16-24 de agosto de 1790 prohibió que los tribunales interviniesen «directa o indirectamente [...] en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de las leyes».

²⁹³ Recuérdese a HAMILTON, *op. cit.*, Cap. 78.

²⁹⁴ En este mismo sentido afirma GUASTINI que «Esta teoría [la teoría de la interpretación de la Ilustración], que presupone la existencia, en todo texto normativo, de un sentido unívoco y susceptible de ser conocido, y que desconoce por tanto la vaguedad y el equívoco de los enunciados normativos, al día de hoy, aparentemente no es compartida por nadie. Sin embargo, está inscrita, incorporada en muchas instituciones del Estado moderno: en particular, en la separación de poderes, así como en todos los controles de legitimidad de los actos de los poderes públicos (lo que incluye el control de legitimidad constitucional de las leyes)». *Teoría e ideología de la interpretación*, Madrid, Trotta, 2010, pág. 40.

²⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, «Iusnaturalismo...», *op. cit.*, pág. 58-59.

Prohibición que se vino a completar con la incorporación a la Constitución de 1791 del *référé législatif*, confiriendo a la Asamblea Nacional la facultad en exclusiva de interpretación de las leyes.²⁹⁶ Aquí la idea de que el legislador es un intérprete de las leyes, y también de la Constitución, es explícita.

En definitiva, en una y otra concepción se trataba de afirmar la idea de que los jueces realizaban, o debían realizar, una tarea meramente aplicativa, reduciéndose su capacidad interpretativa a la propia de la subsunción de unos hechos a la norma aplicable.²⁹⁷ Pero también llevaba implícita la idea de que los jueces y el legislador podían en teoría realizar una actividad interpretativa similar.

Fue KELSEN quien teorizó esta intuición que, por otra parte, siempre ha estado presente en la práctica.²⁹⁸ Para este autor «legislación y jurisprudencia son dos actividades sucesivas en un mismo proceso de creación y aplicación del Derecho». La interpretación «es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior».²⁹⁹ De esta manera se identifica

²⁹⁶ *Ibid.*, pág. 67. TROPER, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, págs. 58 y ss.

²⁹⁷ La llamada interpretación «en concreto», consistente en «subsumir un caso concreto en el ámbito de aplicación de una norma previamente identificada “en abstracto”». GUASTINI, «Interpretación y construcción jurídica», *Isonomía*, núm. 43, 2015, pág. 14.

²⁹⁸ Como afirma LEIBHOLZ, «la frase de Montesquieu de que los jueces sólo son la boca por la que hablan las leyes del Estado, seres sin vida que no pueden alterar la dureza o la fuerza de las leyes, no puede ser aceptada como plenamente válida, ni siquiera para la época de las grandes codificaciones, y mucho menos aún para la situación actual. Siempre ha sido misión específica del juez solventar cualquier duda o controversia acerca del contenido y alcance de las leyes. Carece de importancia el hecho de que, al solucionar los litigios, dudas o controversias sobre las leyes, actuando como configurador del Derecho, el juez opere en concreto sobre una ley ordinaria o una ley constitucional», en «El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», *Revista de estudios políticos*, núm. 146, 1966, pág. 93.

²⁹⁹ KELSEN, *Teoría pura...*, *op.cit.*, pág. 129.

creación con interpretación, si bien la realizada por los jueces es creación de normas particulares, mientras que la realizada por el legislador lo es de normas generales.

Para KELSEN la interpretación auténtica es la que lleva a cabo todo órgano aplicador del Derecho,³⁰⁰ lo que incluye tanto al legislador -que aplica la Constitución-, como a los órganos jurisdiccionales -que aplican normas generales y generan normas individuales, es decir, las sentencias-³⁰¹ o administrativos.³⁰²

Es por ello que se ha afirmado que «calificar al legislador de intérprete de la constitución supone asumir en mayor o menor grado la teoría kelseniana del ordenamiento gradual: cada grado del Ordenamiento constituye al mismo tiempo producción del derecho respecto al grado inferior y reproducción del derecho respecto al superior».³⁰³

El legislador es, pues, un intérprete de la Constitución, pero cuya interpretación se diferencia netamente de la que realizan los jueces. No en su naturaleza, pues citando de nuevo al famoso jurista austriaco «si se mira

³⁰⁰ GUASTINI, *Teoría e ideología...*, *op. cit.*, pág. 43: «...cuando nos preguntamos sobre los intérpretes de la constitución, lo que queremos es identificar a sus intérpretes "privilegiados": a los sujetos cuya interpretación es "auténtica" en sentido kelseniano, o sea la que produce efectos jurídicos».

³⁰¹ Como afirma el propio KELSEN, «la *jurisdictio* o acto de decir Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos [...]. La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho». *Teoría pura...*, *op.cit.*, pág. 151 y ss.

³⁰² LIFANTE VIDAL, *op. cit.*, pág. 84.

³⁰³ GARCÍA ROCA, «El intérprete supremo de la constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011, pág. 92. *Vid.* asimismo LUCAS VERDÚ, «La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre "la estructura de la civilización"», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 66, 1989, especialmente págs. 39 y ss.

a la “política” como una “decisión” en orden a la resolución de los conflictos de intereses [...] entonces está presente en toda sentencia judicial, en mayor o menor medida, un elemento de decisión, un elemento de ejercicio del poder [...] Entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa, no cualitativa».³⁰⁴ La diferencia estriba en los distintos límites que la función legislativa y la judicial tienen, lo que a su vez queda reflejado en el mayor o menor alcance de sus interpretaciones: la ley y las sentencias, respectivamente.³⁰⁵

GUASTINI ha ofrecido una acertada definición de la interpretación jurídica dividida en tres tipos: La cognitiva, que consiste «en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo [...] sin escoger alguno de ellos». La decisoria, «que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva». Y la creativa, consistente «en obtener del texto normas no expresadas –llamadas “implícitas”– con medios pseudo-lógicos, es decir, mediante razonamientos no deductivos».³⁰⁶ Esta definición está orientada a explicar la actividad interpretativa de los jueces, pero ofrece un marco idóneo con el que analizar la que desarrolla el legislador.

Los jueces sólo pueden desarrollar con libertad la interpretación cognitiva; operación psicológica que consistirá en identificar los diversos significados que puede tener cualquier texto normativo, y de los que no siempre se dará cuenta en la decisión finalmente adoptada mediante sentencia. Pero tanto en la interpretación decisoria como en la creativa

³⁰⁴ KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1975, págs. 8 y 19 y ss.

³⁰⁵ CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pág. 12 y ss.

³⁰⁶ GUASTINI, «Interpretación y...», *op. cit.*, págs. 16 y ss.

deben cumplir con un requisito esencial: «las sentencias serán siempre motivadas», dice el artículo 120.3 de la Constitución Española. Esta es, y es preciso entenderlo, la única diferencia entre la naturaleza de la interpretación que realizan los jueces y aquella que realiza el legislador.

Por un lado, no puede argüirse sin más que el legislador está sometido sólo a la Constitución, mientras que los jueces lo están también a la ley, puesto que el poder judicial no está menos sometido a estas que el legislador a aquella. Esta diferencia implica, sin duda, que el ámbito de las decisiones que puede tomar legítimamente el legislador es mucho más amplio que el de los jueces, pero nada más.

Por otro lado, tampoco es posible ya afirmar que la interpretación realizada por los jueces consiste en dar normas particulares, mientras que la realizada por el legislador lo es de normas generales. La desmaterialización del concepto de ley, entre cuyas víctimas se encuentra la necesaria generalidad que la caracterizaba, ha introducido en nuestro ordenamiento la posibilidad de que el legislador produzca normas singulares.³⁰⁷ Y los jueces bien pueden adoptar decisiones con carácter general, como sucede señaladamente con la impugnación de normas

³⁰⁷ El Tribunal Constitucional ha confirmado la posibilidad de que el legislador produzca leyes singulares, pero sometiéndola a límites. El primer límite es el principio de igualdad ante la ley: el legislador puede contemplar la necesidad, o la conveniencia, de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, pero esta decisión debe estar justificada, debe ser razonable, y debe ser un medio proporcional con respecto al fin que se pretende conseguir. El segundo límite lo representa el principio de separación de poderes y exige que la adopción de leyes singulares quede circunscrita a casos excepcionales, por cuya trascendencia o complejidad, no puedan ser remediados por los instrumentos normales de los que dispone la Administración. El tercer límite son los derechos fundamentales, que por su propia naturaleza no pueden verse condicionados o impedidos en su ejercicio por una ley singular. Por todas, STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11. *Vid.* MONTILLA MARTOS, «Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015. Por otro lado, no ha faltado en la doctrina quien defiende que de la Constitución se deduce que la generalidad es una exigencia de las leyes, en conexión con la generalidad del interés que incorporan. *Vid.* DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, págs. 108 y ss.

reglamentarias ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como ya tuvimos oportunidad de ver, KELSEN consideraba al Tribunal Constitucional como un legislador, al tener sus decisiones un necesario efecto general. El Tribunal Constitucional ya no es considerado más como un legislador, pero la generalidad de sus decisiones sigue siendo una consecuencia necesaria de la función que cumple. Rasgo que comparte también con la jurisdicción contencioso-administrativa, que puede anular reglamentos a través de una decisión que también tendrá necesariamente carácter general.³⁰⁸

En definitiva, la diferencia entre la labor interpretativa del legislador y la que realizan los jueces, estriba en la libertad de configuración con que cuenta aquel. Esto es lo que lo convierte en el órgano llamado a desarrollar la Constitución y no en un mero ejecutor de la misma. El legislador puede adoptar cualquier decisión que se amolde a sus fines siempre que no supere el límite que supone la Constitución y no está obligado a justificar dicha decisión, ni esta tiene por qué ser necesariamente el fruto de una deducción o una construcción pseudo-lógica expresa. Sin duda, será posible en numerosas ocasiones rastrear en el procedimiento legislativo las razones que han llevado al legislador a adoptar tal o cual decisión, y no es extraño que él mismo incluya tales apreciaciones en las exposiciones de motivos de las leyes, explicitando incluso los preceptos constitucionales que desarrolla. Pero lo importante es que no está obligado a ello.³⁰⁹ Y una segunda y no menos importante consecuencia de la libertad de configuración con que cuenta el legislador es que no se ve limitado por sus

³⁰⁸ Podría también discutirse sobre el valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tanto que interpretación que, con valor general, debe ser seguida por el resto de tribunales.

³⁰⁹ Tal y como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su la STC 49/2008, de 9 de abril, «el legislador no está constitucionalmente obligado a justificar sus opciones legislativas en las exposiciones de motivos o preámbulos de las leyes» (FJ 5). Lo cual no obsta para que estos tengan «un papel determinante en la interpretación de los preceptos que presentan» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 6).

anteriores decisiones. En efecto, siempre que se respete el contenido de la Constitución, el legislador puede cambiar el sentido de la legislación cuando quiera,³¹⁰ sin verse limitado por sus anteriores decisiones.³¹¹

Así las cosas, y volviendo a la definición de GUASTINI, que dimos más arriba, resultará que el legislador realiza por lo general una interpretación creativa y meramente implícita de la Constitución, pero interpretación al fin y al cabo. Esto ha llevado a cierta confusión en la doctrina, donde posiblemente se de cierta resistencia a aceptar que el legislador es un intérprete de la Constitución por las connotaciones restrictivas que tiene tal término, evocando a un órgano que es mero ejecutor de una voluntad preexistente. Claras son a este respecto las palabras de DIAZ REVORIO: «Desde luego, la función esencial del legislador no es la interpretación de la Constitución, sino la aprobación, en representación de la voluntad popular, de normas jurídicas generales denominadas leyes que tienen el rango superior en el sistema de fuentes (con la excepción de la propia Constitución). Esta función legislativa no se ejerce para interpretar la Constitución; en la mayoría de las ocasiones, no se ejerce siquiera con la intención de desarrollarla, sino simplemente con la finalidad de dar respuesta normativa a distintas situaciones o problemas de la sociedad. Pero el ejercicio de esta función sí presupone una previa interpretación de

³¹⁰ Algo que tampoco les está prohibido a los jueces, que no están obligados al estricto seguimiento de sus propios precedentes, pero cuyo cambio exige una cualificada argumentación y justificación del mismo.

³¹¹ Así lo ha visto también el Tribunal Constitucional en, entre otras, la STC 56/2016, de 17 de marzo, donde afirma que «es una premisa básica, asociada al principio democrático, que el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, que no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo. Y aunque el principio de seguridad jurídica impone en cualquier estado de Derecho que la sucesión de normas se atenga a ciertas condiciones, entre ellas no se encuentra la interdicción de la reforma peyorativa» (FJ 3). Cuestión distinta es que la imprevisibilidad de los cambios de orientación legislativa puedan dar lugar a responsabilidad patrimonial del Estado legislador, actualmente regulada en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

la Constitución. La norma suprema contiene los límites que debe respetar toda actuación legislativa, los principios que ha de acoger esta actuación, así como, en ocasiones, mandatos concretos dirigidos al legislador. De tal forma, no es posible esta actuación sin una previa interpretación de la Constitución, aunque a veces ésta sea meramente implícita. Por ello, puede decirse que el legislador es el intérprete primario y, en cierto sentido, “cotidiano” de la Constitución.»³¹²

Pues bien, no se trata de que el legislador interpreta y no interpreta. Se trata de no confundir la interpretación como proceso, algo que el legislador puede hacer pero que, en todo caso, no está obligado a justificar, con la interpretación como resultado, que será siempre necesariamente una interpretación de la Constitución, siquiera sea implícita: la Ley.

En definitiva, el legislador es un intérprete de la Constitución. Y más exactamente, es su intérprete primario. El legislador es el órgano de representación del pueblo y el único legitimado democráticamente de manera directa; está sometido en exclusiva a la Constitución y cuenta con plena libertad de configuración. A través de las leyes expande el ordenamiento jurídico y es capaz de imponerse al resto de poderes públicos. Estas leyes suponen una cierta interpretación de la Constitución y, como tal, puede ser discutida.

Ello supuesto, es únicamente el Tribunal Constitucional el órgano llamado a anular las leyes e imponer su propia interpretación. Como ya sabemos, la objeción al control de constitucionalidad de las leyes cuestiona esta capacidad que se otorga a un órgano no legitimado democráticamente, ofreciéndose como solución la posibilidad de que el legislador insista en su interpretación. En el siguiente apartado vamos a pasar a desarrollar el

³¹² DIAZ REVORIO, «Interpretación de la Constitución y juez constitucional», *IUS*, núm. 37, 2016, pág. 25.

marco en el que se puede desenvolver esa respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.

III. El marco de la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.

1. La potestad legislativa de las Cortes Generales: el quebranto de la forma única de ley.

El artículo 66.2 de la Constitución Española otorga a la Cortes Generales el ejercicio de la potestad legislativa del Estado, es decir, la capacidad de crear leyes. En este sentido cabría hablar de las Cortes Generales como legislador estatal, que por medio de la ley desarrolla el ordenamiento constitucional y -en lo que aquí más nos importa- puede dar lugar a una respuesta legislativa a la declaración de inconstitucionalidad de otra ley. Pero la realidad dista de ser tan clara, puesto que la ley en nuestro ordenamiento ni tiene una forma única ni obedece ya al nítido concepto tradicional que hacía de la fuerza de ley el núcleo duro de su definición. Esta fuerza de ley tenía una doble faceta, activa y pasiva, magníficamente resumidas por RUBIO LLORENTE: «Fuerza activa de la ley, o fuerza de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente [...]. Fuerza pasiva era, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuerza específica».³¹³

Hoy en día, la ley ya no sólo está condicionada positiva y negativamente por la Constitución, lo cual crea de por sí dos tipos normativos distintos -la Constitución y la propia ley- sino que además el propio Texto Fundamental

³¹³ RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», *op. cit.*, pág. 422.

ha configurado una serie de modalidades de ley con una muy diversa fuerza activa y pasiva.

1.1. Las leyes ordinarias.

Lo que ha venido a llamarse «ley ordinaria», cuya importancia como tipo de ley común o general ha sido resaltada,³¹⁴ es buen ejemplo de lo que hemos advertido. Los datos directos que la Constitución nos ofrece para la limitación de su ámbito material se reducen a las diversas reservas de ley diseminadas por su articulado.³¹⁵ Esta falta de datos ha llevado a intentar identificarla por exclusión: la ley ordinaria sería aquella que puede regular cualquier ámbito no reservado a otro tipo legislativo, es decir, tanto el que a ella le viene reservado, como cualquier otro sobre el que no se haya previsto reserva alguna.³¹⁶ Por otro lado, los intentos de definirla como el tipo de ley aprobada por mayoría simple, y no absoluta, son también poco concluyentes, puesto que puede darse la situación de que el Congreso, para aprobar una ley, deba levantar por mayoría absoluta el veto interpuesto por el Senado, también con mayoría absoluta.³¹⁷

La Constitución configura, además, diversas modalidades de ley ordinaria con diferencias en cuanto a su procedimiento y a su eficacia. Así

³¹⁴ MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo VI: La Ley, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, pág. 82.

³¹⁵ Así la reserva de ley del artículo 53.1 para regular el ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo Segundo, Título I; la reserva de ley del artículo 31.3 para el establecimiento de prestaciones personales o patrimoniales de carácter público, etc...

³¹⁶ MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, pág. 82.

³¹⁷ Artículo 90 de la Constitución. *Vid.* artículos 93,94 y 120 a 123 del Reglamento del Congreso y artículo 104, 106, 122 y 133 a 135 del Reglamento del Senado. Esto no significa de ninguna manera que la ley ordinaria así aprobada deje de ser tal para convertirse en una ley cualificada, pero no podemos obviar que tal ley habrá sido finalmente aprobada por mayoría absoluta, y no simple.

ocurre con las leyes de presupuestos del artículo 134, que presentan especialidades en cuanto a su procedimiento de elaboración³¹⁸ y contenido,³¹⁹ o con las leyes marco del artículo 150.1 y las leyes de armonización del artículo 150.3, dotadas de una especial fuerza activa y pasiva, como denota su inclusión en el bloque de la constitucionalidad por mor del artículo 28 LOTC.³²⁰

³¹⁸ La elaboración de esta ley corresponde exclusivamente al Gobierno, que debe trasladarla a las Cortes Generales para su examen, enmienda y aprobación. Se caracteriza por su temporalidad, ya que está limitada a regir los gastos e ingresos del sector público estatal durante el período de un año, si bien se ve prorrogada en el caso de que no se hubiera aprobado una nueva ley de presupuestos antes del primer día del nuevo ejercicio. Al Gobierno se le impone el deber de presentar la ley de presupuestos con al menos una antelación de tres meses a la expiración de los presupuestos en vigor.

³¹⁹ Conocidos son los diversos avatares por los que ha pasado la cuestión del contenido posible de las leyes de presupuestos, limitado constitucionalmente a la consignación de los gastos e ingresos del sector público estatal, y con la expresa prohibición de crear tributos. Tras una etapa en que el Gobierno incorporaba a estas leyes todo tipo de regulaciones, tuvieran o no relación con el mencionado contenido, y sin respetar además la regla de la anualidad, vino a intentar poner orden el Tribunal Constitucional en su Sentencia 27/1981, de 20 de julio. Sin embargo, la reconducción de las leyes de presupuesto a sus límites constitucionales fue a su vez contestada por el Gobierno con la práctica de las «leyes de acompañamiento», consistente en tramitar, paralelamente a la ley de presupuestos, una ley ordinaria donde incluir todo aquel tipo de regulaciones que no tienen cabida en aquella. No obstante, el Tribunal Constitucional ha venido también a rebajar el rigor de los límites al contenido posible de las leyes de presupuesto, admitiendo que en las mismas se puedan introducir disposiciones que, aun no siendo estrictamente presupuestarias, guarden una relación directa con los ingresos y gastos del Estado, o con los criterios de política económica del Gobierno y ejecución del presupuesto (aparte de la ya citada STC 27/1981, FJ 2, pueden verse en este sentido las SSTC 63/1986, de 21 de mayo, FJ 12; 65/1987, de 21 de mayo, FJ 4; 134/1987, de 21 de julio, FJ 6; 65/1990, de 5 de abril, FJ 3; 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 y el ATC 306/2004, 20 de julio, FJ 6). Para un aproximamiento general a las leyes de presupuesto puede consultarse MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, págs. 90 y ss. Un tratamiento específico de la cuestión podemos encontrarlo en MARTÍNEZ LAGO, *Ley de presupuestos y Constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Madrid, Trotta, 1998.

³²⁰ En este sentido *vid.* DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, págs. 270 y ss.; VILLAR PALASÍ, «Artículo 150: Leyes marco, leyes orgánicas de transferencia o delegación y leyes de armonización», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, Tomo XI, págs. 233 y ss. Este autor también nos presenta un *status quaestionis doctrinal* hasta 1996 de gran utilidad. Entre las obras más recientes MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las comunidades autónomas*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2ª ed., 2007, págs. 602 y ss.

Todas estas modalidades de ley ordinaria no presentan problemas en cuanto a la función del legislador. Todas ellas son aprobadas por las Cortes Generales en consonancia con la potestad legislativa que la Constitución les atribuye y a través de ellas se puede dar una respuesta legislativa a una declaración de inconstitucionalidad.

Sin embargo, alguna dificultad surge en este sentido con las leyes de delegación contempladas en el artículo 82 de nuestro texto fundamental.³²¹ Que este tipo de leyes ordinarias, ya sea en su modalidad de ley de bases o en la de autorización para refundir textos, tengan por principal propósito delegar la potestad legislativa, no obsta para considerar que ellas mismas sean ejercicio de dicha potestad, más todavía cuando su función es también la de limitar los términos de la delegación. Y es que difícilmente cabría pensar en una delegación de la potestad legislativa efectuada mediante un acto que no tuviera esa misma consideración.³²²

No obstante -y en ello está la clave de las dificultades que implica esta figura en lo que a nuestro trabajo atañe- la propia naturaleza delegante de estas leyes limita considerablemente la capacidad innovadora del ordenamiento que el legislador se reserva. En la ley de bases que autoriza al Gobierno a crear un texto articulado siguiendo las directrices que se establezcan en aquella, la capacidad innovadora del legislador sigue siendo lo suficientemente amplia como para que a su través pueda darse una respuesta legislativa.

³²¹ Para la bibliografía me remito aquí a la que se ofrecerá en el apartado siguiente cuando se trate de manera específica el ejercicio de la potestad legislativa por parte del Gobierno.

³²² Y no otra cosa es lo que se pretende obligando a que la delegación legislativa deba hacerse siempre por ley, como establece el artículo 82.2 de la Constitución. *Vid.* VÍRGALA FORURIA, «La delegación legislativa. Los decretos legislativos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios a la..., op. cit.*, Tomo II, pág. 226.

En efecto, cabe imaginar que alguna de las bases dadas para la futura labor del gobierno implique necesariamente reintroducir o dar continuidad a los efectos de una ley previamente declarada inconstitucional. Sin embargo, en la ley que autoriza al Gobierno para refundir textos, esa capacidad innovadora del ordenamiento de que dispone el legislador se reduce al mínimo o, por mejor decirlo, la manera en que la ley delegante de este tipo innova el ordenamiento sólo puede consistir en la introducción de una autorización al gobierno para que refunda una serie de textos que se enumeran. El único resquicio que queda para ejercer una acción normativa que vaya más allá y que es la consistente en «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos» se contempla solo en cuanto habilitación al Gobierno para hacerlo, tal y como establece el artículo 82.5 de la Constitución, en consonancia con la naturaleza delegante de esta ley.³²³ Así las cosas, resulta imposible que a través de una ley de autorización para refundir textos se pueda dar una respuesta legislativa.

1.2. Las leyes orgánicas. Dos supuestos especiales.

Continuando con nuestra exposición, cabe hablar ahora de la figura de las leyes orgánicas, definidas en el artículo 81 de la Constitución en razón a un doble criterio. Uno formal, por cuanto son leyes para cuya aprobación, modificación o derogación se exige mayoría absoluta del Congreso en votación final sobre el conjunto del proyecto; y uno material, al tener reservado el desarrollo de una serie de materias.³²⁴

³²³ *Ibid.*, págs. 211 y ss.

³²⁴ El propio artículo 81.1 establece alguna de estas reservas: desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, aprobación de los Estatutos de Autonomía y del régimen electoral general. No obstante, el número de reservas es mucho más amplio y está distribuido a lo largo de la Constitución. Un catálogo completo puede encontrarse en MUÑOZ MACHADO, Tratado de derecho..., *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, pág. 68.

Ninguna de estas circunstancias pone en duda su carácter de ejercicio de la potestad legislativa otorgada a las Cortes Generales en los mismos términos ya vistos para las leyes ordinarias. Sin embargo, es preciso apuntar que el Tribunal Constitucional ha desarrollado un concepto material de la ley orgánica: su utilización se debe limitar en exclusiva al desarrollo de las materias que le vienen reservadas (STC 51/81, de 13 de febrero), incurriendo en inconstitucionalidad toda regulación ajena a las mismas.³²⁵

Así se da un desgajamiento en la forma de ley, creándose dos compartimentos estancos, correspondiendo uno a la ley ordinaria, y otro a la ley orgánica,³²⁶ que ha llevado a distinguir entre un «legislador ordinario» y un «legislador orgánico». Distinción de carácter limitado y más bien práctico, como expresión de los condicionamientos materiales y procedimentales que afectan a las Cortes Generales en su ejercicio de la potestad legislativa.

³²⁵ Esta doctrina es una reacción contra la llamada concepción formal de la ley orgánica, según la cual la simple aprobación de cualquier materia con tal forma la dotaría de fuerza pasiva frente a la ley ordinaria, constituyéndose así en una nueva categoría normativa intermedia entre la Constitución y la ley. El Tribunal Constitucional rechazó tal concepción por entender que podría suponer una petrificación abusiva del ordenamiento jurídico «en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del estado» (STC 51/81, de 13 de febrero, FJ 21). Sobre la concepción formal de la ley orgánica, mantenida sobre todo en los inicios de la andadura constitucional, puede consultarse el comentario de bibliografía de BASTIDA FREIJEDO, «Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981.

³²⁶ DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 115. Este autor, por cierto, defendía una concepción puramente procedimental de la ley orgánica. Esta no sería una forma capaz de dotar de rigidez por sí misma a cualquier materia que regulara, sino tan solo a aquella que respetara las reservas. Las normas ajenas al contenido propio de la ley orgánica no serían, por tanto, inconstitucionales, sino que carecerían de la rigidez propia de esta y podrían ser perfectamente modificadas o derogadas mediante ley ordinaria. *Ibidem.*, pág. 113-114.

Toca desarrollar, sin embargo, dos concretas reservas a ley orgánica cuyas especialidades han llevado a que alguna doctrina se plantee su naturaleza legislativa.

A) Los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas.

La primera de ellas es la relativa a los Estatutos de Autonomía contenida en el artículo 147 de la Constitución, que los define como «la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma». De una parte, no ha faltado quien ha visto en esto su consagración como norma constitucional de la respectiva Comunidad Autónoma³²⁷ o, cuanto menos, de su naturaleza de norma cuasi-, para- o semiconstitucional.³²⁸ De otra parte, y en tanto que característica que apuntalaría la tesis anterior, se ha afirmado que los Estatutos de Autonomía son normas de carácter paccionado, pues

³²⁷ En opinión del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, la «inclusión de un Título específico sobre derechos buscaría cumplir una función añadida: darle al Estatuto de Autonomía una apariencia de Constitución, tanto en el sentido federal (Constitución de la Comunidad Autónoma), como en el sentido clásico liberal del artículo 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano (“Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”)). Dictamen 93/2006, de 15 de junio, (Apartado 5. 7º). Han sido críticos con esta posición MUÑOZ MACHADO, «El mito del Estatuto-constitución», *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2006, págs. 709 y ss.; FERRERES COMELLAS, «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña» en FERRERES COMELLAS; BIGLINO CAMPOS y CARRILLO, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, CEPC, 2006, págs. 9-37.

³²⁸ El *Consell Consultiu de Catalunya*, ha afirmado que la Constitución «remitió a decisiones posteriores de los poderes constituidos la concreta determinación de la organización territorial del Estado... consecuentemente los estatutos completan la Constitución y han podido ser calificados como instrumentos de naturaleza “paraconstitucional” o, con mayor precisión, “subconstitucional”, entendiéndose por esta expresión no solo su carácter subordinado a la Constitución, sino también su función de complemento indispensable de la Constitución para la determinación de la estructura territorial del Estado». Dictamen 269/2005, de 1 de septiembre, (Fundamento I).

en su aprobación y reforma se exige la concurrencia de dos voluntades, la autonómica y la estatal.³²⁹

Como es fácil observar, en el primero de los casos no se trataría ya de ejercicio de la potestad legislativa, sino del poder constituyente. Y en el segundo caso, se nos arrojaría también de los límites de la potestad legislativa, configurando la norma como un pacto entre soberanos.³³⁰ Pero ni los Estatutos de Autonomía pueden considerarse normas constitucionales o de naturaleza constitucional fruto de una soberanía escindida de aquella que se otorga en exclusiva al pueblo español en el artículo 1.2 de la Constitución, ni tampoco pueden ser normas pactadas que desconocen el proceso de descentralización por desagregación español para poner a los poderes del Estado en su conjunto y de las Comunidades Autónomas a un mismo nivel.³³¹

³²⁹ Vid. TRUJILLO, «Los Estatutos de Autonomía como “Leyes Orgánicas reforzadas”», en AAVV, *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos Jurídicos y Perspectivas Políticas*, Vol. I, Granada, Parlamentos vasco, catalán, gallego y andaluz, 1984, pág. 6; RUIPÉREZ Y ALAMILLO, «Algunas cuestiones sobre el régimen constitucional de los Estatutos de Autonomía: naturaleza jurídica y peculiaridades de la norma institucional básica de las comunidades autónomas. Especial consideración a su carácter consensual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, págs. 793-811. También el Consejo Consultivo de Andalucía habla del «carácter pactado o bilateral del mismo [el Estatuto], en tanto que la conformación de los Estatutos es fruto de la concurrencia de la doble voluntad estatal y territorial», Dictamen 72/2006, (F. II, 2). En similares términos el Consejo Consultivo de Canarias, que incluso reserva un apartado específico a la cuestión, Dictamen 68/2006, (F. II, 5).

³³⁰ RUIPÉREZ Y ALAMILLO, *op. cit.*, pág. 794.

³³¹ Según AGUADO RENEDO, «el entendimiento del Estatuto como paccionado comporta una perecuación de las posiciones de la Comunidad Autónoma y del Estado, elevando a aquélla y descendiendo a éste para ubicarlos en una posición de “tú a tú”». En un «sistema de descentralización por desagregación» como el español, continua el autor, no es posible que se de esa igualdad, en tanto que es inevitablemente «la unidad territorial superior la que necesariamente ostenta el protagonismo en el proceso descentralizador», protagonismo este que «no puede ser en nuestro caso más evidente, atendidas las formas de generación de las Comunidades Autónomas y el ámbito competencial que pueden asumir, puesto que aquella generación y este ámbito se encuentran radicalmente condicionados desde la perspectiva jurídica por lo que decida el Parlamento estatal mediante su forzosa intervención en forma de ley orgánica», «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reformas»,

En este sentido afirma el magistrado disidente don Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL en su voto particular a la STC 247/2007 que «los Estatutos no son una norma paccionada ni sus fases de elaboración [...] pueden definirse como un procedimiento paccionado y ello porque fundamentalmente no existe pacto ninguno entre dos voluntades sino indiscutible manifestación de la de quien tiene atribuida la potestad legislativa del Estado, que son las Cortes Generales. Éstas no pactan con nadie cuando aprueban un Estatuto de Autonomía, por más que ciertas especificidades procedimentales distinguen a estos de las leyes orgánicas ordinarias [...] ello no permite calificar a los Estatutos de Autonomía como normas paccionadas, ni afirmar con carácter general que su aprobación o reforma depende o es el resultado de [...] acuerdos».

En definitiva, las indudables particularidades que tienen los Estatutos de Autonomía en cuanto a su contenido y su procedimiento de aprobación y reforma, no tienen la entidad suficiente para contradecir la previsión constitucional que obliga a tramitarlos como ley orgánica y les concede esta naturaleza. Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Constitucional en cuya STC 31/2010 afirma que «los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano [y] se integran en el Ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica, forma jurídica a la que los arts. 81 y 147.3 CE reservan su aprobación y reforma. Su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas».³³²

Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 17, 2007, pág. 291. No obstante RUIPÉREZ Y ALAMILLO observa que esto es imposible incluso en los Estados federados, por la imposibilidad ontológica que representa el que dos entes territoriales dispongan a la vez de la plena soberanía que les permitiría pactar, y es que esta «como poder absoluto e ilimitado, es, por definición, única e indivisible». *Op. cit.*, pág. 799.

³³² No podemos detenernos en una detallada explicación de cada uno de los pormenores que apuntalan esta conclusión, y que comparto plenamente. Para una exposición detallada de la naturaleza y posición en el ordenamiento del Estatuto de

Queda claro, pues, que a través de los Estatutos de Autonomía puede darse también una respuesta legislativa tal y como ocurre con el resto de leyes orgánicas.

B) La autorización de tratados internacionales que impliquen cesión de competencias a una organización o institución internacional.

La segunda de las reservas a ley orgánica problemáticas de las que hablábamos arriba es la contenida en el artículo 93 de la Constitución, relativa a la autorización de tratados internacionales que impliquen cesión de competencias a una organización o institución internacional. El problema con estos tratados no consiste tanto en que se trate de una norma cuyo origen es ajeno a las Cortes Generales, como en el hecho de que estas no pueden disponer de la misma, en el sentido de participar en las tareas de negociación o de operar modificaciones al texto concluso. Ciertamente es que el artículo 93 habla de «celebración», mientras que el contiguo artículo 94, refiriéndose a otro tipo de tratados, habla de «prestación del consentimiento», lo que puede llevar a pensar que la primera de estas expresiones engloba también los actos de gestión de un tratado. Pero una lectura de los trabajos preparatorios del artículo 93³³³ y su

Autonomía es imprescindible la lectura de AGUADO RENEDO, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1996, y también de este mismo autor y aún más centrado en los problemas que hemos detallado en el texto, «De nuevo sobre...», *op. cit.*

³³³ Expuestos por REMIRO BROTONS, en «Artículos 93 y 94: Tratados internacionales», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, Tomo VII, pág. 510, nota 12: «El Anteproyecto de 5 de enero de 1978 se había limitado (art. 6.3) a establecer la constitucionalidad de los tratados luego contemplados por el vigente artículo 93, sin detenerse en el régimen de su formación, mientras que en otro lugar, al socaire de las competencias del Rey, hacía referencia (art. 55.2) a la celebración y a la conclusión de los tratados, empleando ambos vocablos, aparentemente, como sinónimos para evitar repeticiones. Fue la enmienda 779 (U.C.D.) la que, junto con una reordenación de la materia, propuso entrar en la regulación de los tratados de transferencia de competencias constitucionales a una organización internacional, aludiendo a su

interpretación sistemática con lo dispuesto en el artículo 95.1, que al exigir previa reforma constitucional antes de la celebración de un tratado implica que este esté ya negociado y adoptado, obligan a considerar que la autorización se concede únicamente para la conclusión del tratado.³³⁴ Esta clara limitación en el ejercicio de la potestad legislativa³³⁵ plantea la duda de si no estaremos más bien ante una simple operación de control previa a la celebración del tratado.³³⁶

Las Cortes Generales ejercitan aquí la importante labor de publicitar y dotar de legitimidad democrática la aprobación de estos tratados, aspectos también fundamentales de la función del órgano que representa al pueblo. No otra cosa se ha querido con esta reserva, que por un lado endurece la autorización final de tratados con una fuerte incidencia en el ordenamiento jurídico, y por otro lado posibilita su examen y eventual denuncia por las cámaras. Labor que queda asegurada tanto por la obligación que tienen las Cortes Generales de iniciar el procedimiento de reforma constitucional antes de autorizar un tratado que contenga estipulaciones contrarias a la

celebración, en tanto hablaba de la conclusión de los restantes tratados por motivos idénticos a los del Anteproyecto del 5 de enero. Sobre la base de esta enmienda, la Ponencia redactó el que finalmente fue artículo 93, pero no el artículo 94.1, para el que siguió las enmiendas 272 (Socialistas de Cataluña) y 394 (Socialistas del Congreso), dando pie a la divergencia que ahora consideramos y que, inadvertida, siguió su curso plácidamente».

³³⁴ REMIRO BROTONS, *op. cit.*, pág. 510.

³³⁵ Esta falta de facultades directas en cuanto a la negociación de los tratados no debe considerarse como que las Cortes Generales queden absolutamente al margen de esta materia. Como afirma REMIRO BROTONS, *Ibidem*, págs. 510-511: «En el ejercicio de su potestad legislativa las Cortes pueden, en línea paralela, promocionar la celebración de tratados sobre una materia o con un país determinado, señalar directrices a la negociación, límites a la misma. Remitiendo o reclamando tratados, la legislación ordinaria identifica metas de política convencional, expresa su idoneidad para la solución de los problemas que plantea la interdependencia, la importancia de la cooperación internacional, el propósito de actuarla».

³³⁶ Control complementario al previsto con carácter general frente al Gobierno en el artículo 66.2 de la Constitución y que las Cortes Generales pueden ejercer, este sí, en cualquier momento de la gestación de un tratado.

Constitución; como por la facultad que se les otorga de requerir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando existan dudas sobre esa contradicción; y, ante todo, por la propia posibilidad de que se someta a control de constitucionalidad la ley orgánica que haya autorizado un tratado sin la previa adaptación del texto constitucional.³³⁷

Sin embargo, el problema aquí es en cierto punto similar al que veíamos más arriba con el caso de los Textos Refundidos. El único contenido posible de las leyes orgánicas que estamos comentando es el de autorizar un tratado que se recibe en la misma. La capacidad de innovar el ordenamiento que tiene aquí el legislador se reduce por tanto a la concesión de esa autorización; y la posibilidad de una respuesta legislativa se reduce, en consecuencia, al caso de una Ley Orgánica que venga a autorizar de nuevo la firma de un tratado cuya inconstitucionalidad ya haya sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional -ya sea a través del control previo de tratados o en un recurso *a posteriori* frente a la Ley Orgánica autorizante- y sin que se haya promovido y realizado la necesaria modificación de la Constitución.

El caso de estas Leyes Orgánicas de autorización de tratados nos lleva necesariamente a preguntarnos también por el carácter de la intervención de las Cortes Generales desarrollado en el artículo 94.1 de la Constitución para una serie de tratados distintos de los contemplados en el artículo 93, y para los que solo se exige «previa autorización». Claro está que la función que las Cortes Generales ejercen en uno y otro supuesto es idéntica, y por eso la autorización mediante ley orgánica del artículo 93 tenía todo sentido

³³⁷ En este sentido MUÑOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo IV: El Ordenamiento Jurídico, pág. 21: «Aunque, ciertamente, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 acepta que los recursos de inconstitucionalidad puedan tener por objeto los tratados internacionales [artículo 27.2.c)] parece claro [...] que la declaración de inconstitucionalidad podrá referirse a la compatibilidad con la Constitución de la ley que autorice la celebración del tratado, por haberlo hecho sin la previa adaptación del propio texto constitucional».

cuando su homóloga del artículo 94.1 exigía forma de ley.³³⁸ Es más, el establecimiento en el artículo 74.2 de la Constitución de un procedimiento *ad hoc* para la tramitación de estas autorizaciones que reserva la decisión última, en caso de desacuerdo entre las cámaras, a la mayoría absoluta del Congreso, nos lleva a la paradójica situación de que una autorización del artículo 94.1 puede acabar sujeta a un procedimiento más agravado que una autorización del artículo 93, pues por disposición del artículo 90 de la Constitución, las leyes orgánicas sólo necesitan mayoría simple del Congreso para superar el veto del Senado una vez transcurridos dos meses.³³⁹

Pese a que esta y otras razones pongan de manifiesto la conveniencia de haber reservado las autorizaciones del artículo 94.1 a la ley,³⁴⁰ evidente es que no se ha hecho así. Esto supone un obstáculo insalvable a la posibilidad de admitir que tales autorizaciones puedan dar lugar a una respuesta legislativa.

1.3. El reglamento parlamentario.

Hemos de referirnos ahora de un tipo normativo cuyo encuadre es más complicado, el reglamento parlamentario. La Constitución ha hecho suya la importancia que reviste otorgar a las cámaras representativas la posibilidad

³³⁸ El anteproyecto de la Constitución de 5 de enero de 1978 exigía autorización mediante ley, que desapareció en el anteproyecto de 17 de abril.

³³⁹ Discordancia «corregida» por el artículo 132 del Reglamento del Congreso, que dispone que «la ratificación del texto inicial y consiguiente levantamiento del veto requerirá *en todo caso* el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara».

³⁴⁰ Bien expuestas por SANTAOLALLA LÓPEZ, en «La ley y la autorización de las cortes a los tratados internacionales», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

de autoorganizarse,³⁴¹ elaborando y aprobando sus propios reglamentos. Esta potestad no se confiere, claro está, de manera incondicionada, quedando obligadas las cámaras a respetar la Constitución, especialmente el desarrollo del procedimiento legislativo que ella misma impone, y las concretas reservas que se establecen a favor del mencionado reglamento, en ocasiones determinando parte de su contenido.³⁴²

La aparente posición especial que ocupa el reglamento parlamentario como norma interpuesta para el correcto desarrollo del procedimiento legislativo y como garantía de la independencia de las cámaras es lo que llevó en la doctrina clásica a un sostenido cuestionamiento de su naturaleza.³⁴³ En concreto, se ha hecho especial hincapié en su falta de carácter de ley formal³⁴⁴ por cuanto carecería de sanción y de promulgación o publicación en el diario oficial correspondiente, además de porque, en caso de parlamentos bicamerales, en su aprobación solo interviene la cámara a la que afecta el reglamento y despliega su eficacia únicamente en ella.³⁴⁵

³⁴¹ Vid. DE MIGUEL BÁRCENA, «El reglamento parlamentario en los orígenes del constitucionalismo europeo y español», *Revista de Historia Constitucional*, núm.17, 2016; PÉREZ SERRANO, «Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1959, pág. 103 y ss.

³⁴² Convocatoria de reuniones (artículo 67.3 CE); régimen de acuerdos (art. 79.1 y 2 CE); publicidad de las sesiones plenarias (art. 80 CE); ejercicio de facultades de la Cámara: iniciativa legislativa (art. 87.1 CE), tramitación de las proposiciones de ley (art. 89.1 CE); articulación del control del Gobierno por las Cámaras: interpelaciones y preguntas (art. 111.1 CE); procedimiento de convalidación de decretos-leyes (art. 86.2 CE).

³⁴³ Una exposición de las diversas teorías puede encontrarse en ALZAGA VILLAAMIL, «Contribución al estudio del Derecho parlamentario», *Revista de Derecho Público*, núm. 62, 1976, págs. 24 y ss.; PÉREZ SERRANO, «Naturaleza jurídica...», *op. cit.*, págs. 125 y ss.

³⁴⁴ Sin olvidarnos de que también se ha cuestionado su propio carácter de ley material. *Cfr.* con los materiales señalados en la cita anterior.

³⁴⁵ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Artículo 72.1: Autonomía funcional de las Cámaras: Reglamentaria, Presupuestaria y de Personal», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, Tomo VI, págs. 395 y ss.

Sin embargo, ninguna de estas objeciones es sostenible en la actualidad. Que la cámara correspondiente está desarrollando la potestad legislativa cuando confecciona su reglamento es algo claro, pues no cabría defender que la relación que media entre las mencionadas cámaras y la Constitución tenga una naturaleza diferente cuando desenvuelve la materia reservada al reglamento parlamentario que cuando lo hace en el resto de materias.³⁴⁶ Su pleno carácter legislativo viene confirmado por el hecho de su efectiva publicación en el Boletín Oficial del Estado³⁴⁷ y por su sometimiento a control por parte del Tribunal Constitucional.³⁴⁸ El hecho de que esta potestad se haya atribuido a cada una de las cámaras por separado es algo que responde a la propia lógica material de esta norma y no obsta para que aquellas sean consideradas como legisladores cuando la ejercitan, en lo que es una expresión más de la distribución de la potestad

³⁴⁶ Afirmaba GONZÁLEZ POSADA, que el reglamento parlamentario representaría una «verdadera prolongación de la Constitución», *La crisis del Estado y el Derecho político*, Madrid, Editorial Reus, 2012, pág. 179. Esta lectura no es tampoco sostenible hoy en día, pues nada en la Constitución Española parece indicar que se haya configurado a las cámaras, en cuanto desarrollan su propio reglamento, como un poder constituyente prolongado, entendiéndose mejor la posición de estas normas cuando se les otorga la naturaleza de ley. No obstante, algo de esta apreciación queda, dada la especial transcendencia que para la validez formal de las leyes tiene la materia regulada en estos reglamentos, y que ha llevado al Tribunal Constitucional a considerarlos como parámetro de constitucionalidad en los vicios de procedimiento de una ley (STC 99/1987, de 11 de junio). *Vid.* al respecto BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, págs. 24 y ss.

³⁴⁷ El Reglamento del Congreso de los Diputados fue publicado en el BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1982, y el Reglamento del Senado en el BOE núm. 155, de 30 de junio de 1982, si bien este fue posteriormente derogado, siendo publicado el texto vigente como Texto refundido del Reglamento del Senado, en el BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1994.

³⁴⁸ Expresamente contemplado en el artículo 27.2.d) de la LOTC en lo que parece precisamente una cautela frente a la discutida naturaleza de estos reglamentos parlamentarios.

legislativa entre distintos órganos que ha operado la propia Constitución y que se abordará en profundidad en el capítulo siguiente.³⁴⁹

Por su parte, el Tribunal Constitucional, que nunca ha afirmado expresamente que el reglamento parlamentario sea expresión del ejercicio de la potestad legislativa, ha venido sin embargo a revestirlo del carácter de norma directamente incardinada en la Constitución (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre y 122/1983, de 16 de diciembre) y con rango de ley, para lo que no sería obstáculo el estar «desprovista de la fuerza propia de la Ley» (STC 119/1990, de 21 de junio).³⁵⁰

Queda claro, por tanto, que Congreso de los Diputados y Senado, tanto por separado al aprobar sus propios reglamentos, como conjuntamente cuando se trate del Reglamento de las Cortes Generales, ejercen una verdadera función innovadora del ordenamiento, si bien limitada a la

³⁴⁹ Entenderlo de otra manera nos llevaría al absurdo de afirmar que las cámaras no están legislando cuando aprueban sus propios reglamentos, pero sí cuando se trate de aprobar el reglamento conjunto de las Cortes Generales previsto en el artículo 72.2 de la Constitución.

³⁵⁰ Según GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Artículo 72.1...», *op. cit.*, pág. 407: «Con ello hace alusión al ámbito de eficacia de los reglamentos, restringido a la ordenación interna de la vida de las Cámaras (S.T.C. 44/1995), de modo que sus efectos *ad extra* están limitados a otros órganos en su relación con aquéllas como consecuencia del ejercicio de sus funciones constitucionales». En nuestra opinión esto no puede significar que el reglamento parlamentario carezca de la fuerza propia de la ley. Su especial fuerza pasiva deriva del hecho de que la propia Constitución confiera su aprobación y reforma a cada una de las cámaras en exclusiva y por mayoría absoluta (y a ambas en el caso del reglamento de las Cortes Generales). En cuanto a la fuerza activa, cabe afirmar, como hace RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», *op. cit.*, pág. 422, que carecerían de ella entendida como capacidad de innovar cualquier punto del ordenamiento, pero no así cuando lo que se desarrolla es la materia que le viene reservada. Si lo que se pretende, en cambio, es afirmar que los reglamentos parlamentarios sólo «tienen virtualidad en el seno de cada una de las Cámaras, sin que por tanto el de una de ellas pueda imponer a la otra un determinado itinerario en su actuación» (STC 97/2002, de 25 de abril, FJ 5), estaríamos ante el mismo fenómeno que antes, la fuerza activa o capacidad de innovación del reglamento se limitaría al desarrollo de las materias reservadas en cada cámara y por cada cámara, lo cual no significa ni mucho menos que carezca por completo de la fuerza activa que le otorga el rango de ley.

materia que les es propia, pero perfectamente capaz vehiculizar una respuesta legislativa imputable a un legislador democrático.

1.4. El procedimiento de reforma de la Constitución.

Por último, y ya para finalizar con este apartado, debemos hacer mención al supuesto de la reforma constitucional: atribuyéndose la iniciativa en los mismos términos que para las leyes y consistiendo la principal diferencia procedimental en la exigencia de un mayor respaldo parlamentario, no está de más analizar cuál es la diferencia entre el ejercicio de la potestad legislativa y la de reforma constitucional.

Como hemos avanzado, las diferencias procedimentales no son concluyentes. La Constitución regula dos procedimientos distintos de reforma constitucional, uno que podríamos llamar ordinario, y otro agravado para el caso de reforma total o de reforma de ciertos apartados que se consideran dignos de especial protección. Para el primero de ellos exige el artículo 167 de la Constitución que el proyecto de reforma se apruebe por mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras, con voto dirimente del Congreso por mayoría de dos tercios en el caso de que no haya sido posible llegar a un acuerdo en Comisión y siempre que el texto hubiera obtenido, al menos, la mayoría absoluta del Senado. La exigencia de una mayoría más amplia no es capaz de mutar por sí sólo la naturaleza del procedimiento, como tampoco ocurre cuando se tramitan leyes orgánicas, y lo mismo cabe decir de la previsión de una Comisión, cuya función es acercar posturas entre las cámaras y que no es en absoluto ajena a otros procedimientos parlamentarios (*vid.* artículo 74.2 de la Constitución).

El procedimiento agravado de reforma constitucional regulado en el artículo 168 contempla para su aprobación mayorías aún más amplias, dos tercios de cada cámara, y la disolución de las Cortes, tras lo cual la nueva composición de las cámaras deberá ratificar la decisión, estudiar el nuevo

texto constitucional y aprobarlo, también por mayoría de dos tercios. Descartado ya que la exigencia de mayorías más cualificadas mute la naturaleza del procedimiento, tampoco la exigencia de que el proyecto de reforma sea aprobado de manera sucesiva por dos Cortes Generales conlleva mayor diferencia. El cambio en la composición de las Cortes Generales no solo no implica una transformación en cuanto a sus funciones, sino que además esta renovación, al menos en los Estados democráticos, está implícita en su condición de órgano representativo.

Por otro lado, tampoco el sometimiento de la reforma constitucional a referéndum clarifica las cosas, primero porque el referéndum se celebra sobre el texto ya perfeccionado y aprobado en las Cortes, es decir, una vez ya concluso el procedimiento cuya naturaleza nos estamos precisamente cuestionando. Y segundo, porque ni la celebración de referéndum es en todo caso obligatoria para el caso de reforma constitucional,³⁵¹ ni es privativo de la misma.³⁵²

Así las cosas, la diferencia ha de buscarse en otro lugar: en los términos en que se predica la sujeción de las Cortes Generales a la Constitución en los procedimientos de reforma constitucional, cuestión que depende directamente de la idea que se tenga de las normas constitucionales.

En sistemas en los que predomina un concepto material de Constitución es posible identificar un «núcleo constitucional» que se levanta como verdadero límite al poder de reforma, y que representa la expresión directa

³⁵¹ Se prevé obligatoriamente para el procedimiento de reforma agravado, pero no para el ordinario, donde sólo es potestativo a petición de una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras, dentro de los quince días posteriores a su aprobación (*vid.* artículo 167 de la Constitución).

³⁵² El artículo 92 de la Constitución prevé, con carácter general, que las decisiones políticas de especial trascendencia podrán someterse a referéndum. También exige el artículo 151 de la Constitución un referéndum al texto aprobado por las Cortes de los Estatutos de Autonomía, y el artículo 152.2 para la reforma de los mismos.

de la voluntad soberana del Pueblo.³⁵³ De este modo, no sólo se abre la posibilidad de someter la reforma de la Constitución a control, sino que esto se convierte en una exigencia propia de la democracia.³⁵⁴

Para esta dogmática, las reformas constitucionales se instrumentan a partir de leyes cuya única especificidad es el estar habilitadas por la propia Constitución para modificarla, de modo que no pueden alterar su núcleo duro, materializado en cláusulas de intangibilidad. Siguiendo la muy gráfica expresión de VILLAVERDE MENÉNDEZ, estaríamos ante un «poder constituyente-constituido», y no ante un poder «constituido-constituyente». El legislador se configura como «un poder constituido que bajo ciertas condiciones se eleva a constituyente reformando la Constitución con sus leyes».³⁵⁵

Sin embargo, la Constitución Española no solo no prevé ninguna cláusula de intangibilidad, sino que además el artículo 168 permite una reforma total, y si identifica una serie de materias sensibles no es

³⁵³ Es el caso de Alemania e Italia. Al respecto *vid.* ALÁEZ CORRAL, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000; VILLAVERDE MENÉNDEZ, «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pág. 493.

³⁵⁴ El Tribunal Constitucional de Alemania se ha pronunciado reiteradamente al respecto. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Ibidem*, pág. 493, nota 14, señala la decisión de 30 de junio de 2009 sobre el Tratado de Lisboa, donde aquel Tribunal recuerda la reiterada y arraigada doctrina según la cual «le compete velar en las reformas constitucionales sobre la intangibilidad de la “identidad constitucional” que el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn establece para la República Federal de Alemania». *Cfr.* también con las mencionadas por ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, pág. 391. En cuanto a la *Corte Costituzionale* italiana, la *Sentenza* 1146/1988 establece claramente que «*la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. [...] Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale*».

³⁵⁵ «El control de constitucionalidad...», *op. cit.*, pág. 494.

precisamente para prohibir su modificación, sino para someterla al procedimiento agravado que él mismo regula. No hay en el sistema jurídico español una Constitución material,³⁵⁶ ni las reformas constitucionales son leyes.³⁵⁷

Y así lo ha venido entendiendo, por lo demás, el Tribunal Constitucional. En su sentencia 259/2015, de 2 de diciembre, afirma: «La Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su “revisión total” (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7). [...] Todas y cada una de las determinaciones constitucionales son susceptibles de modificación, pero “siempre y cuando ello no se prepare o defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales”, pero para ello es preciso que “el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a estos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable” (STC 138/2015, de 11 de junio, FJ 4, y jurisprudencia allí citada)».

Por tanto, y en esto coincidimos plenamente con VILLAVERDE MENÉNDEZ, «cuando la CE llama a las Cortes Generales a reformar no está llamando al órgano que hace leyes», sino «al órgano que da cuerpo a la Nación española para ejercer su soberanía empleando el poder de reforma, esto es, la competencia para producir normas

³⁵⁶ *Ibid.*, pág. 494.

³⁵⁷ Hay que señalar que las dos reformas constitucionales efectuadas hasta ahora no han utilizado la denominación de ley, sino simplemente la de reforma: Reforma del artículo 13, Apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de Agosto de 1992, publicada en el BOE núm. 207, de 28 de agosto de 1992; y Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, publicada en el BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011. En la doctrina defiende el carácter de ley de las reformas constitucionales y la posibilidad de someterlas a control de constitucionalidad PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1993 (4ª edición), págs. 41 y ss.

constitucionales». ³⁵⁸ Por mucho que el órgano sea el mismo, y aunque los procedimientos, como hemos visto, no sean en esencia distintos, no se está ejerciendo la potestad legislativa. Aquí las Cortes Generales no están obligadas a respetar la Constitución más que en el seguimiento del procedimiento de reforma establecido, ³⁵⁹ adquiriendo el producto normativo resultante la propia naturaleza de la Constitución e integrándose en ella. ³⁶⁰

No hay duda, por tanto, de que cuando las Cortes Generales ejercen el poder de reforma de la constitución están realizando una operación muy diferente a la de legislar. Pero aún más, ya sabemos que el propósito de la respuesta legislativa no es otro que el de servir de alternativa a la propia reforma constitucional cuando el legislador quiere imponer su interpretación de la Constitución por encima de la dada por el Tribunal Constitucional. Respuesta legislativa y reforma de la Constitución son, en ordenamientos dotados de constitución rígida, dos medios de alcanzar un mismo fin, pero en ningún caso idénticos. Si es indiscutible que al poder de reforma de la Constitución le está permitido operar cambios en la misma con cualquier contenido y, por tanto, también con el objetivo de aquilatar normas anuladas por el Tribunal Constitucional, no puede en cambio decirse sin

³⁵⁸ Y en idéntico sentido REQUEJO PAGÉS, para quién la reforma no puede ser ni lógica ni jurídicamente un producto legislativo, sino un producto constitucional. *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, CEPC, Madrid, 1998, págs. 102 y ss., y «Comentario al artículo 167 CE», en CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Kluwer, Madrid 2008, págs. 2760 y ss.

³⁵⁹ Y aún este, claro está, sólo debe ser respetado en el momento de tramitar la reforma, sin que nada prohíba que el propio contenido de la reforma sea precisamente modificarlo.

³⁶⁰ Quedan en el tintero, no obstante, importantes problemas, de entre los que destaca la posibilidad de someter a control de constitucionalidad las reformas constitucionales a fin de poder fiscalizar su adecuación al procedimiento previsto. *Vid.* VILLAVARDE MENÉNDEZ, «El control de constitucionalidad...», *op. cit.*, págs. 496 y ss., que opina que ni la Constitución ni la LOTC permiten una impugnación directa de las reformas constitucionales, pero sí de los actos de elaboración de las mismas, mediante recurso de amparo por vulneración del *ius in officium*.

más que el legislador pueda realizar esa misma operación de manera válida. No obstante, si algo queda claro, es que el poder de decisión última en el ordenamiento constitucional español recae en el poder de reforma de la Constitución.

Hasta ahora hemos podido comprobar hasta qué punto las Cortes Generales tienen la capacidad de vehicular una respuesta legislativa a una declaración de inconstitucionalidad de la ley. Capacidad de la que, por ahora, no se prejuzga su validez. Sin embargo, en nuestro ordenamiento las Cortes Generales no son el único órgano al que se le atribuye la capacidad de legislar, ni son las leyes de Cortes las únicas que lo conforman. A ello vamos a dedicar el próximo apartado.

2. Multiplicación de los órganos con capacidad legislativa.

2.1. La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas.

Comenzaremos, debido a su importancia, por la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. Aunque la Constitución Española no hiciera expresa mención a ella, podía derivarse de manera inequívoca, al menos para las Comunidades Autónomas de la vía rápida, para las que el artículo 152 preveía la instauración de una Asamblea Legislativa. Pese a alguna reticencia inicial,³⁶¹ pronto se impuso la idea de que la potestad legislativa

³⁶¹ Basadas principalmente en los antecedentes parlamentarios de la Constitución, en especial la redacción del artículo 66.2, que en el Anteproyecto afirmaba que «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa sin perjuicio de lo dispuesto en el título VIII», mientras que la redacción actual, como ya sabemos, afirma que «las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa». Vid. MUCHOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, op. cit., Tomo VI: La Ley, pág. 196.

era generalizable a todas las Comunidades Autónomas,³⁶² en base a argumentos difícilmente soslayables.³⁶³

La totalidad de las Comunidades Autónomas que se han constituido han previsto sus propios parlamentos, a los que han atribuido el ejercicio de la potestad legislativa. Las leyes autonómicas, que como hemos visto encuentran su apoyo directo en la Constitución, tienen el mismo valor que las leyes estatales, con las que se relacionan mediante el principio de competencia.

Los parlamentos autonómicos son, por tanto, al modo en que lo son también las Cortes Generales para la totalidad del pueblo español, cámaras elegidas mediante sufragio universal de los ciudadanos de la respectiva Comunidad Autónoma y que a ellos representan. Mediante el ejercicio de la potestad legislativa que les viene atribuida pueden asimismo vehiculizar una respuesta legislativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley. Y no por cierto necesariamente de una ley de la propia Comunidad Autónoma que responda. Cabe imaginar perfectamente que un parlamento autonómico decida aprobar una ley idéntica o similar en sus efectos a la

³⁶² Los distintos modos de elaboración de los Estatutos no supusieron diferencias relevantes entre ellos. Los Pactos Autonómicos del 81 homogeneizaron el proceso de elaboración de los Estatutos de las Comunidades Autónomas de vía lenta, dotando a todos de una estructura organizativa semejante a la que se preveía en el artículo 152 para los de vía rápida. Más tarde se aprobaron los Pactos Autonómicos del 92, que igualaban a nivel competencial a todas las Comunidades.

³⁶³ Básicamente la necesidad de diferenciar la autonomía reconocida a las Comunidades Autónomas de aquella reconocida a los entes locales; la previsión del artículo 150.1 de la Constitución para que las Cortes puedan dictar leyes marco que faculten a las Comunidades Autónomas para aprobar «normas legislativas de desarrollo»; las leyes del artículo 150.3 para «armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas»; y muy claramente el artículo 153.a) que afirma la capacidad del Tribunal Constitucional de controlar las «disposiciones normativas con fuerza de ley» que dicten las Comunidades Autónomas. *Vid.* FERRANDO BADÍA, «La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», *Revista de estudios regionales*, núm. 7, 1981, págs. 142 y ss.; MUCHOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, págs. 197-198.

que ha sido declarada inconstitucional para otra Comunidad Autónoma o, incluso, efectuar esa misma operación, pero con respecto a una ley estatal.³⁶⁴

Así las cosas, en el marco de la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad quedan también englobadas las Asambleas Legislativas autonómicas en cuanto ejercen la potestad legislativa que les viene atribuida al aprobar leyes autonómicas, incluidos sus propios reglamentos parlamentarios, los presupuestos generales de cada Comunidad Autónoma, y las leyes de delegación en aquellas que lo han previsto,³⁶⁵ en los mismos términos ya vistos para las Cortes Generales

³⁶⁴ Para FERRERES COMELLAS, la estructura federal de un Estado permite de alguna manera rebajar los rigores de la preeminencia interpretativa de los jueces: «En los sistemas federales, para posibilitar un cambio jurisprudencial favorable al legislador no es necesario que el mismo Parlamento estatal que aprobó la ley invalidada apruebe otra de contenido idéntico o similar, pues es probable que en otro Estado de la federación exista una ley parecida, lo que permitirá plantear de nuevo la misma controversia interpretativa ante el juez», «Una defensa de...», *op. cit.*, pág. 44. No obstante, el caso se refiere al de una ley que ya se encuentre en vigor al momento en que se declare la inconstitucionalidad de la ley estatal idéntica o similar, y no al de su aprobación posterior. Por otro lado, resulta complicado imaginar una ley federal y una ley estatal de contenidos idénticos o similares que se hayan dictado sin incurrir en una invasión de competencias de uno de estos entes sobre el otro. En estos casos la inconstitucionalidad de la norma periférica podría derivar directamente de la incompetencia del órgano que la ha aprobado, sin tener que entrar a juzgar su contenido. La situación de la que habla FERRERES COMELLAS se reduciría por tanto al caso de que una ley estatal haya sido declarada inconstitucional por motivos formales distintos a los competenciales y exista otra ley de contenido idéntico o similar en la legislación de un ente periférico. Pero en este caso la sentencia que ha declarado inconstitucional la ley estatal no habrá entrado a juzgarla materialmente ni, por tanto, podrá representar la ley periférica un caso de replanteamiento de aquella, sino precisamente un primer juicio material sobre la misma. Cuestión distinta es el caso de leyes periféricas idénticas o similares a otra de este mismo tipo declarada inconstitucional por motivos materiales. Entonces sí que entra en juego la posibilidad de replantear la cuestión interpretativa a la que hace mención el profesor catalán.

³⁶⁵ Como ejemplos pueden verse el artículo 10.1 a) de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía para Galicia; artículo 44.3 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; artículo 63 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. En la doctrina *vid.* DUQUE VILLANUEVA, «Los Decretos legislativos de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 7, 1986; LASAGABASTER HERRARTE, «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos

en el apartado anterior, y que les son aplicables en su totalidad. En cuanto a los Proyectos o Propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía cabe decir que, a pesar de que a su través el Parlamento Autonómico correspondiente pueda dar forma a una verdadera respuesta legislativa, se trata sin embargo de un tipo normativo que se imputa finalmente a las Cortes Generales, que lo aprueban como Ley Orgánica, tal y como hemos tenido oportunidad de ver más arriba. Esto no quiere decir que para las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la respuesta legislativa sea una operación en todo caso válida. Significa que estas cámaras, en ejercicio de su exclusiva capacidad para iniciar el procedimiento especial de reforma de un Estatuto de Autonomía, pueden vehicular una respuesta legislativa que más tarde las Cortes Generales habrán de aceptar, modificar o anular pero que, en todo caso, a estas les acabará siendo imputada, como órgano de decisión final sobre el contenido de la proyectada reforma y sin cuya participación no puede ser efectivamente aprobada como Ley Orgánica.

Cuestión distinta es la de los Entes Locales, cuya autonomía está reconocida en los artículos 140 y 141 de la Constitución, y de los que cabe decir que no cuentan con potestad legislativa para desarrollar ninguna de las materias de su competencia, teniendo todas sus normas valor reglamentario. Ciertamente es que Provincias, Municipios e Islas tienen una organización democrática y que sus normas no son siempre un mero desarrollo de las leyes estatales y autonómicas,³⁶⁶ pero su subordinación a las mismas es plena.³⁶⁷

leyes y Decretos legislativos en el ámbito autonómico», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 2, 1982.

³⁶⁶ El Tribunal Constitucional en su Sentencia 233/1999, de 16 de diciembre concede un amplio margen operativo para la normativa establecida mediante ordenanza municipal.

³⁶⁷ No obstante, el legislador estatal y autonómico está obligado a respetar la autonomía normativa de los entes locales, e incluso la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, vino a reformar la LOTC para incluir un recurso contra leyes en defensa de la autonomía local. Por otro lado, la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, vino a modificar la LOTC

2.2. La potestad normativa del Gobierno.

A) La legislación delegada.

Como ya sabemos por el apartado anterior, la Constitución permite que las Cortes Generales deleguen la potestad legislativa en el Gobierno, pero además también se le concede la capacidad de aprobar normas con rango de ley en ciertos casos y con ciertas limitaciones.

En cuanto a la delegación legislativa, de ella no cabe afirmar sino que es precisamente eso y no otra cosa: el órgano delegante -las Cortes Generales- delega una potestad, la legislativa, en el órgano delegado -el Gobierno- que pasa a ejercerla en nombre y por cuenta propia, si bien sometido a los términos de la delegación. No se trata, por tanto, de un poder normativo autónomo del Gobierno al que se le otorga el rango de ley, sino de ejercicio de la misma potestad legislativa que le corresponde a las Cortes, y que han decidido delegar.³⁶⁸

Esta delegación se articula a través de dos modalidades de diferente alcance. La primera de ellas es la referida en la primera mitad del artículo 82.2 de la Constitución, y desarrollada en los apartados 3 y 4 de ese mismo

para ampliar el mencionado recurso a la defensa asimismo de la autonomía foral de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco, e incluyó un recurso contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En el propio preámbulo de la Ley Orgánica 1/2010 se confiesa que la naturaleza reglamentaria de estas disposiciones, que supone su residenciabilidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, «contrasta abiertamente con las normas fiscales del Estado, que tienen rango de ley y, por lo tanto, sólo pueden ser impugnadas ante el Tribunal Constitucional». Reforma esta, por cierto, bastante contestada. *Vid.* DUQUE VILLANUEVA, «Los procesos constitucionales de control de las normas forales fiscales vascas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

³⁶⁸ *Vid.* VÍRGALA FORURIA, «La delegación...», *op. cit.*, pág. 226 y DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 183.

artículo, y que consiste en la formación de un texto articulado por parte del Gobierno a partir de unas bases establecidas por las Cortes mediante ley.

Esta figura legal ha sido escasamente utilizada, pero representa un agudo problema en nuestra investigación. Por un lado, ya sabemos que, al aprobar una ley de bases delegante, el legislador tiene libertad suficiente como para formular a su través una respuesta legislativa. En efecto, nada impide que, entre las bases que con carácter genérico guiarán la futura legislación a desarrollar por el Gobierno, se incluyan disposiciones lo suficientemente específicas como para obligar al ejecutivo a dar a luz un Real Decreto Legislativo que incorpore la respuesta legislativa querida por el legislador.³⁶⁹

Por otro lado, esta circunstancia que acabamos de apuntar, unida al hecho de que la legislación emanada por el Gobierno con base en una delegación del legislador se considera como ejercicio de la potestad legislativa originaria de este órgano delegante, y no una potestad legislativa autónoma, obligaría a considerar que el Real Decreto Legislativo que incluya una respuesta legislativa por así venir dispuesto en la Ley de bases, sería de la misma naturaleza que esta, pese a provenir de un órgano distinto; y en concreto pese a provenir de un órgano, el Gobierno, no representativo y que carece de legitimación democrática directa pero que al ejercer aquí la potestad legislativa delegada con un contenido impuesto,

³⁶⁹ Aquí operamos desde presupuestos técnico-formales, pero no nos hemos olvidado de lo que en el capítulo anterior afirmábamos sobre que, en la práctica, el poder legislativo recae en el conglomerado conformado por el Gobierno y su mayoría parlamentaria. Desde luego, resulta difícilmente imaginable un legislador que a través de una ley de bases obligue al Gobierno a adoptar una respuesta legislativa o cualquier otro tipo de legislación que no quiera. Dado el férreo control que el Gobierno suele tener sobre la mayoría parlamentaria, más posibilidades tiene la tesis de que el ejecutivo proponga una ley de bases que el parlamento acabe aprobando cualquiera sea su contenido.

resultaría fraudulento considerar como una operación de distinta naturaleza a la ya realizada en la Ley de bases.³⁷⁰

Ahora bien, es también posible que se apruebe un Real Decreto Legislativo que contenga una respuesta legislativa que ya no sea recepción necesaria de lo dispuesto por el legislador, sino fruto del desarrollo dado por el Gobierno a las bases estipuladas en la delegación. Aquí el Gobierno sigue ejerciendo por delegación la potestad legislativa que corresponde a las Cortes Generales, pero no de manera absolutamente condicionada, sino que puede decirse que la opción por un desarrollo de las bases que implica una respuesta legislativa a una declaración de inconstitucionalidad de la ley es decisión exclusiva del ejecutivo, en el bien entendido de que la posibilidad de su adopción se supone no excede materialmente de lo habilitado en la Ley de bases.

Estas apreciaciones no son del todo novedosas, puesto que el Decreto Legislativo ha presentado ciertos problemas en cuanto a su fiscalización que han obligado a la doctrina a plantearse cuál es su naturaleza normativa. En concreto, se ha tratado de establecer si el Decreto Legislativo es una norma con rango de ley a todos los efectos o si se trata de una norma que tiene ese rango solo en determinados supuestos, teniendo, caso de no cumplirse estos, naturaleza reglamentaria.³⁷¹ La degradación normativa del Decreto Legislativo la defendió GARCÍA DE ENTERRÍA para todo contenido no cubierto por la ley de delegación, es decir, *ultra vires*: el rango de ley del Decreto Legislativo solo sería predicable *intra vires*, puesto que el Decreto no podría darse a sí mismo un rango superior, tal y como ocurriría en caso de dotarse también con rango de ley todo contenido

³⁷⁰ Esto plantea también el no menos agudo problema de la posible extensión de efectos de la inconstitucionalidad de una ley de bases al Decreto Legislativo que en desarrollo de aquella acarree el mismo vicio.

³⁷¹ Vid. VÍRGALA FORURIA, «La delegación...», *op. cit.*, pág. 226 y DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 183.

innovador incorporado por el ejecutivo. Esta teoría pretendía solucionar la falta de fiscalización de los Decretos Legislativos, que no eran susceptibles de enjuiciamiento por los Tribunales ordinarios por aplicación del art. 1 de la antigua Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, ni por una jurisdicción constitucional que, por aquel entonces, no existía.³⁷²

Una vez aprobada la Constitución, la doctrina ha rechazado mayoritariamente esta teoría, habida cuenta de que el artículo 82 de la Constitución establece sin equívocos el rango de ley de las normas emanadas del Gobierno en uso de la delegación legislativa. Sin embargo, la doctrina del *ultra vires* sigue ciertamente viva, puesto que los confusos términos del artículo 82.6 de la Constitución se han interpretado en el sentido de que los Decretos Legislativos pueden ser también controlados por los tribunales ordinarios, en lo que es una expresa excepción al monopolio del que disfruta el Tribunal Constitucional para el control de las normas con rango de ley. Y así lo ha venido entendiendo tanto el propio Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, permitiendo que los tribunales ordinarios inapliquen Decretos Legislativos o incluso que los anulen por *ultra vires*.³⁷³

³⁷² Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1981.

³⁷³ Así, la STC 51/1982, de 19 de julio, proclamaba tempranamente «que el Tribunal Constitucional, cuando se someta a su control de constitucionalidad por la vía procesal adecuada, como lo es en este caso la cuestión de inconstitucionalidad, un determinado Decreto legislativo debe conocer del mismo en razón de la competencia que le atribuyen los artículos 163 de la CE y 27.2.b) LOTC, y ha de resolver (como se dice en el f. 2 de la sentencia antes citada) en base a criterios estrictamente jurídico-constitucionales cimentados en la necesidad de determinar, de una parte, si se han respetado los requisitos formales para el ejercicio de la potestad legislativa por vía delegada y, de otra, si el precepto o preceptos cuya constitucionalidad se cuestione (en este caso la frase final del art. 137 LPL) es por razón de su contenido, contrario a la Constitución. Es cierto que la competencia del Tribunal Constitucional en esta materia ha de ejercerse sin perjuicio de reconocer la de otros Tribunales, e incluso la eventual existencia de otras formas adicionales de control, como dispone el artículo 82.6 de la Constitución» (FJ 1). Vid. al respecto SANTAOLALLA LÓPEZ, «Tribunal constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993, págs. 210 y ss.

Todo esto apuntala, en nuestra opinión, lo que hemos defendido acerca de la posibilidad de que se de una respuesta legislativa a través de un Decreto Legislativo que desarrolla una ley de bases. Si la respuesta legislativa está cubierta por la ley delegante, no cabe sino imputar tal provisión al legislador democrático, y aquí adquiere todo su sentido que el Decreto Legislativo tenga rango de ley y que, al no incurrir en *ultra vires*, será solo fiscalizable por el Tribunal Constitucional. En cambio, cuando la respuesta legislativa se trate de un desarrollo normativo propio del ejecutivo sin amparo en la ley de bases, no debe sino a él imputarse, y entonces tendrá todo sentido que, pese a tener el Decreto Legislativo rango de ley, sea fiscalizable por los tribunales ordinarios, terminando por arrojar este supuesto del esquema propio de la respuesta legislativa.

Mención aparte merece la segunda de las modalidades de delegación legislativa, establecida en la segunda mitad del artículo 82.2 de la Constitución, y desarrollada en su apartado 5, consistente en la refundición por parte del Gobierno de varios textos legales especificados en la ley delegante. Como ya dijimos más arriba, resulta imposible formular una respuesta legislativa a través de una ley de autorización para refundir textos, habida cuenta de su escueto contenido posible.

Sin embargo, la situación es diferente cuando se trata del Decreto Legislativo que desarrolla la ley de autorización. Este Decreto Legislativo no solo tiene rango de ley, sino que a pesar de su escaso contenido innovador del ordenamiento, no deja de ser ejercicio delegado de la potestad legislativa de las Cortes, en tanto que atañe a textos legales; y de la misma manera que no dudáramos del carácter legislativo de una operación así efectuada por las propias Cortes Generales, no cabe hacerlo cuando la operación se delega en el Gobierno.³⁷⁴ Pero además la propia

³⁷⁴ DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 183: «La potestad que el Gobierno ejerce como consecuencia de la delegación no puede calificarse más que de

Constitución prevé en el artículo 82.5 que la delegación se haga también para «regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos», otorgando así una cierta capacidad innovadora al Gobierno.³⁷⁵ Sea como fuere, este pequeño resquicio permite al Gobierno introducir contenidos que innovan el ordenamiento y, aunque es difícil imaginar, también podría introducirse una respuesta legislativa. ¿Pero estaríamos ante una verdadera respuesta legislativa? Ciertamente no. Al igual que ocurre con el supuesto anterior, aquí no cabe sino imputar al Gobierno, y no al legislador, la pretendida respuesta legislativa, que además podría ser controlada por los tribunales ordinarios.

B) La legislación de urgencia.

La previsión del artículo 86.1 de la Constitución permite al Gobierno «en caso de extraordinaria y urgente necesidad [...] dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes». Son

legislativa y desde ningún punto de vista cabe hablar aquí de ejercicio de la potestad reglamentaria. Formalmente el Gobierno no dicta aquí reglamentos, sino disposiciones con el específico *nomen iuris* de decretos legislativos (art.85) y no simplemente decretos, órdenes o cualquier otra denominación típica de los reglamentos; en cuanto a la posición en la jerarquía formal, el art. 82.1 no deja lugar a dudas: “normas con rango de ley”» (la cursiva es del autor).

³⁷⁵ La capacidad innovadora del ordenamiento propia de los Textos Refundidos es algo que queda lejos de estar claro en la doctrina y la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional ha mantenido últimamente que tales textos legales carecen de capacidad innovadora alguna, con la clara voluntad de sostener la extensión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que posteriormente fue refundido, sin que se pidiera la ampliación del recurso al nuevo texto. Sin embargo, llevar esta postura hasta sus últimas consecuencias puede ser problemático. Como ya hemos visto en el texto principal, el Gobierno puede introducir, si bien de manera muy limitada, ciertas innovaciones que comparten el rango de ley del resto de preceptos. Pero además piénsese en la posibilidad de que una disposición que contradiga a otra posterior, pero que no ha sido derogada formalmente, pase a un Texto Refundido. ¿Supondría esto, en virtud del criterio de aplicación temporal de las leyes, que aquel precepto derogado tácitamente vuelve a estar en vigor?, ¿el nulo efecto innovador del Texto Refundido no permite siquiera suponer que la fecha de entrada en vigor de las leyes refundidas es la de esta norma delegada?, ¿es esto un caso de *ultra vires*?

normas de excepción -al menos en la teoría-,³⁷⁶ pero que suponen la atribución al ejecutivo de una potestad legislativa autónoma. Este ejercicio de una potestad propia lo diferencia del Decreto Legislativo, puesto que ya no se trata de ejercer la facultad legislativa de las Cortes Generales previa delegación.³⁷⁷

Su otra característica más importante es la provisionalidad: el Gobierno tiene un plazo de treinta días para remitir el decreto-ley al Congreso para un debate y votación de totalidad en que deberá pronunciarse sobre su convalidación o derogación.

El Gobierno, a través de un Decreto Ley, puede perfectamente responder a una declaración de inconstitucionalidad de una ley. A este instrumento normativo se le otorga además fuerza de ley, pero pese ello, ya no proviene del legislador democrático. Así las cosas, saber si nos encontramos ante una genuina respuesta legislativa dependerá de la efectiva autonomía que el Gobierno tiene al ejercer esta potestad.

La convalidación o derogación por parte del Congreso de los Diputados es un acto necesario, entendiéndose incluso equiparado a la derogación el silencio de la Cámara o un pronunciamiento extemporáneo.³⁷⁸ Esta llamada

³⁷⁶ El propio artículo 86.1 de la Constitución establece que los decretos-leyes «no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general». En cuanto a los límites a la invocación de las razones de extraordinaria y urgente necesidad la casuística es enorme. *Vid.* con carácter general MUCHOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, págs. 97-99 y CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, CEPC, 1997; para un tratamiento más particular de la cuestión ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 191, 2013.

³⁷⁷ DUQUE VILLANUEVA, «El Decreto-Ley», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE, (Dir.), *Comentarios a la...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 220.

³⁷⁸ DUQUE VILLANUEVA, «El Decreto...», *op. cit.*, pág. 233.

al legislador democrático muta notablemente la pretendida autonomía legislativa del Gobierno y del Decreto Ley que en uso de la misma haga emanar. La presencia del Congreso de los Diputados otorgaría así un carácter genuino a la respuesta legislativa dada en un Decreto Ley.

En este punto DE OTTO defendió que es al conjunto integrado por el Gobierno y el Congreso de los Diputados al que se le atribuye una potestad legislativa cuya única merma consistiría en su reducción a casos de extraordinaria y urgente necesidad.³⁷⁹ La cuestión surge precisamente al paso de la previsión del artículo 86.3 de la Constitución, según el cual las Cortes podrán tramitar los decretos-leyes como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia y en el mismo plazo de treinta días que debe observarse para la convalidación o derogación. En concreto, mantener una plena separación entre decreto-ley y ley, pese a no dejar de ser coherente con la atribución al Gobierno de una potestad legislativa autónoma, supondría que la previsión del artículo 86.3 es superflua, pues la posibilidad de sustituir el decreto-ley por una ley que lo derogue es una opción con que las Cortes Generales contarían en todo caso. Tal y como puso de manifiesto el profesor ovetense, este precepto vendría a introducir un nexo distinto al que se produce de manera ordinaria entre el decreto-ley y la ley: «La peculiaridad del procedimiento consiste en que no hay, como ocurriría en la vía normal, un proyecto y un decreto-ley, actos que aun con igual contenido, serían siempre formalmente distintos, sino que hay *un decreto ley que obra al mismo tiempo como proyecto*. [...] El comienzo de la tramitación a que alude el art. 86.3 no significa que se elabore un proyecto de ley de igual contenido que el decreto-ley, sino que el mismo decreto-ley empieza a operar como proyecto de ley».³⁸⁰

³⁷⁹ Como sostiene DE OTTO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pág. 212, el resto de diferencias son sólo relativas: la exclusión de ciertas materias es estructuralmente igual que la producida en la ley ordinaria por la reserva de ley orgánica y la participación del Congreso es un acto más en la formación del decreto-ley, que no es definitivo hasta su convalidación, y no un acto de control por parte del legislador.

³⁸⁰ *Ibid.*, págs. 208-209

Esta idea fue utilizada para refutar la tesis que negaba la posibilidad de subsanar retroactivamente los vicios de inconstitucionalidad que pudieran afectar a un decreto-ley: «Lo que se somete a las Cortes es el decreto-ley también en su calidad de tal, como norma ya vigente en una determinada forma. El decreto-ley es, por decirlo así, proyecto de ley con eficacia normativa anticipada a su aprobación por las Cortes, y, por consiguiente, lo que se somete a la consideración de las Cámaras es tanto la propuesta *pro futuro* como el acto jurídico pasado de haberle conferido vigencia anticipada en la forma de decreto-ley».³⁸¹ Se apoyaba además en que la STC 111/83, de 2 de diciembre, caso Rumasa, afirmaba que «en un procedimiento legislativo que tiene su origen en un decreto-ley se culmina con una ley que sustituye -con los efectos retroactivos inherentes a su objeto- al decreto ley», que no puede entenderse «ajeno a las vicisitudes posteriores que resulten, en general, del ejercicio de las potestades legislativas».³⁸²

La cuestión está lejos de ser pacífica. El Tribunal Constitucional, en la ya mencionada STC 111/83, de 2 de diciembre se pronunció únicamente sobre la constitucionalidad de los preceptos del Decreto-ley impugnado que no habían sido reproducidos en la ley de sustitución, pese a que algunos de ellos se hubiesen recurrido por transgredir los límites que impone el art. 86.1 CE, por lo que en cierta manera vino a admitir efectos sanatorios a la ley de sustitución.³⁸³ Sin embargo, posteriormente se ha pronunciado a favor del control de los Decretos-Ley que hayan sido sustituidos, como

³⁸¹ *Loc. cit.*

³⁸² Sin embargo, esta misma sentencia se ha utilizado también para sostener todo lo contrario (vid. MUCHOZ MACHADO, *Tratado de derecho...*, *op. cit.*, Tomo VI: La Ley, págs. 106-107) y cierto es que el Tribunal Constitucional ha mantenido reiteradamente que la utilización del mecanismo del artículo 86.3 no puede ser nunca óbice para entrar al examen del recto ejercicio de la potestad de emitir decretos-leyes (por todas, STC 182/1997, de 28 de octubre), seguramente apremiado por la práctica parlamentaria de tramitar como ley todo decreto-ley.

³⁸³ DUQUE VILLANUEVA, «El Decreto...», *op. cit.*, pág. 234.

forma de velar por el correcto funcionamiento del sistema de producción normativa y, en concreto, de la adecuación del Decreto-ley a los condicionantes que para la legislación de urgencia se establecen en el art. 86.1 de la Constitución.³⁸⁴

Por lo que hace a nuestro trabajo, la posición más coherente con la llamada que se hace al legislador es la que propugna la separación entre la potestad legislativa del Gobierno y la que ejercen las Cortes. En efecto, estas últimas no vienen sino a legitimar democráticamente la legislación provisional del Gobierno que, mientras tanto, y por mandato de la Constitución, tiene fuerza ley, pero que no puede considerarse completa. Si un Decreto Ley contiene una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad de una ley, podrá ser adoptada por las Cortes a través de su convalidación o tramitación como ley, de manera que la estarán haciendo suya y solo entonces podrá considerarse como una genuina respuesta legislativa. En caso de que se opte por la derogación, el Decreto Ley carecerá de la cobertura del legislador democrático y no podrá considerarse que estemos ante una respuesta legislativa que, precisamente, no ha sido ni ideada ni querida por aquel.

2.3. El derecho de la Unión Europea.

Por último, debemos hacer referencia a la puerta de entrada a otros legisladores que ha supuesto la cesión de competencias prevista en el artículo 93 de la Constitución, concretamente a la Unión Europea. No nos referimos aquí, claro está, a la integración de los tratados, cuestión ya discutida en el apartado anterior, sino al recibimiento del derecho comunitario derivado. Este derecho es fruto de un legislador, el de la Unión Europea, cuyas normas se integran en nuestro ordenamiento. La pregunta

³⁸⁴ *Vid.* entre otras SSTC 182/1997, FJ 1; 155/2005, FJ 2; 239/2005, FJ 2; 237/2012, FJ 2.

es, ¿puede vehiculizarse una respuesta legislativa a través de esta legislación?

Pues bien, que el derecho comunitario sea un ordenamiento autónomo significa, en puridad, que no deriva su validez directamente de la Constitución Española, ni de ninguna otra Constitución, sino que sólo puede ser valorado a través de los criterios establecidos en aquel mismo ordenamiento.³⁸⁵ La cruda realidad es que el ejercicio de la potestad legislativa por parte de un organismo internacional como la Unión Europea deja de ser desarrollo directo de las Constituciones nacionales.³⁸⁶ En otras palabras, estas Constituciones no pueden imponer deberes específicos a los poderes públicos comunitarios, que desde que se procede a la cesión de competencias, están únicamente sujetos a las normas de su propio ordenamiento.

Esto no quiere decir, ni mucho menos, que la legislación europea se cree a espaldas de los Estados miembros. Por un lado, y sin perjuicio de la iniciativa legislativa de la Comisión, los Ejecutivos nacionales tienen una fuerte participación -a través de los grupos de trabajo del Consejo y en el Consejo mismo-, en la elaboración de Reglamentos y Directivas

³⁸⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pág. 512 «Las normas de derecho derivado tienen autonomía propia, en su origen, en su formación, en sus efectos y en su control de legalidad: se deben a los Tratados y no a una concreta Constitución nacional. De ahí que la indagación sobre su validez respecto de una norma superior debe hacerse en relación con los propios Tratados de la Unión: a ellos deben su origen y a ellos deben conformarse. El patrón de la legalidad del Derecho derivado es el Derecho originario, es decir, los Tratados».

³⁸⁶ El Consejo de Estado, en su Informe sobre modificaciones de la constitución española, de febrero de 2006 afirmaba: «Los límites constitucionales a la integración constituyen uno de los puntos centrales de la afirmación del papel que corresponde a la Constitución en relación con el Derecho comunitario. Los límites lo son, en principio, para las autoridades españolas, pues las autoridades comunitarias, en tanto tales, solo están sujetas a los criterios enunciados en los Tratados, sin perjuicio, no obstante, de la relevancia que estos principios pudieran tener en cuanto manifestación de tradiciones constitucionales comunes a los Estados».

comunitarias, a lo que hay que añadir que el Parlamento Europeo no es en absoluto impermeable a los intereses nacionales particulares.³⁸⁷ Y por otro lado, el actual artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea consagra una cláusula de respeto a lo que ha venido a llamarse «identidad constitucional» de los Estados miembros,³⁸⁸ complementada con la referencia del artículo 6 a los derechos fundamentales como parte de la tradición constitucional común de los Estados miembros.³⁸⁹ Pero ni una ni otra de estas razones desvirtúan la plena autonomía del ordenamiento comunitario: la primera por cuanto la composición plurinacional de estos órganos implica una toma de decisiones conjunta que va forzosamente más allá de los intereses de cada estado, y la segunda porque la concreta efectividad del deber de respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros se va construyendo

³⁸⁷ Dado que los Estados miembros funcionan como circunscripción única (con las excepciones de Bélgica, Irlanda, Francia, Italia y Reino Unido, que han dividido su territorio en distintas circunscripciones regionales), y pese a la posterior integración de los diputados en grupos políticos de base no nacional, el elemento particularista está más o menos presente. *Vid.* MARTÍN DE HIJAS MERINO, «Sistema electoral al Parlamento Europeo» en PASCUA MATEO, (coord.), *Estado democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Madrid, Thomson Reuters, 2010; de manera crítica NOHLEN, «Un sistema electoral europeo: la ley electoral europea y el problema de las circunscripciones», en VV.AA., *La crisis del Estado y Europa: (actas del Congreso sobre la Crisis del Estado y Europa celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*, Oñati, Gobierno Vasco - Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, y más recientemente MELLADO PRADO, «El sistema de representación del Parlamento Europeo cuestionado: La ausencia de un procedimiento electoral uniforme», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 33, 2014.

³⁸⁸ En concreto este artículo dice que: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro». Para la evolución y actual configuración de este artículo véase CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, 2013.

³⁸⁹ De ello infieren MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUREAS, *op. cit.*, pág. 504, que «la integración en la Unión no puede suponer en modo alguno una disminución de los derechos fundamentales».

casuísticamente a través del coro formado por el TJUE y los tribunales constitucionales o supremos respectivos.³⁹⁰ Esto es, en nuestra opinión, lo que ha provocado los diversos ensayos de encaje de las constituciones en este nuevo escenario en el que, habiendo sido excluidas en cuanto a condicionante directo del legislador europeo, intentan encontrar un lugar como límite *a posteriori* del mismo.³⁹¹

En todo caso las consecuencias para cuanto estamos estudiando son claras: por mucho que el legislador europeo sea un legislador, no se puede considerar, en rigor, que exista un deber directo para él de desarrollar la Constitución Española. Nuestra norma fundamental acoge e integra el derecho comunitario, pero no al legislador comunitario, operación, por otra parte, que no podría realizar más que a un nivel retórico. En nuestra opinión ahí radica, al menos en parte, la insistencia con que el Tribunal Constitucional se ha negado a conocer de la validez del derecho de la Unión Europea; control que, de llegar a producirse, no podría tener mayor virtualidad que la de declarar la inaplicabilidad de tales normas en el ordenamiento español.³⁹²

En definitiva, faltan aquí los presupuestos necesarios para considerar que estamos ante una respuesta legislativa. Es cierto que hay un legislador, más o menos democrático, que puede introducir teóricamente en nuestro ordenamiento una respuesta legislativa: una ley que venga a reiterar una

³⁹⁰ CRUZ VILLALÓN, «La identidad...», *op. cit.*, págs. 511 y ss.

³⁹¹ Al respecto puede consultarse el interesante trabajo de VECCHIO, *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, BOE, 2015.

³⁹² MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pág. 504, advierten que «si una norma de Derecho derivado viola derechos fundamentales, debe ser eliminada con carácter *erga omnes* en toda la Unión Europea y esto sólo puede hacerse por el Tribunal de Justicia y en ningún caso por los Tribunales constitucionales nacionales pues atentaría a la unidad del Derecho de la Unión, y no aseguraría un pleno respeto al patrimonio común en materia de derechos fundamentales en toda la Unión».

norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Pero este legislador no aplica la Constitución española; no está intentando hacer prevalecer su interpretación de la Constitución por sobre la que ha dado el Tribunal Constitucional. La cuestión queda, pues, extramuros de la respuesta legislativa; la eventual contradicción entre el derecho derivado comunitario y una sentencia del Tribunal Constitucional se habrá de resolver por otros cauces.

Lo dicho hasta aquí es perfectamente predicable de los reglamentos europeos, en cuanto que tipo normativo directamente aplicable en los Estados miembros. Sin embargo, es necesario hacer ciertas matizaciones con respecto a las directivas, cuya singularidad como instrumento jurídico -y a su vez principal diferencia con el reglamento- consiste en prescribir para los Estados una obligación de resultado, pero dejando los medios para su obtención en manos de las autoridades nacionales.³⁹³

Esta actividad de incorporación de las directivas comunitarias al ordenamiento interno está sometida a requisitos jurídicos especificados por las instituciones europeas, relacionados con la consecución de su plena efectividad. En lo que a nosotros más importa el TJUE, y sin perjuicio del respeto a la autonomía institucional de los Estados miembros, ha venido a rechazar que la transposición de una directiva se realice mediante instrumentos sin valor jurídico vinculante.³⁹⁴ Por tanto, la incorporación de

³⁹³ Sobre la directiva puede consultarse LÓPEZ DE LOS MOZOS, *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010; ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos» en ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013. En la doctrina comparada véase CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, Milán, 1983; PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995 y SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, Paris, 1997.

³⁹⁴ Así mediante prácticas administrativas (STJCE de 26 de octubre de 1995, Comisión/Luxemburgo, as. C-151/94, apdo. 18) o circulares (STJCE de 12 de enero de 2006, as. C-132/04, Comisión/España, apdo. 35). *Vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición...», *op. cit.*, págs. 81 y ss.

las directivas al ordenamiento interno debe hacerse mediante normas jurídicas sustantivas.

Todo esto plantea el problema de cuál es la verdadera naturaleza de esta llamada al legislador interno. La propia base de las directivas está en la necesidad de permitir que los Estados miembros dispongan de libertad a la hora de integrar en sus ordenamientos el derecho comunitario de la manera más adecuada, por lo que no se trata de una operación de recepción automática. Es por ello que los poderes públicos de los Estados miembros están sujetos también a condicionantes internos, especialmente los de carácter constitucional. En efecto, que los poderes públicos españoles están sujetos a las previsiones constitucionales cuando desarrollan una directiva europea es algo lógico, pues lo contrario significaría aceptar una modalidad de ejercicio del poder público al margen de la Constitución.

La práctica lo ha confirmado con el seguimiento a la hora de transponer el derecho comunitario del sistema de fuentes establecido en la Constitución Española, siendo cuestión fundamental la distribución de materias entre norma legal y norma reglamentaria, en base a las reservas de ley y con diferimiento al reglamento de los contenidos de menos estabilidad o relevancia.³⁹⁵ Especial importancia reviste también en estados descentralizados el respeto a la distribución de competencias entre los distintos centros de poder, tal y como nuestro Tribunal Constitucional ha venido afirmando.³⁹⁶

³⁹⁵ Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de febrero de 2008, pág. 193.

³⁹⁶ Por todas la STC 236/1991, de 12 de diciembre: «La traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que, de no procederse a su revisión por los cauces correspondientes (artículo 95.1 de la Constitución), no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias; la cesión del ejercicio

En definitiva, cuando en aplicación del sistema de fuentes previsto en la Constitución son las Cortes Generales o los parlamentos de las Comunidades Autónomas,³⁹⁷ los llamados a desarrollar una directiva, pueden perfectamente introducir una respuesta legislativa. La cuestión dependerá, no obstante, del efectivo desarrollo que hagan de las mencionadas directivas.³⁹⁸ Si la respuesta legislativa es inevitable por venir así obligada en el contenido de la Directiva, no cabrá imputársela al legislador, pero si es fruto del desarrollo que haga de aquella, entonces estaremos ante una genuina respuesta legislativa.

de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el artículo 9.1 de la Norma fundamental [...] En suma, la ejecución del derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario; de este modo, en materias de pesas y medidas la ejecución del derecho comunitario se efectuará por las mismas Administraciones que tienen la competencia para realizar análogas o similares actuaciones en el ordenamiento interno, la cual corresponde, si se trata de control metrológico, a las CC.AA. de Cataluña y País Vasco en el ámbito de sus respectivos territorios».

³⁹⁷ Las directivas europeas pueden ser desarrolladas también mediante normas reglamentarias si la materia no está sujeta a reserva de ley.

³⁹⁸ El Consejo de Estado, en su ya citado Informe sobre modificaciones de la constitución española, de febrero de 2006, denunciaba que los parlamentos se ven a veces «forzados a trasponer unas Directivas que cada vez les dejan menor margen de libertad como legisladores estatales, hasta el extremo de que la trasposición se reduce muchas veces a una cuestión de legalidad más que de decisión soberana» (pág. 55). Por otro lado, dado el de complejidad de algunas directivas no es raro en la práctica que se proceda a transponerlas tal cual. *Vid.* ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición...», *op. cit.*, págs. 92 y ss. Para MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *op. cit.*, pág. 499, el procedimiento legislativo no sería «el más idóneo para dar aplicación de manera habitual a las obligaciones de la Unión. Aparte de ser un procedimiento lento y complejo, el carácter soberano del Legislativo es poco compatible con una función subordinada a los principios, objetivos y al contexto de las normas de la UE. Además, éstas son relativamente detalladas por lo que resulta difícil una labor propiamente parlamentaria, o ya no tiene sentido reabrir un debate político y le está vedado alterar el contenido sustantivo. [...] Los procedimientos normativos del Ejecutivo son los que mejor se adaptan en un buen número de casos a la necesidad de dar aplicación concreta a la norma de la Unión».

3. La respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad a través de actos parlamentarios sin rango de ley.

En los subapartados anteriores nos hemos encargado hasta ahora de analizar a través de qué normas con rango de ley puede el legislador vehicular la respuesta a una declaración de inconstitucionalidad. Pero estas normas acabadas con rango de ley a que nos hemos venido refiriendo no son las únicas disposiciones que emanan del legislador.

En primer lugar, el procedimiento legislativo no está comprendido por una única fase, sino que se divide en una serie de otros procesos que dan lugar a actos parlamentarios específicos. En segundo lugar, el parlamento no sólo produce leyes en uso de su función legislativa, sino que también puede aprobar disposiciones sin rango de ley en el ejercicio de su función de control e impulso del ejecutivo. ¿Se puede dar una respuesta del legislador a través de alguna de estas disposiciones sin rango de ley?

En lo que respecta a los distintos actos que forman parte del procedimiento legislativo parece claro que a su través puede darse una respuesta del legislador. Ya sea mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa o de la facultad de enmienda, se pueden introducir en el debate parlamentario contenidos que vengán a reiterar o dar efectos a una norma que haya sido declarada inconstitucional. Pero lo importante aquí no es tanto esa capacidad de vehicular una respuesta del legislador, como la cuestión de si dichos actos tienen una relevancia suficiente como para considerar que tal respuesta tiene siquiera sea una mínima eficacia.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su Auto 135/2004, de 20 de abril, afirmó que los «actos de tramitación insertados en un procedimiento parlamentario, sólo despliegan efectos *ad intra* de ese procedimiento en tanto éste no concluya con la aprobación de la norma que

a su través pretende generarse» (FJ 8). Por tanto, una eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sólo sería relevante en caso de concluir con una resolución, disposición o acto que se integre en el ordenamiento jurídico; cuestión que se deberá verificar en el juicio de inconstitucionalidad que en su caso se inste.

Pero a renglón seguido establece una excepción: la eventual inconstitucionalidad de los actos parlamentarios sí será relevante, aun cuando el procedimiento en el que se insertan no haya finalizado, en caso de que produzcan «una lesión inmediata de derechos fundamentales de los sujetos legitimados para participar en el procedimiento» (FJ 8). Control que deberá verificarse por la vía del recurso de amparo.

En efecto, el hecho de que los mencionados actos parlamentarios se inserten en un procedimiento mayor cuyo perfeccionamiento es aún incierto no los convierte en inocuos. Es a su través, precisamente, que el legislador puede introducir en el debate parlamentario una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. En este sentido, y como tendremos oportunidad de ver en profundidad en el último capítulo de este trabajo, el Alto Tribunal ha desarrollado una jurisprudencia en torno a la palmaria y manifiesta inconstitucionalidad de las iniciativas parlamentarias y su consecuente afectación del *ius in officium* de los parlamentarios garantizado ex artículo 23.2 de la Constitución.

A esta misma conclusión cabe llegar en cuanto a las disposiciones parlamentarias que el legislador puede aprobar en el ejercicio de su función de control e impulso del ejecutivo, tales como las mociones, proposiciones no de ley y resoluciones. El carácter político de estas iniciativas no impide que a su través pueda darse una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad y capaz, igualmente, de afectar al *ius in officium* de los parlamentarios.

Cuestión distinta es la de su impugnabilidad autónoma, a la que el Tribunal Constitucional se ha tenido que enfrentar con motivo de la resolución de procedimientos de impugnación de disposiciones autonómicas interpuestos contra disposiciones del tipo que venimos comentando. La reciente STC 98/2019, de 17 de julio, que resuelve una impugnación de disposiciones autonómicas formulada por el Gobierno de la Nación en relación con diversos apartados de la Resolución 92/XII del Parlamento de Cataluña, de 11 de octubre, de priorización de la agenda social y la recuperación de la convivencia, es buena muestra de ello. Ante el óbice de inidoneidad invocado por el Parlamento de Cataluña consistente en que los apartados de la resolución objeto de la demanda carecen de toda eficacia jurídica, el Tribunal Constitucional resume su doctrina al respecto.

En primer lugar, «la idoneidad de una resolución “como posible objeto del proceso constitucional de los arts. 161.2 CE y 76 y 77 LOTC” depende de los siguientes requisitos: “que posea naturaleza jurídica; que sea, además, manifestación de la voluntad institucional de la Comunidad Autónoma, esto es, que proceda de órganos capaces de expresar la voluntad de esta y no se presente como un acto de trámite en el procedimiento de que se trate [...]” (SSTC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 2, y 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 2)» (FJ 2).

En segundo lugar, la impugnación de resoluciones parlamentarias será admisible si, además de su carácter político, «pueden apreciarse en el acto impugnado, siquiera indiciariamente, capacidad para producir efectos jurídicos». En este sentido, el simple enunciado de una proposición que fuera contraria a la Constitución, no constituiría *per se* objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, pues puede carecer de capacidad para producir efectos jurídicos. Ahora bien, no cabe asimilar sin más los efectos jurídicos de una disposición con su capacidad para vincular: «Una resolución parlamentaria “es capaz de producir efectos

jurídicos propios y no meramente políticos, pues aunque pudiera entenderse carente de efectos vinculantes sobre sus destinatarios –la ciudadanía, el Parlamento, el Gobierno y el resto de instituciones de la Comunidad Autónoma–, "lo jurídico –como afirmamos en la STC 42/2014 (FJ 2)– no se agota en lo vinculante"» (FJ 2).

En definitiva, no cabe sin más negar la capacidad de producir efectos jurídicos de las resoluciones parlamentarias que se dictan en el ejercicio de la función de impulso y control del ejecutivo, sino que habrá que estar al contenido de las mismas. En todo caso, e independientemente de su idoneidad para ser objeto de un procedimiento de control de la constitucionalidad, algo sobre lo que volveremos en el último capítulo, lo que importa aquí afirmar es que a través de estas disposiciones se puede dar una respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad, con independencia de su eficacia.

Capítulo 4

El Tribunal Constitucional: intérprete supremo de la Constitución Española y el veto a la respuesta del legislador.

Hasta aquí hemos ido comprobando poco a poco cómo el ordenamiento español se aleja ostensiblemente del ideal de la objeción contramayoritaria que ya tuvimos oportunidad de analizar con cierta amplitud en la primera parte. La Constitución Española es la norma suprema del ordenamiento y asegura dicha supremacía a través de un procedimiento reforzado de reforma constitucional. Si se quiere ofrecer, desde la teoría general de la objeción contramayoritaria, una justificación a este proceder, no cabría encontrarla sino en el hecho ya apuntado de que la regla de la mayoría se ha autorrefutado: ya defendimos que, a nuestro parecer, la única manera coherente de entender la regla de la mayoría es aquella que la ve como una regla abierta al cambio, de la misma manera que la única manera coherente de entender una constitución democrática es aquella que permite su reforma total, hasta en un sentido antidemocrático. Desde luego, nuestro constituyente ha sido coherente con ello y, a la vez que ha establecido procedimientos reforzados de reforma constitucional, ha asegurado también la posibilidad de reforma total de la Constitución, dotando al ente colectivo «pueblo» -al que otorga la soberanía- de una forma netamente

distintiva con la que ejercer su poder sin más límites que el respeto al procedimiento establecido.

Se podrá alegar, por supuesto, que el proceso constituyente español no respetó precisamente la regla de la mayoría, ni seguramente los valores de fondo que la convierten a ella, y al procedimiento legislativo en que se inserta, en la forma ideal de toma de decisiones. No obstante, y aunque con esto entremos de lleno en el ámbito de la política, no podemos obviar el hecho de que en el proceso constituyente español primó un consenso que dio como resultado un texto con un indudable valor de compromiso y que fue sometido, y esta vez sí por la regla de la mayoría, a la ratificación del pueblo español. Sea como fuere, esta ha sido la decisión del constituyente.

También hemos podido comprobar cómo la práctica de la representación -y esto es algo que afecta a todos los modernos ordenamientos y no sólo al español- aleja a la figura del legislador de aquel ideal que maneja la objeción contramayoritaria, así como hasta qué punto estamos legitimados para sostener sin ambages que la toma de decisiones por la regla de la mayoría es la única idónea. Sin embargo, el legislador no deja de ser en nuestro ordenamiento el intérprete primario de la Constitución: intérprete que por ser el órgano que representa de forma ordinaria al soberano y único legitimado democráticamente de manera directa mediante sufragio universal, ostenta una verdadera libertad de configuración en el ejercicio de la función legislativa, que a él en exclusiva le compete. Libertad de configuración que no puede ser entendida como una capacidad irrestricta de innovación del ordenamiento, pues en el Estado español no cabe asimilar sin más legitimación democrática directa con legitimidad constitucional: toda legitimidad debe pasar necesariamente por el respeto a lo dispuesto en la Constitución española.

Y con esto llegamos ya, no al fin del trayecto, ni mucho menos, pero sí a su culmen. La Constitución española establece como segundo mecanismo de aseguramiento de su supremacía un control de constitucionalidad en manos de un tribunal con capacidad para anular las leyes que se opongan a lo dispuesto en el Texto Fundamental. Y esta decisión es también coherente. Es coherente, desde luego, con la intención de hacer efectiva la distinción entre el poder constituyente y los poderes constituidos, pero también lo es con el modelo de Estado que se configura. Recordemos que al hilo de la exposición sobre la función legislativa y su capacidad para producir respuestas legislativas hemos visto como el Estado español es un Estado compuesto, pudiendo producirse en su interior verdaderos conflictos entre legisladores cuyos productos normativos tienen una misma legitimidad democrática, al igual que puede ocurrir a la hora de cumplir sus obligaciones internacionales. Y recordemos ahora la primera parte de este trabajo, donde nos preguntábamos si quizá estas situaciones no demandaban precisamente la presencia de un Tribunal Constitucional como mejor aseguramiento de la propia democracia mayoritaria.

Es el momento de responder ya a la pregunta de si es legítima la respuesta legislativa a una declaración de inconstitucionalidad de la ley en el ordenamiento español o, en otros términos, saber si el legislador es capaz de imponer su interpretación de la Constitución a aquella dada por el Tribunal Constitucional en un procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes. Para ello empezaremos por analizar las implicaciones que tiene el optar por un modelo de justicia constitucional concentrada; después analizaremos los efectos que la Constitución atribuye a las sentencias del Tribunal Constitucional, operación verdaderamente básica para saber si la respuesta legislativa es plausible y, finalmente, estableceremos cuales son los límites que debe guardar el Alto Tribunal en el ejercicio de su función.

I. Implicaciones de la opción por un modelo concentrado de justicia constitucional en la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional.

La Constitución Española ha establecido un control de constitucionalidad de las leyes en manos de un Tribunal Constitucional especializado al efecto y que se regula en el Título X de aquel texto. Este Tribunal no forma parte del poder judicial español, regulado en un título aparte de la Constitución, pero es un órgano indudablemente jurisdiccional -es decir, adopta la forma de tribunal y ejerce sus funciones como tal-, y ello con independencia de que su función pueda ser más política que jurisdiccional.³⁹⁹

De la simple constatación de que la Constitución española ha establecido un tribunal que realiza un juicio sobre la compatibilidad de la ley con la Constitución, unido a la supremacía sin excepciones de este texto, podría parecer derivarse sin más el hecho de que la inconstitucionalidad de una ley debidamente declarada por el mencionado tribunal deviene definitiva, sin que puedan reintroducirse en el ordenamiento una ley igual, similar o que venga a otorgar efectos a otra ley

³⁹⁹ El carácter político que en multitud de ocasiones tienen las decisiones de la jurisdicción constitucional es algo que en la actualidad se acepta mayoritariamente, además de una cuestión, como afirma RUBIO LLORENTE, «perfectamente ociosa». «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa» en VV.AA. *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Tomo II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pág. 1411 y ss. y también compendiado en *La forma...*, *op. cit.*, págs. 1373 y ss. En un temprano trabajo sobre el Tribunal Constitucional afirmaba GARCÍA PELAYO que no tienen carácter político «aquellas decisiones que significan la mera aplicación de un precepto legal o de un precedente a un supuesto de hecho, y que tienen, en cambio, tal carácter aquellas que se mueven dentro de una esfera en la que la libertad de decisión de los órganos sólo está limitada por la Constitución y los instrumentos normativos previstos por ésta para fijar o regular el ejercicio de sus competencias decisorias, pero que en ningún caso pueden predeterminedar el contenido concreto de la decisión, sino tan sólo quién ha de tomarla, bajo qué formas y con qué límites». Y de ahí llega a la conclusión de que «el Tribunal [Constitucional] participa en las típicas funciones políticas [del Estado], a través del ejercicio de sus competencias de control, pues el ejercicio de control sobre los componentes o relaciones de un sistema es una modalidad de participación en el funcionamiento del sistema». «El “status”...», *op. cit.*, págs. 23 y 25.

previamente declarada inconstitucional: las decisiones del órgano llamado por la Constitución a expulsar del ordenamiento las leyes que la contradicen tendrían plenos efectos frente a todos los poderes públicos, y deben respetarse, siendo la respuesta del legislador tanto como contradecir la propia Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el puesto que este mismo texto otorga al Tribunal Constitucional.

Pero obviamente la cuestión no es tan sencilla. Ya hemos visto en el primer apartado de este trabajo como la objeción contramayoritaria, desde un punto de vista teórico, impugna los dos clásicos instrumentos con los que se pretende asegurar la primacía constitucional por no ser mayoritarios ni, por tanto, idealmente democráticos. Así las cosas, la respuesta legislativa permitiría superar en cierto modo este déficit democrático permitiendo que el legislador pudiera superar una declaración de inconstitucionalidad de una ley aprobando otra igual o similar en sus efectos. Esta ley tendría, obviamente, una mayor probabilidad de ser de nuevo anulada, pero -y esto es lo importante-, la capacidad de toma de decisiones ordinarias finales ya no estaría en manos del Tribunal Constitucional, pues podría ver contestadas sus decisiones. En fin, el cuestionamiento que se hace desde las filas de la objeción contramayoritaria obliga, si no a un replanteamiento, sí al menos a una profunda argumentación acerca de cómo se debe desarrollar esta cuestión en un Estado que se dice democrático.

Ahora bien, esta argumentación pasa también por ser técnica y ajustada a lo establecido por la Constitución, si bien nada se indica expresamente en su texto al respecto. Este problema, desde luego, no es exclusivo de nuestro ordenamiento, ni en derecho comparado se suele ofrecer una respuesta expresa en los textos constitucionales, lo que ha dado lugar a que se ofrezcan soluciones de toda índole.

Para empezar a entender si la respuesta legislativa tiene o no cabida en nuestro ordenamiento debemos continuar analizando el modelo de justicia constitucional que ha establecido la Constitución.

El modelo concentrado, desde un punto de vista ideal, se caracteriza por dos notas precisas: en primer lugar, por la centralización del control de constitucionalidad de la ley en un único órgano, el Tribunal Constitucional, que tiene en exclusiva el poder de declarar inconstitucionales y nulas las leyes que contradigan lo dispuesto en la Constitución. En segundo lugar, por la abstracción del juicio que realiza, y cuyo objeto es siempre la ley, independientemente de que el proceso siga la estructura más kelseniana de control abstracto de compatibilidad entre textos normativos, o bien siga un esquema de control concreto donde el problema de constitucionalidad se suscita en un momento aplicativo. Es decir, el control es abstracto porque el objeto directo es siempre la ley y ha de realizarse un pronunciamiento sobre esa ley y su compatibilidad con la Constitución.⁴⁰⁰

Así las cosas, adquiere una decisiva importancia entender cómo funciona este modelo y por qué se prefiere. Es un modelo con el que se pretende dotar de mayor seguridad jurídica al ordenamiento, sobre todo en sistemas donde no existe una rígida doctrina del precedente que ate a los

⁴⁰⁰ Esto es importante, porque la doctrina y el propio Tribunal Constitucional distinguen entre control abstracto y control concreto según el juicio de constitucionalidad se haya iniciado mediante un recurso o una cuestión, respectivamente. En efecto, el control que deriva de una cuestión, no se puede escindir de las razones concretas que en el juicio *a quo* han llevado al juez a plantearse la constitucionalidad de la norma. Pero ello no impide que el juicio final sea sobre la ley, y no sobre la concreta situación que ha propiciado su cuestionamiento. Como afirma FERRERES COMELLAS, «la finalidad del proceso que se abre ante el TC es determinar si una ley es o no constitucional. El proceso se puede poner en marcha por iniciativa de determinados órganos, sin conexión alguna con un caso concreto (recurso de inconstitucionalidad), o por iniciativa de los jueces ordinarios, a los efectos de poder resolver un caso concreto (cuestión de inconstitucionalidad). Pero en ambos supuestos el objeto del proceso es la ley, y el fallo del TC se refiere exclusivamente a ésta, declarando si es o no compatible con la Constitución.», en «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003, pág. 60.

jueces ordinarios a la jurisprudencia de los tribunales superiores. Y otro aspecto importante que debemos entender también es que el modelo concentrado de justicia constitucional consigue obligar a los jueces sin necesidad de cuestionar su independencia, puesto que la vinculación a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional no se consigue, valga la redundancia, a través de la vinculación a su jurisprudencia -a la parte argumentativa de sus decisiones- sino que se consigue mediante la anulación de una ley, es decir, a través de un acto -de signo negativo, como decía Kelsen- con el que se expulsa una ley del ordenamiento, con lo que los jueces ya no pueden aplicarla.

Viene al caso esta exposición sobre la relación que media entre el tribunal constitucional del modelo concentrado y el poder judicial por cuanto ilustra la -mucho menos estudiada- que media a su vez entre aquellos tribunales y el legislador. De la misma manera que la obediencia de los jueces se consigue mediante la expulsión de la norma del ordenamiento, así ocurre también con el legislador. Es decir, cualquiera sea el valor vinculante que se quiera dar a la interpretación de la Constitución contenida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la decisión anulatoria la que constriñe al legislador y la única que, por tanto, puede tener capacidad suficiente como para limitarlo también *pro futuro*, con independencia del necesario valor informativo del sentido del fallo que aquella jurisprudencia tiene.⁴⁰¹

Por el contrario, en un modelo difuso de control de constitucionalidad de las leyes, la obediencia del legislador a las sentencias de

⁴⁰¹ Afirmaba el famoso profesor italiano PIZZORUSSO que las sentencias del Tribunal Constitucional son fuente del derecho y que su eficacia no es la del precedente, sino «la eficacia *erga omnes* que constituye su alcance específico. [...] la eficacia *erga omnes* atañe al *decisum* de la sentencia y no a su *ratio decidendi* [...], la *ratio decidendi* de la sentencia está asistida únicamente de la eficacia del precedente...», en VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pág. 295.

inconstitucionalidad se busca a través de la vinculatoriedad de la jurisprudencia que sientan, único efecto que en este sistema pueden desplegar, puesto que la ley no queda expulsada del ordenamiento, sino que se interpreta *erga omnes*. El ejemplo paradigmático es, por supuesto, el estadounidense, donde la doctrina discute desde hace años si el Congreso está obligado a seguir la interpretación constitucional dada por el Tribunal Supremo o bien puede insistir en la suya propia, reiterando disposiciones declaradas como no ajustadas a la Constitución. Pero se trata, en definitiva, de una cuestión de vinculación a la jurisprudencia, y no de la mayor o menor expansión que se le quiera dar al fallo anulatorio de las sentencias.⁴⁰²

Y no obstante, en dos de los más recientes trabajos que en nuestra doctrina se han encargado expresamente sobre la cuestión de la respuesta legislativa en España, se observa la tendencia a tratarlo como un tema de vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.⁴⁰³ De esta manera, FERRERES COMELLAS se pregunta por qué iba a vincular la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, habida cuenta que no hay ninguna diferencia estructural entre este tribunal y el Tribunal Supremo, y siendo la tesis tradicional la no vinculatoriedad de la jurisprudencia de este último en un modelo de *civil law*.⁴⁰⁴ Para este autor, que no obstante, llega a la conclusión de que «la jurisprudencia del TC vincula al legislador,

⁴⁰² Sobre el tema puede consultarse el artículo de AHUMADA RUIZ, «City of Boerne v. Flores: la importancia del “candor judicial”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, págs. 339 y ss. Como muy bien expone la autora, el Tribunal Supremo estadounidense ha afirmado en múltiples ocasiones su supremacía interpretativa de la Constitución en el marco de concretas sublevaciones del poder legislativo y ejecutivo contra la autoridad de este Tribunal.

⁴⁰³ Se trata del del ya mencionado artículo de VIVER PI-SUNYER, «Los efectos vinculantes...», *op. cit.*, y del trabajo colectivo VV.AA., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2012.

⁴⁰⁴ FERRERES COMELLAS, «¿Cómo vincula la jurisprudencia constitucional al legislador?», en VV.AA., *Com vinculen...*, *op. cit.*, pág. 13.

[debiendo abstenerse], por regla general, de aprobar leyes que entren en colisión con la jurisprudencia constitucional»⁴⁰⁵, se trata de una cuestión completamente ajena al efecto anulatorio de las sentencias de inconstitucionalidad: «es importante señalar que la pregunta acerca de si la jurisprudencia constitucional tiene fuerza vinculante para el legislador es distinta de la pregunta relativa a si las sentencias que declaran la invalidez de una ley producen el efecto de eliminarla del ordenamiento jurídico. El hecho cierto de que el TC puede expulsar leyes por razones constitucionales nada dice acerca de si la doctrina jurisprudencial que el TC elabora para interpretar la Constitución vincula o no al legislador.»⁴⁰⁶ Y sin embargo, como muy bien hemos visto que afirmaba justo antes, nada parece indicar que se haya de dar un tratamiento especial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto tal.

Lo cierto es que el legislador español introdujo en la redacción original de la LOTC un artículo, el 40.2, por el cual «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad». Esta redacción vino posteriormente a modificarse para incluir todos «los procesos constitucionales»,⁴⁰⁷ en lo que es posiblemente una buena muestra de que la vinculación a las sentencias del Tribunal Constitucional no es el efecto más adecuado para caracterizar la *vis expansiva* de los procesos donde se ventila la constitucionalidad de una ley. Este precepto, bastante controvertido pero cuyo sentido más aceptado por la doctrina es aquel que ve en él un mandato al poder judicial que le obliga a seguir toda

⁴⁰⁵ *Ibid.* pág. 21.

⁴⁰⁶ *Ibid.* pág. 18.

⁴⁰⁷ Mediante el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

interpretación de la Constitución asentada en una sentencia del Tribunal Constitucional independientemente del tipo de proceso o sentido del fallo, ha sido corroborada por el famoso artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a cuyo tenor «la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».⁴⁰⁸

Existe, por tanto, la necesidad de especificar que toda interpretación dada por el Tribunal Constitucional sobre la Constitución vinculará insoslayablemente a uno de los poderes, el judicial,⁴⁰⁹ mención extensible al poder ejecutivo -en cuanto poder sometido a la ley y fiscalizable por los tribunales no tendría sentido afirmar otra cosa- pero no sin más al legislador.

Esto es fácilmente entendible si ponemos en conexión el modelo concentrado de justicia constitucional elegido por el constituyente español -y que no por nada hizo fama en su configuración primigenia como un

⁴⁰⁸ Acerca de la no poco problemática vinculación de los jueces a la doctrina del Tribunal Constitucional puede leerse ARAGÓN REYES, «Relaciones Tribunal...», *op. cit.*, págs. 137 y ss., así como los trabajos incluidos en VVAA, *La casación: unificación...*, *op. cit.*, en especial los de HERRERO-TEJEDOR ALGAR, «La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional», y TORRES-DULCE LIFANTE, «El alcance del efecto vinculante de la doctrina del Tribunal Constitucional».

⁴⁰⁹ Tal y como afirma FERRERES COMELLAS, «más allá del respeto a estos concretos fallos, que versan sobre concretas leyes, ¿por qué debe el juez ordinario seguir la interpretación constitucional del TC, en relación con otras leyes no examinadas por el TC, si juzga incorrecta esa interpretación? Por ello, es posible que, en los países del *civil law* en que se suele afirmar el postulado de que el juez no está vinculado por la jurisprudencia de los tribunales superiores, se tenga que introducir entonces, de manera explícita, una excepción, a favor de la jurisprudencia del TC. Así, en España, el artículo 5.1 de la LOPJ...», «Integración europea...», *op. cit.*, pág. 79.

modelo de «legislador negativo»- con la manera en que opera el legislador. Ya hemos visto que el legislador es un intérprete de la Constitución -el intérprete primario de la Constitución- y que su relación con este texto se caracteriza por la capacidad que le otorga de desarrollarlo sin necesidad de justificar sus decisiones y con el único límite del respeto a lo por aquel dispuesto. Pues bien, cuando el artículo 1.1 de la LOTC define al Tribunal Constitucional como un intérprete -esta vez supremo- de la Constitución, no puede sino estar haciéndose eco de la capacidad que el artículo 164.1 de este mismo texto le otorga para declarar la inconstitucionalidad de una ley con plenos efectos frente a todos.

El Tribunal Constitucional puede expulsar una norma del ordenamiento -el producto interpretativo del legislador-, pero eso sí, no puede hacerlo libremente, es decir, no puede hacerlo sin justificarlo con el propio texto de la Constitución. Esto significa que, al igual que ocurre con el legislador, nos encontramos frente a una interpretación como resultado -el fallo- y una interpretación como proceso -la argumentación, esta vez sí necesaria-. Pero esa interpretación como proceso, esa argumentación, que se vierte no solo en los procedimientos de control de la ley, sino también en el resto de procedimientos que la Constitución o la LOTC ponen en manos del Tribunal Constitucional, debe ser entendida -a riesgo de malinterpretar o forzar el modelo concentrado de justicia constitucional- como la parte informativa del fallo de toda sentencia y del ordenamiento jurídico, excepción hecha de que se establezca disposición en contrario.⁴¹⁰

Y así parece entenderlo la propia Constitución, en cuyo texto sólo se hace referencia a los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional -y no de todas, como tendremos oportunidad de ver-, junto al valor de cosa juzgada. La vinculación de los poderes públicos a su jurisprudencia es una consecuencia no necesaria, sino modulable y

⁴¹⁰ Como hemos visto que ocurre para el poder judicial ex artículo 5.1 LOPJ.

dependiente del tipo de proceso, sentido del fallo y del propio poder público concernido. En un modelo concentrado de justicia constitucional se debe buscar la respuesta a la respuesta legislativa en aquello que le es propio: la expulsión con efectos *erga omnes* de una ley inconstitucional. Por ello la exposición seguirá inmediatamente con el análisis del alcance que tal efecto general de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que la dogmática sobre estas decisiones se complete con la necesaria mención a su efecto vinculatorio y fuerza de cosa juzgada.

II. Los efectos generales de las Sentencias del Tribunal Constitucional: el veto a la respuesta del legislador.

1. La nulidad como efecto *erga omnes* de las Sentencias del Tribunal Constitucional.

El artículo 164.1 de la Constitución Española establece que aquellas sentencias del Tribunal Constitucional «que declararen 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». Queda claro, pues, que toda sentencia en que se concluya la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, produce efectos generales; y ello con independencia de que más adelante debamos también referirnos a la críptica segunda parte del precepto transcrito y que parece otorgar también eficacia general a otro tipo de sentencias.

Pero antes de nada debemos establecer cuál es el alcance concreto de los plenos efectos contra todos que se predicen de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma y que, como hemos podido ver en el apartado anterior, es algo consustancial al modelo concentrado de justicia constitucional. En las gráficas palabras del profesor

GARRORENA MORALES, «la condición de la justicia constitucional como justicia sobre normas [...] comporta la necesidad de que sus decisiones puedan afectar correctivamente a aquel Derecho que se estima constitucionalmente inadecuado. Pero para que ese resultado corrector se obtenga es preciso que tales decisiones estén en condiciones de actuar como si ellas mismas fueran Derecho, esto es, con una eficacia idéntica (quiero decir, coextensa en alcance general y en fuerza de obligar) a la que posee la norma sobre la cual recae dicho veredicto. Sólo así la sentencia constitucional podrá incidir sobre el Derecho contrario a la Constitución con la contundencia requerida».⁴¹¹ Sin embargo, como el propio autor afirma más adelante, haríamos mal en identificar simplemente la fuerza de ley con los efectos generales de las sentencias del Tribunal Constitucional:⁴¹² lo que se nos quiere indicar es que el acto por el cual el tribunal declare la inconstitucionalidad de una norma deberá tener fuerza suficiente como para expulsarla del ordenamiento.⁴¹³

Pues bien, la «eliminación con eficacia erga omnes de enunciados o normas con fuerza de ley como consecuencia necesaria de su contradicción con una norma constitucional»⁴¹⁴ obedece a la necesidad de corregir dicha contradicción. Y dado «que la forma natural y lógica de

⁴¹¹ GARRORENA MORALES, «Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, (dir.), *Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, Tomo XII, pág. 351.

⁴¹² *Op. cit.*, «Artículo 164...», pág. 352.

⁴¹³ Como afirma BENEYTO, haciéndose eco de la situación en Alemania, «en este sentido, la doctrina mayoritaria [...] no equipara la idea de “fuerza de ley” (Geseízeskraft) que va unida a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes con los mismos efectos que poseen las leyes. Su característica esencial sería, sin embargo, la de la “ semejanza de ley” (Gesetzesähnlichkeit), y aunque permanece en todo caso como sentencia, produce una vinculación general, a favor y en contra de todos». «Interpretación constitucional y legitimidad democrática en la obra de Martin Kriele», *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983, pág. 174.

⁴¹⁴ La expresión es de RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional...», *op. cit.*, pág. 38.

alcanzar esa reparación suele consistir en declarar nulo el Derecho contrario a la Constitución», se entiende que la «nulidad sea el formato común y esperable de la eficacia *erga omnes*». ⁴¹⁵

Lo cierto es, no obstante, que la Constitución española no ha consignado expresamente la nulidad como medio reparador de la constitucionalidad de las leyes, si bien tal opción cabe rastrearla en la contundencia con que -como ya hemos visto antes- afirma su supremacía y en conexión con la atribución de efectos generales a las decisiones del órgano llamado a efectuar el control de constitucionalidad: del derecho que contradiga la Constitución, en fin, no cabe esperar sino su expulsión por inconstitucional y nulo. A esta conclusión ha parecido llegar también el legislador, al señalar en el artículo 39.1 de la LOTC que cuando una sentencia, en procedimientos de inconstitucionalidad, declare precisamente la inconstitucionalidad de un precepto, declarará igualmente su nulidad. ⁴¹⁶ La nulidad es, por tanto, el método ordinario de reparación de las situaciones de inconstitucionalidad de las leyes, que deberá tener, como mínimo, el mismo alcance que estas. Pero ahora la pregunta se impone: ¿es la anulación de una ley algo más que un acto de signo negativo con el que se la expulsa del ordenamiento?

⁴¹⁵ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 352, que como bien nos recuerda, ya antes de que existieran los Tribunales Constitucionales escribía James Otis que «an Act against Constitution is void», conclusión que se acogería en la primera sentencia constitucional, la famosa y ya mencionada *Marbury vs. Madison*.

⁴¹⁶ Y ello con independencia de que, como tendremos oportunidad de ver más adelante en este mismo apartado, el Tribunal Constitucional haya hecho una lectura bastante generosa de este artículo que le ha permitido declarar la inconstitucionalidad de preceptos sin que de ello se derive necesariamente la nulidad del mismo.

1.1. Diferencias entre nulidad y derogación: la eficacia *ex tunc* de las declaraciones de inconstitucionalidad.

En primer lugar, cabría comparar la declaración de inconstitucionalidad de una ley con la figura de la derogación. Como afirma acertadamente MORESO MATEOS, «se acostumbra a decir que ambas nociones [derogación y declaración de inconstitucionalidad] conllevan el cese de la pertenencia de una norma a un determinado conjunto de normas (“deja de estar en vigor”, “se expulsa del ordenamiento”, etcétera). Y en este sentido parecen nociones muy cercanas. Sin embargo, a veces las normas derogadas son aplicables —es decir, hay una norma que obliga a los órganos de aplicación a aplicarlas— (por ejemplo, a casos ocurridos durante la pertenencia de la norma) mientras las normas declaradas inconstitucionales, habitualmente se dice, no son más aplicables».⁴¹⁷ Y por otro lado, cabe «la posibilidad de que una norma ya derogada sea declarada inconstitucional, con lo cual —al menos en este caso— la declaración de inconstitucionalidad no puede significar lo mismo que la derogación».⁴¹⁸

⁴¹⁷ Al respecto puede consultarse con provecho DELGADO ECHEVERRÍA, «Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

⁴¹⁸ MORESO MATEOS, «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993, pág. 109. Sobre la posibilidad de que se declarara la inconstitucionalidad y nulidad de normas derogadas se pronunció a favor DÍEZ-PICAZO, en *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990, págs. 227-232. El propio Tribunal Constitucional reconoció tempranamente la distinción entre los efectos de los mecanismos de derogación y declaración de inconstitucionalidad (*vid.* STC 14/1981, de 29 de abril, y STC 140/1986, de 11 de noviembre) y ha declarado en múltiples ocasiones la inconstitucionalidad y nulidad de una norma derogada. Por todas puede citarse la doctrina contenida en la STC 46/2000, de 17 de febrero: «Ha de tenerse en cuenta que si en los recursos de inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de un precepto legal ulterior a su impugnación sólo conlleva la desaparición del objeto de esa impugnación constitucional en los casos en los que pueda excluirse toda aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia (TC SS 160/1987, de 27 Oct., FJ 6; 150/1990, de 4 Oct., FJ 8; 385/1993, de 23 Dic, FJ 2; y 50/1999, de 6 Abr., FJ 9) en las cuestiones de inconstitucionalidad, al depender el fallo del proceso judicial precisamente de la resolución de la citada cuestión, resulta determinante la normativa vigente en aquel momento (en este caso, la norma aplicable al momento de realizarse el hecho imponible,

En efecto, la nulidad que conlleva una declaración de inconstitucionalidad va más allá de la mera derogación del precepto concernido. Y de ello es buena muestra el clásico dilema consistente en saber si la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley produce plenos efectos desde el momento en que dicha ley fue promulgada, o si bien sólo lo hace a partir de aquel pronunciamiento. Entendido que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento y fuente de las fuentes del derecho, habría que aceptar que la respuesta que se impone es la retroacción al momento de promulgación de la ley. Como afirma GARRORENA MORALES, «la regla de derecho contraria a la Ley Fundamental adolece [...] de un vicio esencial que afecta a su validez, esto es, a su legitimidad y no solo a su vigencia, con lo cual nunca ha podido existir como Derecho ni ha estado en condiciones de producir efecto legítimo alguno [...]. De ahí que, contemplado el problema desde este punto de vista, la sentencia del Tribunal Constitucional que estima esa inconstitucionalidad posea carácter *declarativo*, es decir no haga otra cosa que “descubrir” y declarar una condición que preexiste en la norma; a su vez, el efecto causado por semejante vicio o condición defectiva, dada su intensidad, no pueda ser otro que el de la *nulidad ab origine* de dicha regla; y la eficacia de tal declaración deba, en fin, retrotraerse en el tiempo hasta afectar *ex tunc* y *pro praeterito* a las situaciones producidas a su amparo, las cuales habrán de ser así revisadas y, en lo posible vueltas a su estado original».⁴¹⁹ Y sin embargo, esta idea de las cosas ha chocado frecuentemente en la práctica con los altos costes políticos y sociales que tal retroactividad implicaría.⁴²⁰

que no era otra que la L 44/1978) y, en consecuencia, resulta ineludible declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada"» (FJ 2).

⁴¹⁹ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 353. La cursiva es del autor.

⁴²⁰ Así lo reconoce a renglón seguido el autor últimamente citado y así parecía intuirlo el propio fundador del modelo concentrado de justicia constitucional, KELSEN, que dedicó sus esfuerzos a defender el carácter constitutivo de las sentencias que declaraban la

A razón de la doctrina, nuestro texto constitucional, más allá de la mención que el artículo 161.1.a) contiene acerca de que las sentencias ya recaídas no perderán su valor de cosa juzgada por la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no parecería haberse decantado expresamente por ninguno de los dos modelos que venimos comentando.⁴²¹ Y sin embargo, del hecho de que la Constitución es la norma de cuya validez depende el resto, de la indisponibilidad del principio de jerarquía del orden constitucional y de la contundencia con que aquel texto habla de los «plenos efectos frente a todos» de las sentencias del Tribunal Constitucional, parece derivarse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe provocar plenos efectos *ex tunc*.⁴²²

Así parece corroborarlo la LOTC, en cuyo artículo 40.1 establece que «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad»; lo que, leído a *sensu contrario*, da a entender que estas excepciones se establecen por cuanto la regla es la retroactividad de los

inconstitucionalidad de una ley: «En todo caso sería conveniente, en interés de la propia seguridad jurídica, no atribuir, en principio, ningún efecto retroactivo a la anulación de normas generales. Al menos dejar subsistir todos los actos jurídicos anteriormente realizados con base a la norma en cuestión.», «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 289.

⁴²¹ Vid. GONZÁLEZ RIVAS, (dir. y coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010, págs. 456 y ss.; GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 363.

⁴²² Esta es la opinión que defiende GARRORENA MORALES, *Ibid.*, pág. 367.

efectos generales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley.

Y así lo entendió también tempranamente el Tribunal Constitucional, precisamente en un intento de deslindar las categorías de derogación y declaración de inconstitucionalidad, al afirmar en su STC 14/1981, de 29 de abril, que «el tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad varían porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de la nulidad con ineficacia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los arts. 39.1 y 40.1 de la LOTC» (FJ 4).⁴²³ En definitiva, la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos *ex tunc*, y ningún operador jurídico podrá aplicar la norma ni a situaciones acaecidas tras la sentencia, ni a aquellas en que, habiendo ocurrido con anterioridad, les hubiera podido ser de aplicación de no haber sido anulada.

Y todo ello con independencia de que, debido a las dificultades prácticas que implica la retroactividad de la anulación de una ley a que ya se ha hecho referencia más arriba, hayan llevado al Tribunal Constitucional a ir mucho más allá de las concretas excepciones que la Constitución y la LOTC establecen expresamente. La STC 45/1989, de 20 de febrero, vino a inaugurar una nueva jurisprudencia, mantenida hasta nuestros días, por la que se dotaba al propio Tribunal de un amplio margen para determinar libremente los efectos temporales de las sentencias de inconstitucionalidad y ensanchaba el número de situaciones protegidas de irretroactividad. Como bien denuncia GARRORENA MORALES, «las consecuencias de esta nueva forma de plantear la cuestión se han trasladado también,

⁴²³ Línea seguida por otras tantas sentencias, como las SSTC 83/1984, de 25 de julio; 60/1986, de 20 de mayo o 171/1985, de 13 de diciembre.

lógicamente, a la doctrina. El criterio hoy más común en la misma [...] consiste en mantener que en el modelo español los efectos *erga omnes* derivados del fallo de inconstitucionalidad no tienen carácter retroactivo ni llevan a revisar las situaciones producidas al amparo de la ley estimada inconstitucional, salvo que [...] se trate de una norma de carácter sancionador y se den las circunstancias a que se refiere el artículo 40.1 de la LOTC, única excepción de eficacia vuelta hacia el pasado que, por lo tanto, permanece». ⁴²⁴ Sin embargo, como el propio autor defiende más adelante, y como bien se ha argumentado aquí, no es posible mantener esta visión de las cosas. Esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, independientemente de su mayor o menor corrección, no permite excluir todo efecto retroactivo de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley y, ciertamente, el hecho de que se deba dedicar con cierta frecuencia un Fundamento Jurídico a especificar el alcance de tales efectos parece denotar que, de no hacerlo, sería de aplicación la norma general, el artículo 40.1 de la LOTC que, como defendía GARCÍA DE ENTERRÍA, excepciona la retroactividad precisamente porque la presume en lo que no excepciona. ⁴²⁵

1.2. La nulidad como mandato que impide reintroducir el derecho ya declarado contrario a la Constitución.

Constatado que los efectos generales de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley producen efectos *pro praeterito* que van más allá de lo que supondría una anulación de la norma asimilada a los efectos de la derogación, toca ya preguntarse si también los efectos *pro*

⁴²⁴ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 363.

⁴²⁵ «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 61, 1989, pág. 11. Buena prueba de lo dicho es la relativamente reciente STC 59/2017, a cuyo amparo se han venido anulando las liquidaciones dictadas en relación con el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

futuro van más allá de la lógica imposibilidad de seguir aplicando una norma desde el mismo momento en que se expulsa del ordenamiento. En concreto hemos de preguntarnos si esa nulidad con plenos efectos frente a todos implica también la imposibilidad de que en el futuro el legislador pueda aprobar de nuevo una ley idéntica, similar o que venga a dar efecto a la que ya ha sido expulsada. Como sugiere JIMÉNEZ CAMPO, «el pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta [...] una fuerza análoga, aunque de signo opuesto, a la que fue propia de la regla legal enjuiciada; fuerza análoga, no idéntica, porque en estos fallos hay quizás algo más, que nunca estaría en manos del legislador imponer: el mandato de no reactivar la inconstitucionalidad declarada mediante la reiteración de la regla inconstitucional». ⁴²⁶

Pues bien, una vez más podríamos aducir, a la vista de todo lo expuesto en este trabajo hasta el momento, que afirmada contundentemente la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta que es ella misma quien regula las formas de creación del derecho en nuestro ordenamiento y que ha establecido la figura de un Tribunal encargado de declarar y eliminar el derecho inconstitucional, y sentado que esta operación afecta a un legislador que es intérprete primario pero no irrestricto del Texto Fundamental; traído todo esto, decimos, parece que la lectura más congruente de los efectos generales que producen las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley es aquella que ve también un mandato al legislador de no reiterar la ley expulsada.

Pero además podemos encontrar una disposición constitucional que nos indica que esta es la solución más ajustada. Nos referimos al control previo de tratados internacionales regulado en el artículo 95 de la Constitución. En efecto, el primer ordinal de este artículo, asumiendo

⁴²⁶ RUBIO LLORENTE y JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 118.

plenamente el postulado de la supremacía constitucional, establece que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». El ordinal segundo establece quién deberá velar porque se cumpla aquella exigencia: «El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción». El proceso que se establece es claro: El Tribunal Constitucional puede ser requerido para declarar si un tratado internacional es inconstitucional; en caso de serlo, ese tratado no puede entrar a formar parte del ordenamiento jurídico español a no ser que se opere una reforma de la Constitución con la que compatibilizar ambos textos.

Tal y como afirmó el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/1992, de 1 de julio -primera en que se hizo uso del control previo de tratados-, «si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la norma fundamental). De este modo, la Constitución *ve garantizada*, a través del procedimiento previsto en su Título X, *su primacía*, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del Tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo».⁴²⁷

Se conecta, de manera indudable, la indisponible primacía de la Constitución española con la imposibilidad de que pueda ser ratificado un tratado inconstitucional: de las declaraciones del Tribunal Constitucional se deriva un claro mandato que prohíbe a todos los poderes públicos, y por supuesto al legislador, la adopción de un derecho que se ha reputado contrario al Texto Fundamental. Se trata, por tanto, de un procedimiento que innova el ordenamiento jurídico, no expulsando una norma, sino

⁴²⁷ La cursiva es nuestra.

impidiendo su adopción.⁴²⁸ Y este hecho llevó a que el Tribunal Constitucional admitiera en la Declaración a que ya hemos hecho referencia que la misma «es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante [...] y, en cuanto tal, produce "erga omnes" (art. 164.1º in fine C.E.) todos los efectos de la cosa juzgada». Expresión no «demasiado feliz», como bien afirma GARRORENA MORALES, «ya que mezcla confundentemente cosa juzgada y plenos efectos, pero de la que sería un error concluir que reduce la eficacia de tal declaración a los simples efectos de la cosa juzgada [...] cuando es obvio que un pronunciamiento de este tipo se alarga hasta afectar *erga omnes* y negativamente el ordenamiento jurídico, al que impide incorporar las reglas del tratado internacional declaradas inconstitucionales». ⁴²⁹

No por nada la doctrina ha mantenido una abierta polémica con este tipo de control -si bien referido sobre todo al control previo de Leyes Orgánicas previsto en la redacción original de la LOTC y hoy día rescatado en una modalidad más reducida para el control de Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación⁴³⁰- por cuanto podría suponer una distorsión del procedimiento legislativo previsto en la Constitución, al introducir un trámite que puede imposibilitar la adopción de la ley por parte de un órgano ajeno a las Cámaras.⁴³¹

⁴²⁸ Vid. PULIDO QUECEDO, «Artículo 95» en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la..., op. cit.*, Tomo II, págs. 338 y 340.

⁴²⁹ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 356.

⁴³⁰ Según reforma operada por la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación.

⁴³¹ Cuestión especialmente problemática cuando se trata del control previo de leyes, puesto que se trataría de un nuevo trámite que se incorpora entre la aprobación de la ley por el legislador y su sanción. De todo este interesante debate da buena cuenta VILLAVERDE MENÉNDEZ, «El control previo de constitucionalidad de las normas con

Afirmaba MENENDEZ PELAYO, que «en el caso del control llamado preventivo o *a priori* que la Constitución (art. 95.2) y la LOTC (título VI) establecen para los tratados internacionales no ratificados, los proyectos de Estatutos autónomos y (otras) leyes orgánicas, el pronunciamiento de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal tiene como efecto la no admisión de sus normas o de algunas de ellas en el orden jurídico nacional. En este sentido el Tribunal, puesto en acción por los actores legitimados para ello, tiene una intervención en un momento dado del proceso legislativo y actúa como selector o filtro de entrada de normas en dicho orden jurídico».⁴³² Sea como fuere, la oportunidad del control previo -tanto de leyes como de tratados- podrá ser cuestionada, pero no así su constitucionalidad -en el caso, ante todo, del control de tratados-.⁴³³ Lo cual no convierte al Tribunal Constitucional, claro está, en un legislador, ni en un órgano más del proceso legislativo. La decisión con que este tribunal declara la inconstitucionalidad del tratado a ratificar -y ahora también de los proyectos o modificaciones de Estatutos de Autonomía- afecta al ordenamiento, es decir, innova el ordenamiento introduciendo un mandato que prohíbe al legislador adoptar una norma inconstitucional sin reformar previamente el Texto Fundamental. Pero esa innovación del ordenamiento nada tiene que ver con la que el legislador realiza como intérprete primario de la Constitución, dotado de libertad de configuración: no otra cosa cabe decir de un órgano -el Tribunal Constitucional- que debe ser llamado por otros órganos a efectuar su tarea de control y que debe realizar su función

rango de ley. Crónica de un escéptico», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 49, 2014, y a cuya lectura me remito.

⁴³² «El “status”...», *op. cit.*, pág. 26.

⁴³³ Que, según la opinión de PULIDO QUECEDO, *op. cit.*, pág. 340, tan buenos resultados le ha dado pese a su escaso uso -o quizá precisamente por ello, añadimos nosotros- y cuyo anclaje en la Constitución le ha evitado también mayores cuestionamientos.

con pleno sometimiento a la Constitución y, lo que es decisivo, motivando sus decisiones en ella.

En la ya mencionada declaración 1/1992, el Tribunal Constitucional estimó que una estipulación contenida en el futuro Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea era contrario a la Constitución, por lo que no cabía su ratificación hasta que no se hubiera modificado el Texto Fundamental, tal y como así ocurrió.⁴³⁴

El tipo de control que hace el Tribunal Constitucional en el recurso *a priori* no es materialmente distinto del realizado *a posteriori*, diferenciándose tan solo en la configuración del fallo.⁴³⁵ RUBIO LLORENTE llegó incluso a afirmar que, en un modelo de justicia constitucional concentrado, el control previo era lo más coherente.⁴³⁶

⁴³⁴ Mediante la Reforma del artículo 13, Apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de Agosto de 1992.

⁴³⁵ Uno de los reproches a este tipo de control preventivo defiende que con él se cuestiona su condición de recurso jurídico y hace emerger su verdadera naturaleza política. *Vid.* PÉREZ ROYO, «La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978», en VV.AA. *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981, págs. 2193 y ss. y «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1996, págs. 137 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA», *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983, págs. 180 y ss. Lo cierto es que el recurso previo contra leyes orgánicas fue utilizado por algún partido para atacar sistemáticamente su aprobación, lo que acabó desembocando precisamente en la supresión de este procedimiento. Pero este mal uso no significa que el control que vaya a realizar el Tribunal Constitucional preventivamente sea más político o menos jurídico del que debe realizar al conocer sobre la compatibilidad de una ley con la Constitución *a posteriori*, ni que se convierta en una tercera cámara *de facto*.

⁴³⁶ *Vid.* «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 19 y ss. y «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en RUBIO LLORENTE y JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, págs. 155 y ss. Algo de luz puede traernos aquí la experiencia francesa, si bien advirtiendo sobre las grandes salvedades que alejan su modelo de Consejo Constitucional del paradigma del control de constitucionalidad de las leyes, profundizadas tras la instauración en 2008 de la llamada «cuestión prioritaria de constitucionalidad» [al respecto

En fin, se da en nuestra Constitución un claro entendimiento de su propia supremacía como un mandato de exclusión de todo derecho que la contravenga. El órgano encargado de controlar la regularidad de la ley con

puede consultarse ALCOBERRO LLIVINA, «La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011 y BARQUE, «La question nouvelle dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Une critère discret aux effets considérables sur le contentieux constitutionnel», *Revue Française de Droit Administratif*, vol.30, núm. 2, 2014]. Como es sabido, el Título VII de la Constitución francesa de 1958 creó un Consejo Constitucional al que se otorgaba la facultad, entre otras, de pronunciarse sobre la conformidad al Texto Fundamental de «las leyes orgánicas, antes de su promulgación, las proposiciones de ley mencionadas en el artículo 11 antes de que sean sometidas a referéndum, y los reglamentos de las Cámaras parlamentarias, antes de su aplicación» (Artículo 61 de la Constitución francesa). A una decisión de no conformidad con la Constitución de una ley le sigue necesariamente -por mandato expreso del propio texto constitucional y de manera similar a como veíamos que ocurre en nuestro ordenamiento- la imposibilidad de su promulgación o entrada en vigor (Artículo 62).

Pues bien, en la respuesta dada por el Consejo Constitucional francés a una de las preguntas que formaban parte del cuestionario preparado por la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos para la celebración de su XV congreso, celebrado en Bucarest en mayo de 2011, sobre la posibilidad de que el legislador, mediante otro acto legislativo, pudiera aprobar de nuevo una solución legal declarada inconstitucional, responde tajantemente que tal posibilidad está vedada. La autoridad que se atribuye a la decisión del Consejo Constitucional prohíbe al legislador adoptar nuevamente una disposición idéntica a la declarada inconstitucional [«L'autorité qui s'attache à la décision du Conseil constitutionnel interdit que le législateur adopte de nouveau une disposition identique celle qui a été déclarée contraire à la Constitution». El informe presentado por el Consejo, así como el del resto de miembros de la Conferencia, pueden consultarse en *La Justice constitutionnelle. Fonctions et relations avec les autres autorités publiques, XV^e Congrès de la Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes*, Bucarest, Ed. R. A. Monitorul Oficial, 2011, así como en la página web <https://www.confeuconstco.org/fr/common/home.html>]. Una explicación algo más prolija nos la ofrece el propio Consejo Constitucional en la Decisión 89-258, de 8 de julio de 1989, donde dedica un considerando a recordar que el artículo 62 in fine de la Constitución francesa dispone que las decisiones del mentado Consejo se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales -verdadero trasunto de los plenos efectos frente a todos de los que habla nuestra Constitución-; así como que la autoridad de estas decisiones no debe entenderse solo reducida a la parte dispositiva, sino también a los motivos que la sostienen y fundamentan. Y por todo ello se declara como no conforme a la constitución un artículo que viene a ser sustancialmente igual a otro previamente declarado inconstitucional. Ahora bien -afirma también el Consejo- siempre cabrá modificar la Constitución, puesto que la reforma constitucional no puede ser objeto de control [Decisión 2003-469, de 26 de marzo de 2003, Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République].

la Constitución es el Tribunal Constitucional, que de ordinario ejercerá su función *a posteriori* -cuando la ley ya forma parte del ordenamiento jurídico- pero que también puede hacerlo *a priori* -antes de que la norma sea adoptada-, por lo que no es absoluto extraño al diseño de nuestra justicia constitucional, sino más bien propio de ella, que los plenos efectos contra todos que se predicán de la solución reparadora de la inconstitucionalidad no se limiten a una nulidad *pro futuro* que impida toda aplicación, sino también aquella que impide reintroducir un derecho ya declarado contrario al Texto Fundamental.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley contienen así en su fallo anulatorio el mandato de no reiterar o mantener el comportamiento declarado inconstitucional,⁴³⁷ bajo pena de considerar que tal comportamiento solo se excluye para disposición concreta, pudiendo reingresar en el ordenamiento con sólo ser adoptado en un cuerpo legal distinto al anulado y soslayando la única solución que la Constitución ha arbitrado para dar acceso al derecho no conforme con su texto: la reforma constitucional. Esta sería, en definitiva, la última modalidad de eficacia que se predica de la nulidad como efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional.

⁴³⁷ De esta opinión es también GAVARA DE CARA, para quien «el principio del Estado de Derecho a través de la exigencia de seguridad jurídica excluiría tanto la aplicación de la ley inconstitucional como el mantenimiento y la creación de leyes inconstitucionales con el mismo mandato normativo, ya que se trataría de un claro incumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional». A lo que añade más adelante que «el control de constitucionalidad de las leyes es inseparable de las necesidades de generalización y de vinculación de la decisión jurisprudencial al poder público, lo que implica que estos efectos no tengan carácter procesal, a diferencia de lo que sucede con el efecto de cosa juzgada, sino carácter sustancial o material, determinables en obligaciones jurídicas susceptibles de ser ejecutadas», por lo que «la reiteración, el mantenimiento de la lesión o la reproducción de igual comportamiento inconstitucional por el mismo sujeto y con el mismo objeto, teniendo en cuenta la dimensión objetiva de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional es factible extender pro futuro la eficacia del fallo entre las partes a los supuestos de reiteración o mantenimiento de la lesión», *op. cit.*, págs. 241 y 258.

Ciertamente, hay dos tipos de pronunciamientos del Tribunal Constitucional relacionados con la distribución de competencias que apuntan a las claras hacia esta dimensionalización más amplia de la nulidad que estamos manejando. Nos referimos, en primer lugar, a las declaraciones de inconstitucionalidad con nulidad diferida. Se trata de pronunciamientos en los que, constatada la inconstitucionalidad de una ley, se aprecia también que la situación de vacío jurídico que conllevaría su anulación podría provocar graves perjuicios, por lo que se opta por diferir la nulidad en el tiempo hasta que se haya tomado una solución reparadora de la inconstitucionalidad conforme a lo dispuesto en la sentencia.⁴³⁸

Paradigmático es el caso de la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja, resuelto en la Sentencia 195/1998, y en la que el Tribunal Constitucional consideró que la actividad estatal de delimitación del ámbito establecido por la Ley 6/1992, era inconstitucional por invadir competencias de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Sin embargo, ante los graves perjuicios a los recursos naturales de la zona que se podrían derivar de la nulidad inmediata de los preceptos legales considerados inconstitucionales, tuvo que plantearse cuál debería ser el alcance de su declaración de inconstitucionalidad. Constatado que la Comunidad Autónoma de Cantabria no había llevado a cabo la declaración de Parque, Reserva Natural u otra figura similar de la zona en cuestión, arriba a la conclusión de que la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 provocaría una desprotección medioambiental de la zona de la que se derivarían graves perjuicios y perturbaciones, por lo que se decide que «la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las

⁴³⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», *Pensamiento Constitucional*, núm. 15, 2011, págs. 146 y ss.

Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente» (FJ 5).⁴³⁹

Claro está que en este tipo de pronunciamientos se está excluyendo, por un lado, y de manera total e implícita, los efectos hacia el pasado de la nulidad -cuando esta se haga finalmente efectiva no conllevará la nulidad de todo lo efectuado al amparo de la ley declarada inconstitucional- y, por otro lado, de los efectos hacia el futuro que se derivarían de la inmediata expulsión de la norma concernida, cuya efectividad se difiere al momento en que sea corregida la inconstitucionalidad advertida. Pero lo que no se excluye es la dimensión que obliga a que en el futuro no se reitere el derecho declarado como no ajustado a la Constitución. Es más, este es el contenido principal de estos pronunciamientos, a riesgo de considerar que con ellos el Tribunal Constitucional no pretende una verdadera solución reparadora. En los términos del ejemplo que hemos expuesto arriba, la reiteración de la ley declarada inconstitucional por incompetente -situación que podría darse tanto antes como después de que la Comunidad Autónoma haya legislado haciendo así efectiva la nulidad en toda su extensión- es una conducta prohibida para el legislador estatal.⁴⁴⁰

El segundo tipo de pronunciamientos a que nos referíamos es, si cabe, más ilustrativo. Se trata de los casos en que, constatada la inconstitucionalidad de una ley, se declara también su nulidad, pero con una exclusión total de su eficacia hacia el pasado, normalmente por afectar a disposiciones que ya han agotado sus efectos. Así ocurre, por ejemplo, con la STC 190/2002, de 17 de octubre, en la que, tras constatarse la inconstitucionalidad por incompetencia de la disposición adicional segunda

⁴³⁹ *Ibid.*, pág. 148.

⁴⁴⁰ Y le está prohibido incluso antes de que se haga efectiva la nulidad en su extensión hasta entonces excluida puesto que la ley estatal se mantiene con carácter provisional, sin que de ello se pueda derivar que entre tanto no legisle la Comunidad Autónoma la competencia sigue siendo del Estado.

de la Ley 41/1994, y puesto que ésta «ya ha agotado sus efectos», se precisa el alcance del fallo en el sentido de limitarlo «a fijar el alcance de la competencia controvertida y a establecer que los efectos de la nulidad declarada se producirán desde la fecha de la publicación de la presente Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado"» (FJ 9). En este tipo de casos no sólo se excluye toda eficacia de la nulidad hacia el pasado, sino que además -al referirse a una ley que ya ha agotado sus efectos- la nulidad hacia el futuro se corresponde con el no disimulado alcance de establecer únicamente a quién corresponde «la competencia controvertida», en el bien entendido de que al legislador afectado de incompetencia le está vedado reiterar o dar continuidad a la disposición anulada.⁴⁴¹

2. Determinación de las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen plenos efectos frente a todos: la depuración del ordenamiento como criterio.

Ya sabemos -a ellas nos hemos estado refiriendo hasta aquí- que esta forma de eficacia de la que venimos hablando la poseen las sentencias estimatorias recaídas en los procedimientos expresamente habilitados para el control de constitucionalidad de las leyes: el recurso y la cuestión.⁴⁴² También producen efectos *erga omnes*, como hemos visto, la declaración del Tribunal Constitucional que proclama la inconstitucionalidad de las disposiciones de un tratado, puesto que afecta al ordenamiento jurídico con el concreto alcance de vedar su ratificación en tanto la Constitución no sea reformada. ¿Pero son las únicas?

⁴⁴¹ La STC 190/2002, de 17 de octubre, que hemos mencionado, dio pie a una serie de conflictos ante el desconocimiento de la atribución competencial dispuesta en su fallo. *Vid.* SSTC 230/2003, de 18 de diciembre y 158/2004, de 23 de septiembre de 2004.

⁴⁴² GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 355.

Que nos planteemos esta cuestión obedece a dos problemas. Por un lado, y como ya hemos visto, el artículo 164.1 de la Constitución otorga plenos efectos contra todos no solo a las sentencias «que declaren la inconstitucionalidad de una ley», sino también «a todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho», por lo cual -si queremos manejar una dogmática mínimamente rigurosa- habremos de analizar qué otras sentencias irradian esta eficacia y con qué alcance. Por otro lado, conocido es de todos la muy extendida práctica de las que podríamos llamar en su conjunto como sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad⁴⁴³ y de las que, precisamente por faltarles esta nota, cabe plantearse si también -y de qué modo- producen efectos generales.

Empezando por la primera de las cuestiones, debemos afirmar que no poseen eficacia *erga omnes* las sentencias desestimatorias puras. La ambigua expresión que usa el artículo 164.1 al otorgar plenos efectos frente a todos -«y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho»-, así como la no menos generalidad con que el artículo 38.1 de la LOTC afirma que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad [...] producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del ”», podrían dar a entender otra cosa. Sin embargo, estas disposiciones deben leerse conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la LOTC, en tanto precisa que la nulidad -y por tanto la eficacia propia de esta- es una solución que sólo cabe predicar de las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad. En efecto, las sentencias desestimatorias puras no requieren de aquella eficacia, puesto que «cuando una sentencia considera que la norma legal sometida a su juicio se adecúa perfectamente a la Constitución, es esa ley, y no tal sentencia, la que produce -más correcto sería decir, sigue produciendo- efectos generales».⁴⁴⁴

⁴⁴³ *Loc. cit.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*, pág. 357. De la misma opinión es GÓMEZ MONTORO, que afirma que «las sentencias estrictamente desestimatorias no tienen una incidencia especial en el

Y siguiendo con esta idea, es decir, la de que los efectos generales son una forma de eficacia consustancial a los pronunciamientos que, por recaer sobre una norma, precisan valer tanto como esta para proveer su expulsión tanto *pro praeterito* como *pro futuro*, tenemos que estos efectos generales sí acompañan a aquellos procedimientos donde se resuelve la inconstitucionalidad y nulidad de normas sin rango de ley. Así ocurrirá en los conflictos positivos de competencias cuando la sentencia que declare la titularidad de la competencia controvertida acuerde, a su vez, la anulación de una norma;⁴⁴⁵ también en los casos de impugnación de disposiciones sin fuerza de Ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas cuando estas se reputen inconstitucionales y nulas en la sentencia resolutoria y,⁴⁴⁶ en fin, también ocurrirá con las sentencias estimatorias que resuelvan recursos interpuestos contra las Normas Forales fiscales de los Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.⁴⁴⁷

No producirán efectos generales, sin embargo, los conflictos positivos desestimatorios, los que no versen sobre normas, los conflictos negativos o los conflictos en defensa de la autonomía local.⁴⁴⁸ Ni tampoco producirán

ordenamiento: la norma seguirá teniendo la misma eficacia y produciendo los mismos efectos generales que antes del pronunciamiento del Tribunal Constitucional». «Artículo 38» en REQUEJO PAGÉS, (Coord.), *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 568.

⁴⁴⁵ Artículo 66 de la LOTC, en conexión con el artículo 61.3 de este mismo texto legal, que establece para las sentencias resolutorias de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de estas entre sí que «la decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos».

⁴⁴⁶ En sus efectos se remite la LOTC a lo dispuesto para los conflictos.

⁴⁴⁷ Disposición Adicional Quinta de la LOTC que, en sus efectos, se remite igualmente a lo dispuesto para los conflictos (artículos 63 y ss.).

⁴⁴⁸ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 357. Lo cual no quiere decir que en los dos últimos casos mencionados -conflictos positivos que no versan sobre normas y conflictos negativos- no exista también una dimensión objetiva de la decisión a la que llega al Tribunal Constitucional en tanto que intérprete de la Constitución, así como un genuino deber de cumplir lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Lo que quiere decir es que en estos casos la decisión del Tribunal Constitucional no tiene que expulsar una

efectos generales los recursos de amparo, que sin perjuicio de su indudable dimensión objetiva -en la que se profundizó con la reforma de la LOTC de 2007-⁴⁴⁹, se trata de procesos para la protección de los derechos fundamentales, y no de «un mecanismo de depuración abstracta de las disposiciones normativas [...] en las que se basan los actos presuntamente lesivos de tales derechos y libertades».⁴⁵⁰

Mayor enjundia tiene el segundo de los problemas de que hablábamos más arriba, el relativo a las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad.

norma general ni, por tanto, valer como ella e introducir un mandato de no reiteración o mantenimiento del derecho inconstitucional.

⁴⁴⁹ Operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Con ella se introdujo el criterio de la «especial trascendencia constitucional» para la admisión a trámite de los recursos de amparo, con la vista puesta en reducir el alto número de casos que al Tribunal Constitucional llegaban por esta vía. Esta objetivación del recurso de amparo es ya sostenida sin ambages por el propio Tribunal, que en una muy reciente sentencia -la STC 112/2019, de 3 de octubre- ha llegado a afirmar que «tras la referida reforma legal [de 2007], la naturaleza del recurso de amparo ha cambiado y ahora, aunque sigue siendo un recurso de “última instancia”, ya no garantiza en todo caso la tutela de los derechos fundamentales, pues para que este recurso sea admitido a trámite “no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]” (STC 155/2009, FJ 2, entre otras muchas).» (FJ 3). Sobre el particular *vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales», *Fundamentos*, núm. 4, 2006.

⁴⁵⁰ STC 193/1987, de 9 de diciembre, (FJ 6). Ello no quiere decir, como ya apuntamos en el apartado anterior y como tendremos oportunidad de desarrollar más adelante, que la jurisprudencia recaída en este tipo de sentencias no se imponga a los poderes públicos, sino sólo que su manera de obligar no depende de unos efectos *erga omnes* que son consustanciales a la anulación de una disposición general. Esta parece ser la mejor manera de entender la exclusión de este efecto que el artículo 164.1 de la Constitución opera para aquellas sentencias que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. En la misma dirección apunta el artículo 55.2 de la LOTC al prever que «en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno», que resolverá siguiendo el procedimiento previsto para las cuestiones de inconstitucionalidad y cuya decisión, esta vez sí, producirá -para el caso de que declare la inconstitucionalidad y nulidad del precepto controvertido- efectos *erga omnes*.

Se trata de un heterogéneo grupo de pronunciamientos que tienen en común el permitir la pervivencia de los preceptos impugnados, pero de manera condicionada. Ya dijimos que la Constitución no opta necesariamente por la nulidad como solución reparatoria de la inconstitucionalidad; algo que sí hace el artículo 39.1 de la LOTC, por lo que este tipo de sentencias parecerían ir *contra legem*. Ahora bien, que en este tipo de pronunciamientos no se declare la nulidad de un precepto no quiere decir que no se esté expulsando del ordenamiento con efectos generales una conducta inconstitucional.⁴⁵¹ no se está anulando ninguna disposición legal pero tales pronunciamientos innovan el ordenamiento precisamente excluyendo una cierta solución legal.⁴⁵² Sea como fuere, después de una primera etapa de pureza técnica, el Tribunal Constitucional comenzó a hacer uso de este tipo de sentencias.

El primer gran grupo lo conforman las que han venido en llamarse «sentencias interpretativas», y que pueden ser definidas como aquellas en que el Tribunal Constitucional aprecia la inconstitucionalidad de un precepto, pero no en su totalidad, sino solo en cuanto a alguna de las interpretaciones que cabe darle. La generalidad de los Tribunales Constitucionales de nuestro ámbito han acabado haciendo uso de este tipo

⁴⁵¹ Como afirma JIMÉNEZ CAMPO, «las sentencias formalmente interpretativas [...] también “expulsan” normas del ordenamiento [...], so pena de reconocer -lo que no debiéramos- que la opción del Tribunal por este tipo de fallos expresa no el criterio de conservar las disposiciones de ley siempre que ello sea posible, sino un absurdo *non liquet*: la disposición no sería anulada ni confirmada en su plena constitucionalidad, pero tampoco restringida -de modo vinculante- a interpretación alguna. No habría pronunciamiento constitucional». RUBIO LLORENTE y JIMÉNEZ CAMPO, *op. cit.*, pág. 119.

⁴⁵² Así lo sostiene DÍAZ REVORIO cuando afirma que «todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución». «Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas», *Pensamiento Constitucional*, núm. 8, 2002, pág. 187. En este mismo sentido GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 379.

de pronunciamientos.⁴⁵³ Parten, de un lado, de la idea de que la sinonimia que se suele establecer entre «precepto» y «norma» no es tal, puesto que de cada enunciado cabe extraer tantas normas como interpretaciones puedan hacerse de su letra;⁴⁵⁴ y de otro lado, de la propia primacía de la Constitución que, como norma cúspide del ordenamiento, exige la interpretación de las leyes en conformidad con ella. En palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, «en cuanto la Constitución es visualizada como “contexto superior” (*vorrangiger Kontext*) de las demás normas jurídicas, las leyes y restantes disposiciones infralegales han de ser interpretadas forzosamente en consonancia o conformidad con la Constitución».⁴⁵⁵

El Tribunal Constitucional español ha hecho uso de este tipo de pronunciamientos desde el principio. En la mayoría de las ocasiones opta por un fallo de sentido desestimatorio en el que declara que un cierto precepto no es inconstitucional si no se interpreta en un cierto sentido. Sin embargo, no es imposible encontrar sentencias interpretativas estimatorias

⁴⁵³ Que «sono nate da un'esigenza pratica, e non da astratte elucubrazioni teoriche», decía CRISAFULLI, «La Corte Costituzionale ha vent'anni». *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, fasc. 10, 1976, pág. 1703.

⁴⁵⁴ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 368. Así, como nos recuerda FERNÁNDEZ SEGADO, el objeto de procedimientos de inconstitucionalidad son disposiciones y normas, o como señala, sirviéndose de ZAGREBELSKY (*La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, pág. 279), «disposiciones emanadas de acuerdo con el procedimiento previsto por las reglas de producción del Derecho, consistentes en “*formule linguistiche testuali*” y normas expresas en la disposición, obtenidas por medio de la interpretación, o lo que es igual, “disposiciones interpretadas”». «Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas», *La evolución de la...*, *op. cit.*, pág. 1275.

⁴⁵⁵ «El Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, pág. 131. Para este autor, «en la progresiva difuminación de la visión del juez constitucional como “legislador negativo” ha tenido mucho que ver la recepción jurisprudencial por los Tribunales constitucionales del principio de impronta norteamericana de interpretación conforme con la Constitución (Interpretation in harmony with the Constitution), prontamente recepcionado por el BVerfG (Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen), pauta hermenéutica que hunde sus raíces en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (Einheit der Rechtsordnung)». *Loc. cit.*

en las que se declara la inconstitucionalidad de una determinada interpretación del precepto impugnado. Lo importante es advertir que, independientemente del sentido del fallo, en este tipo de sentencias asistimos a una verdadera operación depuradora del ordenamiento. No se declara la nulidad de ningún precepto, pero sí la de una o varias normas que cabe extraer del texto. Es por ello que, para GARRORENA MORALES, este tipo de pronunciamientos producen efectos generales, puesto que innovan el ordenamiento expulsando una determinada norma extraíble de un precepto y, por tanto, necesitan valer como él; de ahí que, además, el tipo de fallo más coherente con este tipo de decisiones sea el estimatorio.⁴⁵⁶ En efecto, este tipo de sentencias producen también plenos efectos contra todos, y de ellas cabe asimismo extraer un mandato que prohíbe al legislador adoptar la solución interpretativa declarada como no ajustada a la Constitución.

Ahora bien, el hecho de que el precepto impugnado siga intacto tiene una consecuencia importante: imposibilita que podamos hablar -al contrario de lo que sucede en los pronunciamientos estimatorios puros- de una prohibición de la reiteración del precepto cuya interpretación ha sido declarada inconstitucional. El mencionado precepto tiene una o varias interpretaciones que son ajustadas a la Constitución y, por tanto, su reiteración es perfectamente posible. Lo que sí queda vedado para el

⁴⁵⁶ «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 380: «En el caso de las numerosas sentencias interpretativas que disimulan la nulidad que producen -verdadero contenido de su decisión- bajo la apariencia de un fallo de carácter desestimatorio [...] la condición *erga omnes* de la eficacia causada por ellas se haría más patente si los Tribunales Constitucionales que prefieren operar así, entre ellos el nuestro, modificaran su práctica y trajeran dichas decisiones a su más coherente formato estimatorio [...]. Con ello, el Tribunal estaría mostrando, en primer lugar, su respeto por la efectiva condición de tales resoluciones, ya que, como es bien sabido, el fallo formalmente desestimatorio en que las mismas concluyen no persigue materialmente otro fin que estimar y producir la inconstitucionalidad parcial del enunciado en cuestión. Se reintegraría además, de este modo, a los demás operadores jurídicos a su legítima condición de intérpretes libres de la ley, habilitados para extraer de ella cuantos potenciales sentidos no hayan sido expresamente inconstitucionalizados por el Tribunal».

legislador es, claro está, insistir en la interpretación o interpretaciones del precepto que han sido expulsadas del ordenamiento.⁴⁵⁷

El segundo grupo de pronunciamientos de inconstitucionalidad sin nulidad es el de las llamadas sentencias de mera inconstitucionalidad. Se trata de casos en los que se aprecia la no conformidad de una ley con la Constitución no por lo que dice, sino precisamente por lo que omite, por lo que el Tribunal Constitucional no puede resolver el problema anulando el precepto o interpretándolo. Por ello, y entendido que lo que se requiere es una actuación positiva sobre la norma, se declara la inconstitucionalidad de la omisión detectada y se llama al legislador para que sea él quien realice la operación de adecuación a la Constitución. «Las “sentencias de mera inconstitucionalidad” son, por lo tanto, una respuesta técnicamente adecuada a los supuestos de inconstitucionalidad *ex silentio* o *por omisión del legislador* [...]. En consecuencia, la que ahora es inconstitucional no es la *norma explícita* (correcta para los objetos que regula) ni tampoco ésta o aquella *norma parcial* implicada en sus significados; la que es inconstitucional es la *norma implícita* en el silencio del legislador que ocasiona la exclusión de [...] supuestos no previstos [...] y cuya inconstitucionalidad, por lo tanto, sólo puede quedar reparada mediante una intervención positiva realizada sobre la ley».⁴⁵⁸

Claro está que en estos casos la nulidad del precepto no es imposible, sino tan sólo inadecuada para salvar su constitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no deja de aislar en este tipo de pronunciamientos una norma implícita que considera inconstitucional, llamando al legislador para su sanación, pero en el bien entendido de que le queda vedado

⁴⁵⁷ Piénsese en una ley que se interpreta en el sentido de excluir cierta competencia para el legislador que la ha dictado. Este podrá, sin duda, reiterarla legítimamente, pero no insistir en el ejercicio de aquella competencia mediante, por ejemplo, su dotación presupuestaria.

⁴⁵⁸ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 370.

adoptar precisamente esa solución reputada como no conforme a la Constitución, a riesgo de dejar en papel mojado el pronunciamiento de inconstitucionalidad. Así las cosas, este tipo de decisiones producen efectos generales en la forma de la norma implícita que se reputa inconstitucional y que se expulsa del ordenamiento.

En definitiva, los plenos efectos contra todos de las sentencias del Tribunal Constitucional están estrechamente relacionados con la necesidad de depurar el ordenamiento de todo derecho que sea reputado como contrario a la Constitución. Toda sentencia que encuentre que un precepto, o una determinada interpretación del mismo, no se ajustan a la Constitución, está innovando el ordenamiento con el concreto alcance de expulsar ese derecho de una vez por todas. Es en este sentido en el que cabe hablar del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, capaz de imponer su decisión a todos los poderes públicos, incluido el legislador, al que le queda impedido adoptar nuevamente un derecho ya declarado inconstitucional, si no es por medio de la reforma del Texto Fundamental.

III. La vinculación del legislador a la doctrina del Tribunal Constitucional: relación entre fallo depurativo, fundamentación y mandato normativo de sus sentencias.

La Constitución española no contiene ninguna mención expresa al efecto vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, este vino a ser incluido en el artículo 38.1 de la LOTC, que junto a la mención al valor de cosa juzgada y a la eficacia general de las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, añade que estas «vincularán a todos los Poderes Públicos»; mención que se repite en el artículo 61.3 de la mencionada ley para las sentencias recaídas en conflictos territoriales y en el artículo 75.bis para los conflictos en defensa de la autonomía local. En apoyo de estos preceptos se suele citar el artículo

161.1.a de la Constitución en cuanto establece que «la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta», así como el ya anteriormente mencionado artículo 40.2 LOTC, por el cual «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad».

Esta figura es una clara influencia del derecho alemán, donde junto al valor de cosa juzgada y a la eficacia *erga omnes* de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se introdujo una tercera forma de eficacia, la vinculación de los poderes públicos a su doctrina,⁴⁵⁹ con la intención de dar respuesta al agudo problema de la necesaria fuerza de obligar que requieren aquellas sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad que acabamos de ver.⁴⁶⁰ El sentido de esta eficacia vinculante de la que venimos hablando es, en palabras de FERNÁNDEZ SEGADO, «la extensión de la fuerza de cosa juzgada personal de las resoluciones (die *Erstreckung der personellen Rechtskraft der Entscheidungen*) frente a todos los órganos estatales (gegenüber allen staatlichen Organen), eficacia vinculante esta que también se extiende a la *ratio decidendi*, o si así se prefiere, a los *tragenden Gründe*, todo lo cual conduce [a] convertir al BVerfG en intérprete determinante (*massgeblicher Interpret*) y guardián de

⁴⁵⁹ Artículo 31.1 de la BVerfGG, que dispone: «Las sentencias del Tribunal Constitucional federal serán vinculantes para los órganos constitucionales de la Federación y de los Estados, así como para todos los Tribunales y para todas las autoridades administrativas».

⁴⁶⁰ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 375. El problema que se plantea, según este autor, es «cómo conseguir la generalizada fuerza de obligar que requiere una innovación tan clara causada sobre el Derecho si, por lo común, estas decisiones se formalizan como sentencias desestimatorias y la modificación que ocasionan en la norma no se expresa en el fallo sino en los fundamentos, y si además seguimos empeñados en sostener que ni aquel tipo de sentencias ni esta motivación poseen eficacia *erga omnes*». *Loc. cit.*

la Constitución (Hüter der Verfassung). De este modo, si en el marco de una decisión de interpretación conforme, el BVerfG declara determinadas interpretaciones, posibles en sí mismas, disconformes con la Constitución, las restantes jurisdicciones no pueden deducir tales “posibilidades interpretativas” (*possibilités d’interprétation*) como conformes a la Constitución». ⁴⁶¹

De esta manera, se diferencia entre dos formas de eficacia propias de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por un lado, aquella que se desprende en cuanto que actúa como órgano innovador del ordenamiento, expulsando normas con plenos efectos frente a todos. Por otro lado, aquella que se deriva en cuanto que intérprete supremo de la Constitución, produciendo una jurisprudencia o doctrina vinculante para todos los poderes públicos. Tal y como afirma GARRORENA MORALES, «esta nueva eficacia de las sentencias constitucionales nace de la condición del Tribunal Constitucional como intérprete superior de la constitucionalidad del ordenamiento y deriva, por tanto, de la preeminencia (esto es, de la capacidad de vincular u obtener seguimiento por parte de los demás poderes) que corresponde a la interpretación constitucional del Derecho por él realizada. Así pues, no tiene nada que ver con esa otra faceta suya que nos presenta al Tribunal Constitucional como un poder directamente incidente sobre la ley y a la sentencia constitucional como “norma” con capacidad de innovar el ordenamiento jurídico, forma de ser eficaz que corresponde a la eficacia *erga omnes*». ⁴⁶²

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución española, como reza el artículo 1 de su Ley Orgánica. Pero esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional sea capaz de imponer sus decisiones en cualesquiera procedimientos a todos los poderes públicos sin excepción.

⁴⁶¹ «El Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, págs. 152-153.

⁴⁶² «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 375

Esto ocurre cuando, actuando en su faceta de «poder directamente incidente sobre la ley», innova el ordenamiento jurídico, expulsando leyes o interpretaciones de las mismas, prohibiendo incluso que el legislador adopte de nuevo la norma que no se ajusta a la Constitución, sin previa reforma de su texto. Y esto es así, como también hemos tenido oportunidad de ver, incluso en aquellas sentencias interpretativas que, de manera impropia, adoptan una forma desestimatoria, o en aquellas en que se declara la mera inconstitucionalidad de la norma, por cuanto indudablemente innovan el ordenamiento con plenos efectos frente a todos.

Pero el Tribunal Constitucional no podrá imponer su interpretación de la Constitución al legislador cuando la sentencia mediante la que se pronuncie no esté dotada de plenos efectos frente a todos.

Esto deja ver a las claras que esta nueva forma de eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional poco tiene que ver, en efecto, con su faceta innovadora del ordenamiento. Por eso creemos que es un error bastante arraigado en la doctrina el referirse al Tribunal Constitucional como legislador positivo sólo cuando se pretende que su derecho valga precisamente como jurisprudencia. En rigor, cuando el Tribunal Constitucional estima que una determinada interpretación de un texto legal no se ajusta a la Constitución, no está haciendo algo distinto a lo que haría si estimara que no es posible salvar aquella disposición y que debe ser expulsada *in toto* del ordenamiento. En otras palabras, el Tribunal Constitucional vincula a todos los poderes públicos por lo que tiene de «legislador negativo», es decir, de destructor con efectos generales de normas, y no -solo- por lo que tiene de intérprete de la Constitución y de la legalidad.

En definitiva, interpretación de la Constitución y, en su caso, de la ley, es algo que contienen todas las sentencias del Tribunal Constitucional. Pero esta interpretación sólo vinculará al legislador plenamente cuando la

misma sea la fundamentación de una decisión depurativa del ordenamiento y, por tanto, dotada de eficacia *erga omnes*. Y dicha fuerza vinculante es inescindible del sentido efectivamente depurativo de la inconstitucionalidad que tenga el fallo. Porque -y no está de más recordarlo aquí- el Tribunal Constitucional no es un legislador, no tiene libertad de configuración, y por tanto debe fundamentar conforme a la Constitución todas sus decisiones. Este es, además, el recto sentido en que para el legislador puede predicarse la vinculación, no sólo al fallo, sino también a la motivación de la sentencia, es decir, «a aquellos fundamentos de la sentencia que contengan las consideraciones argumentales básicas para alanzar tal *decisum*».⁴⁶³ En efecto, tal motivación no sólo será un requisito básico para la regularidad de la decisión del Tribunal Constitucional, sino que será además la herramienta que permita determinar el concreto mandato que, por considerar un cierto derecho como no ajustado a la Constitución, prohíbe al legislador adoptarlo nuevamente. Pero sin olvidar, claro está, que la fuerza de ese mandato proviene de los plenos efectos contra todos que se predicán de la nulidad de la ley o de una de sus interpretaciones.

Obsérvese que aquí no estamos defendiendo que sólo el fallo de las sentencias del Tribunal Constitucional vincule al legislador. Lo que pretendemos precisamente es dejar claro que el legislador también quedará vinculado a la *ratio decidendi* de aquellas sentencias, siempre que estas produzcan efectos generales. La depuración del ordenamiento efectuada con carácter *erga omnes* obliga al legislador a no reproducir el mandato normativo expulsado en el fallo, pero delimitado y razonado en la fundamentación de la sentencia.

Cuestión distinta es, por supuesto, la vinculación del resto de poderes públicos, y en especial el poder judicial, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si del marco normativo que hemos visto en el primer

⁴⁶³ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 375

apartado podía desprenderse que quizá no todas las sentencias del Tribunal Constitucional vinculaban a los jueces, el artículo 5.1 de la LOPJ vino a poner fin a esas dudas, generalizando dicha vinculación a la interpretación de las leyes y los reglamentos dada por aquel en todo tipo de procesos. Sin embargo, no debemos confundir esta vinculación que obliga de manera insoslayable a los jueces -al contrario de lo que pasa con el legislador- a interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la doctrina recaída en cualquier tipo de procesos, con aquella fuerza de obligar -también, claro está, a los jueces- que nace de la expulsión con plenos efectos contra todos de una ley o interpretación de la misma. Cuando esto se da, el efecto de vinculación no tiene siquiera oportunidad de entrar en acción, puesto que es la imposibilidad de seguir aplicando un derecho que ha sido expulsado del ordenamiento la que ata toda decisión de los jueces. No obstante, y tal y como ocurre con el legislador, la vinculación tanto al fallo como a su fundamentación, será también herramienta necesaria con la que detectar el concreto mandato de inconstitucionalidad de la norma en caso de reiteración por parte del legislador de un comportamiento reputado inconstitucional.

En caso de que la norma a aplicar por el juez sea igual o similar a otra que haya sido objeto de un previo pronunciamiento interpretativo del Tribunal Constitucional, aquel deberá interpretar tal precepto de la manera que ya se ha establecido, sin que quepa plantear una cuestión de inconstitucionalidad que en puridad ya ha sido resuelta. Más problemas ofrece, sin embargo, el caso de que la norma a aplicar sea reiteración de otra que haya sido previamente declarada inconstitucional *in toto*, o que sea desarrollo de una norma expulsada del ordenamiento independientemente de la forma que adopte el fallo. En tales casos, y atendido el monopolio de rechazo del Tribunal Constitucional, que no permite a los jueces inaplicar por decisión propia una ley por muy clara que esté su inconstitucionalidad o por mucho que tal ley derive de una disposición inconstitucional, deberán plantear la cuestión ante el Alto

Tribunal. No obstante, sobre esta cuestión habremos de volver al final de este trabajo con una propuesta.

IV. Sobre el efecto de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional.

La dogmática sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional no estaría completa sin hacer una referencia al efecto de cosa juzgada que el artículo 164.1 de la Constitución les reconoce y que el artículo 38.1 de la LOTC establece igualmente para los procedimientos de inconstitucionalidad, sin que de la falta de mención al mismo en cuanto al resto de procesos quepa extraer su exclusión, al venir directamente previsto en el Texto Fundamental.⁴⁶⁴ Sin embargo, en aras de la concreción, limitaremos nuestro análisis al efecto de cosa juzgada que producen los procedimientos de inconstitucionalidad.⁴⁶⁵

Lo primero sobre lo que debe llamarse la atención es el hecho de que la cosa juzgada es una categoría consagrada en la teoría del Derecho procesal con unos perfiles muy precisos.⁴⁶⁶ De ella puede decirse que tiene como cometido poner fin a los conflictos judiciales de manera definitiva, haciendo realidad la función pacificadora del derecho.⁴⁶⁷ Y de ahí que la cosa juzgada deba aplicarse en un específico litigio y sometida a unos

⁴⁶⁴ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 343.

⁴⁶⁵ Sobre las interesantes cuestiones que se suscitan en cuanto al efecto de cosa juzgada en el resto de procedimientos puede consultarse MARTÍN DE LA VEGA, «Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes», *Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003.

⁴⁶⁶ CONDE MARTÍN DE HIJAS, «Artículo 164», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la...*, *op. cit.*, Tomo II, pág. 1825.

⁴⁶⁷ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 336.

límites muy concretos consistentes en la necesaria identidad de partes, objeto y causa.⁴⁶⁸

La autoridad de cosa juzgada que, como es sabido, se apoya en la idea de irrevocabilidad o inalterabilidad de lo fallado, se deslinda en dos facetas,⁴⁶⁹ distintas pero complementarias.⁴⁷⁰

Por un lado, tenemos la llamada cosa juzgada formal, que predica la inatacabilidad de la sentencia con referencia al mismo proceso en que se dicta, declarándola firme e imposibilitando procesalmente su impugnación. Se aprecia autoridad de cosa juzgada formal cuando contra una sentencia no cabe interponer ningún recurso, precluyendo toda posibilidad de que la misma pueda ser modificada.⁴⁷¹

Por otro lado, nos encontramos con la cosa juzgada material, que parte precisamente de la inimpugnabilidad o firmeza de la sentencia, pero cuya autoridad se hará valer fuera del concreto proceso en que se da. Se define «como el efecto propio de algunas resoluciones firmes consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular, en otros procesos, a cualesquiera

⁴⁶⁸ La fórmula tradicional en nuestro derecho se encontraba en el antiguo artículo 1252 del Código Civil, según el cual «Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron». Tras su derogación por disposición derogatoria única.2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se sustituyó por la más parca definición que nos ofrece el artículo 222 de esa misma ley: «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

⁴⁶⁹ BLASCO SOTO, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994, pág. 40 y ss.

⁴⁷⁰ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 336.

⁴⁷¹ BLASCO SOTO, *op. cit.*, pág. 41.

órganos jurisdiccionales (el mismo que juzgó u otros distintos) respecto del contenido de esas resoluciones (de ordinario sentencias)». ⁴⁷² Se trata, por tanto, de evitar que se discuta en otro proceso la cuestión que ya ha sido resuelta y ha devenido firme. Y ello se concreta en la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso sobre la misma cuestión -efecto negativo o preclusivo- y en la prohibición de decidir de manera distinta o contradictoria sobre un mismo objeto procesal -función positiva o prejudicial-. ⁴⁷³

Ahora bien, la aplicación sin más de esta categoría a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional produciría graves distorsiones en el ordenamiento. Tanto que uno de los dos únicos acuerdos a que se ha llegado en la doctrina acerca de la cosa juzgada es «que su aplicación al ámbito de los procesos constitucionales no puede operar con idéntico sentido que en los procesos de que conoce la jurisdicción ordinaria». ⁴⁷⁴ La otra única cuestión pacífica a que hacíamos referencia es el acuerdo en la doctrina acerca de que la fuerza de cosa juzgada formal sí es de plena aplicación y sin matices a todas las sentencias del Tribunal Constitucional. Así se desprende de lo previsto por el artículo 164.1 de la Constitución cuando afirma, al hablar de las sentencias constitucionales, que «no cabe recurso alguno contra ellas», o del artículo 93.1 de la LOTC que, en sede de disposiciones comunes, recuerda que «contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno». ⁴⁷⁵

⁴⁷² *Loc. cit.* Y en este mismo sentido también DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pág. 23; FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 1173.

⁴⁷³ BLASCO SOTO, *op. cit.*, pág. 42.

⁴⁷⁴ CONDE MARTÍN DE HIJAS, *op. cit.*, Tomo II, pág. 1825; y en este mismo sentido BLASCO SOTO, *op. cit.*, págs. 35 y ss.; GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, págs. 333-335.

⁴⁷⁵ CONDE MARTÍN DE HIJAS, *op. cit.*, Tomo II, pág. 1826; BLASCO SOTO, *op. cit.*, pág. 41.; GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, págs. 336-337. Este último autor nos recuerda, no obstante, «que la irrecorribilidad de las sentencias constitucionales

Sin embargo, en cuanto a la fuerza de cosa juzgada material de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad, la doctrina se ha mostrado mucho más dividida: desde quienes manifiestan que este efecto carece de sentido en las sentencias estimatorias⁴⁷⁶ o, incluso, en las desestimatorias,⁴⁷⁷ hasta quien, al contrario, ha construido alrededor de la fuerza de cosa juzgada toda una teoría acerca de la eficacia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Nos referimos a la obra, realmente única, de BOCANEGRA, cuya cita es aquí obligada por cuanto llega a resolver el problema que nos estamos planteando en este trabajo en base al efecto de cosa juzgada: «La sentencia -dice este autor-declaratoria de la inconstitucionalidad de una Ley (y de su nulidad) adquiere el valor de cosa juzgada no solamente respecto al pronunciamiento del fallo, sino que alcanza también a la “norma concreta de la decisión”, obtenida de la motivación de aquél, como instrumento capital para el cumplimiento de la función de pacificación del Tribunal, al resultarle así jurídicamente impedido al legislador cuya Ley fue declarada inconstitucional burlar el resultado de la sentencia constitucional por medio

no impide [...] el que los litigantes puedan recabar del Tribunal cuantas aclaraciones estimen procedentes» en base al artículo 93.1 de la LOTC, que concede a las partes un plazo de dos días desde la notificación de la sentencia para «solicitar la aclaración de las mismas». Facultad que, según el propio Tribunal Constitucional, ni puede confundirse con un recurso (ATC 115/1989), ni le autoriza a modificar o variar sus sentencias (ATC 83/1989). *Ibid.*, pág. 337. Por su lado, BLASCO SOTO, puntualiza que en el recurso de amparo el problema de la firmeza se plantea desde otras perspectivas al permitirse a las partes acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vid. loc. cit.*, nota 17.

⁴⁷⁶ Según DE ELIZALDE la efectividad de las sentencias del Tribunal Constitucional estimatorias no tiene más límites que los del objeto a que se refiere, la ley: “Suprimida la norma inconstitucional carece ya de sentido afirmar que la sentencia produce efectos de cosa juzgada”. VV.AA., *El Tribunal...*, *op. cit.*, Vol. II, pág. 877.

⁴⁷⁷ *Ibid.* pág. 879 y AROZAMENA SIERRA, *El Tribunal...*, *op. cit.*, Vol. I, pág. 175. No ha faltado tampoco quien haya llegado directamente a la conclusión de que «la apreciación del efecto de cosa juzgada material depende, en cada caso, del propio Tribunal Constitucional». GAVARA DE CARA, *op. cit.*, pág. 243.

de la aprobación de una nueva ley de igual contenido o no alterada sustancialmente». ⁴⁷⁸

Sobra decir que no estamos de acuerdo con este autor. Y no ya porque en este trabajo venimos manteniendo que aquello que él llama «norma concreta de la decisión» sólo puede tener capacidad de obligar al legislador en cuanto derive de los efectos *erga omnes* de los pronunciamientos depurativos del Tribunal Constitucional; sino también porque, si bien es cierto que la categoría de cosa juzgada quiebra en muchos aspectos al ser aplicada a un órgano de las características del Tribunal Constitucional, eso no nos autoriza para desvirtuarla hasta el punto de darle un alcance que la aleja por completo de su naturaleza primera procesal. En efecto, la cosa juzgada es un instrumento con el que se persigue la paz jurídica dentro del proceso y que se configura como una exclusión de jurisdicción, con obligaciones para el propio órgano autor de la decisión cuya inatacabilidad se pretende cuestionar, pero no para aquellos que la cuestionan. La doctrina ha venido entendiendo de manera mayoritaria el efecto de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional como la manifestación de su faceta procesal, intentando separarla de aquellas otras dos facetas que tienen en tanto que decisión innovadora del ordenamiento, por un lado, y creadora de jurisprudencia, por otro. Los problemas que se suelen tratar al hablar de la cosa juzgada son, así, el de los efectos de una declaración de inconstitucionalidad sobre procesos pendientes o futuros; la reiteración de impugnaciones por la misma o distinta vía -recurso y cuestión- y, en fin, la vinculación del Tribunal Constitucional a su propia doctrina. De ellos vamos a pasar a dar cuenta al hilo de la exposición sobre

⁴⁷⁸ *Op. cit.*, pág. 235. Se trata seguramente de la primera monografía que trató en profundidad el tema de los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Es un trabajo profundamente influenciado por la doctrina alemana sobre el particular, aunque ello no se refleje en una ciega transposición a nuestro ordenamiento de lo estudiado en aquella. Muy al contrario, parte de la inidoneidad del efecto de vinculación para obtener el respeto de los poderes públicos a las sentencias del Tribunal Constitucional y se centra en la fuerza de cosa juzgada como medio eficaz para obtener ese seguimiento.

los efectos de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional, según cual sea el sentido de su fallo.

En los procedimientos de inconstitucionalidad se produce una modificación muy profunda de las condiciones que en el derecho procesal común dan lugar a la cosa juzgada material. En primer lugar, el objeto de estos procesos son normas que, en caso de ser reputadas como contrarias a la Constitución, serán expulsadas del ordenamiento; en segundo lugar, las partes no tienen una conexión singular y directa con el objeto del litigio; en tercer lugar, la existencia de dos vías diferentes para instar el control de constitucionalidad, una de ellas -la cuestión- claramente diseñada para ser operativa tras la otra y, en cuarto y último lugar, la propia naturaleza del Tribunal Constitucional, que al tener la función de preservar en cada momento la constitucionalidad del ordenamiento, se convierte en un órgano del que es difícil predicar la vinculación a sus propias decisiones.⁴⁷⁹

Teniendo esto en cuenta, no es extraño que la doctrina se decante mayoritariamente por entender que las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad no producen efecto de cosa juzgada material.⁴⁸⁰ Cuando el objeto del proceso es una norma, la estimación de su inconstitucionalidad deriva en su expulsión del ordenamiento con efectos *erga omnes*, «con lo cual hay un efecto anterior y más contundente [...] que precede a la cosa juzgada, le tapa su lugar natural y la deja vacía de sentido. Sencillamente, no podemos pensar en un proceso posterior sobre la ley anulada porque ésta ha salido del ordenamiento y ya no existe como Derecho».⁴⁸¹ Así lo entendió también tempranamente el propio Tribunal

⁴⁷⁹ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 342.

⁴⁸⁰ DE ELIZALDE, *op. cit.*, Vol. II, pág. 877; AROZAMENA SIERRA, *El Tribunal...*, *op. cit.*, Vol. I, pág. 175; GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 342; BLASCO SOTO, *op. cit.*, pág. 54.

⁴⁸¹ La cita es de GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 343. En este mismo sentido afirma FERNÁNDEZ SEGADO que «en las sentencias estimatorias, es patente que la expulsión de la disposición del ordenamiento jurídico comporta la

Constitucional en su STC 169/1985, de 13 de diciembre, donde estimó imposible pronunciarse sobre dos cuestiones de inconstitucionalidad que habían sido interpuestas contra un precepto ya declarado inconstitucional - en su STC 151/1985, de 5 de noviembre-. En tanto que las sentencias de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales, la declaración de inconstitucionalidad suponía la expulsión del precepto del ordenamiento jurídico, sin que le cupiera a los tribunales ordinarios aplicarlo en ningún supuesto (FFJJ 2 y 3).

Sin embargo, la doctrina se ha planteado algunas situaciones en que cabría predicar el efecto de cosa juzgada material en sentencias estimatorias. El primero de ellos hace referencia a la pendencia ante el Tribunal Constitucional de procesos sobre la misma norma que no se hayan acumulado a aquel en que se haya dictado sentencia previamente. El efecto de cosa juzgada material, en su vertiente positiva, actuaría aquí con plena eficacia, imposibilitando que el Tribunal Constitucional resolviera de manera diferente o contradictoria con lo ya decidido.⁴⁸² Pero en realidad lo que aquí ocurre es que, al haber sido expulsada la ley del ordenamiento, nos encontramos ante una pérdida sobrevenida del objeto. Es decir, es una vez más el efecto *erga omnes* el que viene a privar a la cosa juzgada de su eficacia, al hacerla innecesaria.⁴⁸³ Así lo entiende, por lo demás, el Tribunal Constitucional, que tras una época de confuso entrecruzamiento entre la cosa juzgada y los efectos *erga omnes* como fundamento de la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento, parece haberse decantado definitivamente por este último.⁴⁸⁴

desaparición del objeto de un hipotético proceso subsiguiente». «La búsqueda...», *op. cit.*, pág. 1285.

⁴⁸² GÓMEZ MONTORO, «Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en VV.AA., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 146.

⁴⁸³ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 343.

⁴⁸⁴ En un primer momento el Tribunal Constitucional vino a resolver los casos de cuestiones de inconstitucionalidad pendientes en el momento de dictarse una declaración

El otro supuesto haría referencia a las sentencias estimatorias sin nulidad, es decir, sentencias interpretativas estimatorias y sentencias de mera inconstitucionalidad.⁴⁸⁵ En estos casos, se dice, al permanecer el enunciado legal en el ordenamiento es posible que sobre el mismo vuelvan a recaer futuras impugnaciones, por lo que se hace preciso otorgarles fuerza de cosa juzgada.⁴⁸⁶

de inconstitucionalidad sobre el mismo precepto por medio de sentencias en las que declaraba no haber lugar a pronunciarse sobre la cuestión o incluso desestimatorias. En ellas se citaba como apoyo de la decisión tanto el valor de cosa juzgada, como la vinculación de todos los poderes públicos y los plenos efectos frente a todos con la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto declarado inconstitucional. (En este sentido *vid.* SSTC 150/1985, de 9 de noviembre; 169/1985, de 13 de diciembre; 170/1985, de 13 de diciembre; 171/1985, de 13 de diciembre; 152/1986, de 4 de diciembre; 387/1993, de 23 de diciembre; 166/1994, de 26 de mayo). Con posterioridad se pasó ya a apreciar en el fallo la desaparición sobrevenida del objeto de la cuestión, con apoyo nuevamente en todos los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional o, incluso, con apoyo sólo en la cosa juzgada (*vid.* SSTC 72/1997, de 19 de abril; 91/1997, de 8 de mayo; 172/1998, de 23 de julio y 175/1998, de 23 de julio; 160/2011, de 19 de octubre; 86/2012, de 20 de abril). En los últimos tiempos, sin embargo, parece que prevalece la opción de resolver mediante Auto, bien declarando la inadmisión, bien la extinción del proceso por pérdida sobrevenida de objeto, y con apoyo general en los efectos *erga omnes* y en la expulsión del ordenamiento de un precepto que de ellos se deriva (AATC 93/1991, de 12 de marzo; 347/1996, de 3 de diciembre; 25/1997, de 28 de enero; 277/2000, de 28 de noviembre y 17, 18, 19, 21 y 22/2001, de 18 de enero; 203/2014, de 22 de julio; 230/2014, de 23 de septiembre; 57/2016, de 1 de marzo; 70/2016, de 12 de abril; 73/2016, de 12 de abril; 101/2017, de 4 de julio; 109 a 117/2001, de 8 de mayo; 251 a 253 y 255 a 263/2006, de 4 de julio; 77 a 173/2007, de 27 de febrero y 290 a 310/2007, de 19 de junio; 88/2011, de 20 de junio; 126/2011, de 17 de octubre; 6/2012, de 13 de enero; 73/2013, de 8 de abril; 77/2013, de 9 de abril; 193/2016, de 28 de noviembre; 6/2017, de 18 de enero; 21/2017, de 13 de febrero). En recursos de inconstitucionalidad, y como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad en otro proceso, también se ha procedido a declarar la extinción por desaparición sobrevenida del objeto (STC 137/2010, de 16 de diciembre; AATC 114/2017, de 18 de julio; 144/2017, de 8 de noviembre).

⁴⁸⁵ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 343.

⁴⁸⁶ *Loc. cit.* Y en este mismo sentido BLASCO SOTO, *op. cit.*, pág. 55, que afirma que «en estos casos, cada vez más frecuentes, el instituto procesal de la cosa juzgada, como efecto de la sentencia, puede ser útil y operativo siempre que se admita que el efecto positivo de la cosa juzgada material “tiene su verdadero valor y trascendencia cuando se ha obtenido una declaración que luego será esgrimida como medio de ataque o de defensa en otro proceso, en la que la primera cuestión deberá ser tenida en cuenta como prejudicial” [CARRERAS, «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español», *Revista de Derecho Procesal*, 1958, pág. 527]».

Con respecto a las sentencias desestimatorias somos de la opinión, junto a GARRORENA MORALES, de que la regla general es que producen efecto de cosa juzgada material.⁴⁸⁷ El Tribunal Constitucional ya ha decidido sobre la constitucionalidad de una ley y no tiene sentido que se deba pronunciar una y otra vez sobre la misma. La excepción de cosa juzgada sufre aquí, además, una expansión de su eficacia con respecto a los sujetos. Todos somos destinatarios de este tipo de sentencias, y por ello la excepción de cosa juzgada no operará únicamente entre las partes que la propusieron en un principio, sino también respecto a procesos idénticos cualquiera sea el sujeto que lo inste.⁴⁸⁸

Ahora bien, es necesario cohonestar esta eficacia que tienen las sentencias desestimatorias con dos de aquellas notas especiales que, según vimos, producían en los procedimientos de inconstitucionalidad una modificación profunda de las condiciones que dan lugar a la cosa juzgada material: la existencia de una doble vía con la que instar el control de constitucionalidad de la ley, y la no vinculación del Tribunal Constitucional a su propia jurisprudencia.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ En contra tenemos la opinión de BLASCO SOTO, que nos ofrece un interesante argumento cuando afirma que en las sentencias desestimatorias «se destruye la esencia de la cosa juzgada que es la irrevocabilidad indirecta o mediata de un resudado procesal, en concreto, el fundamento de la cosa juzgada material, que consiste en que ningún nuevo proceso se decida de modo distinto a como antes fue fallado. Técnicamente, la cosa juzgada se define y limita en la “indiscutibilidad” de la existencia de la voluntad de la ley establecida en la sentencia, ya que resuelve una incertidumbre de manera “inmutable”. Sin embargo, en la sentencia constitucional desestimatoria no hay “indiscutibilidad” e “irrevocabilidad”, el único efecto que se produce es el “preclusivo”». *Op. cit.*, pág. 49.

⁴⁸⁸ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 345.

⁴⁸⁹ Algo que, dicho sea de paso, ha servido para parte de la doctrina como argumento para excluir el efecto de cosa juzgada de las sentencias desestimatorias. Se plantean, en términos generales, hasta qué punto es posible hablar de cosa juzgada material cuando gracias a la cuestión se puede reiterar un asunto idéntico al ya resuelto en un recurso previo y si, además, el Tribunal Constitucional no está obligado por su propia jurisprudencia a decidir de igual manera. *Vid.* DE ELIZALDE, *El Tribunal...*, *op. cit.*, Vol. I, pág. 879; AROZAMENA SIERRA, *El Tribunal...*, *op. cit.*, Vol. I, pág. 175; MARÍN PAGEO,

Nuestra Constitución ha consagrado en su artículo 163 un sistema de dos vías, una directa -el recurso de inconstitucionalidad- y otra indirecta -la cuestión-. Con esta segunda vía se pretende, sin duda, dar respuesta a la necesidad de control que se puede derivar de la práctica del derecho, aun cuando se haya producido un mucho más abstracto pronunciamiento anterior en la primera vía.⁴⁹⁰ De ahí que el artículo 38.2 de la LOTC permita la sucesión entre un recurso y una cuestión al establecer que «las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional». Es decir, el planteamiento no está prohibido siempre que se haga en una vía distinta.

A ello no empece la previsión del artículo 29.2 de la LOTC, según el cual «la desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad [...] no será obstáculo para que la misma ley [...] pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad». Este precepto parece implicar que la desestimación por razones de fondo de un recurso de inconstitucionalidad sí sería obstáculo para plantear una cuestión sobre la misma ley. Sin embargo, como muy certeramente ha afirmado GARRORENA MORALES -en una interpretación que pretende conciliar las presuntas contradicciones entre los preceptos mencionados-, «el artículo 29.2 tan solo intenta recordarnos, con pésima técnica desde luego, que las sentencias que resuelven el caso por razones de forma, puesto que dejan la sustancia del litigio sin decidir, no pueden producir jamás, -como tampoco

La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil, Madrid, Civitas, 1990, págs. 312 y ss.

⁴⁹⁰ Sin olvidar que el control de constitucionalidad de la norma que se realiza en ambos supuestos es de carácter abstracto. *Vid.* JIMÉNEZ CAMPO, «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en VV.AA., *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995, págs. 71 y ss.

lo producen en las demás jurisdicciones- efecto de cosa juzgada material. Pero en absoluto afirma lo contrario para las que desestiman lo pedido por razones de fondo». ⁴⁹¹

Por tanto, por expresa previsión del artículo 38.2 de la LOTC, cesará el valor de cosa juzgada de la sentencia cuando la impugnación se pretenda por una vía distinta a la inicial; ⁴⁹² no cesará, en cambio, cuando la posterior impugnación se vehiculice a través de la misma vía. Nos referimos, claro está, al caso de que un recurso siga a otro recurso, o a que se planteen cuestiones sucesivas a un mismo precepto y con una idéntica causa o fundamento de la impugnación. En tal caso el Tribunal Constitucional debería oponer la excepción de cosa juzgada y no entrar a conocer sobre una cuestión que ya se ha resuelto. Deber que sólo cesaría en caso de que el Alto Tribunal considerara necesario reconsiderar su jurisprudencia. ⁴⁹³

Y esto nos lleva al último problema que se suele asimilar al efecto de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional: el de la vinculación de este órgano a su propia jurisprudencia. Si el Tribunal Constitucional -se dice- estuviera obligado por la cosa juzgada material de sus sentencias desestimatorias a no conocer de cuantas impugnaciones idénticas se le hicieran, aquella norma declarada en un inicio constitucional adquiriría un derecho definitivo a permanecer en el ordenamiento.

Que el Tribunal Constitucional esté sometido sin fisuras a su propia jurisprudencia es algo que, en nuestra opinión, no cabe sino descartar. Constituye una práctica generalizada el que los Tribunales Constitucionales

⁴⁹¹ GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 346.

⁴⁹² *Vid.* SSTC 20/1988, de 18 de febrero, FJ 2, 319/1993, de 27 de octubre, FJ 2, y 55/1996, de 28 de marzo, FJ 2; ATC 93/1991, de 12 de marzo, FJ único.

⁴⁹³ *Vid.* AATC 93/1991, de 12 de marzo, FJ único, 40/1995, de 31 de enero, FJ único, 54/1996, de 27 de febrero, FJ único, 258/1998, de 24 de noviembre, FJ único, 17/1999, de 26 de enero, FJ único, y 69/1999, de 23 de marzo, FJ 4.

y otros tribunales superiores no se vean vinculados por su propia jurisprudencia, como modo de ir adecuándola a los cambios surgidos en la realidad social. En este sentido, el efecto de cosa juzgada material se refiere, como ya sabemos, a un proceso concreto y a la solidez de la decisión alcanzada. Pero nada dice acerca de la intangibilidad del sentido de la norma que se ha utilizado como fundamento de la decisión. Todas las normas están abiertas al cambio en su significado, y es obvio que también lo está la Constitución. Por ello, cuando el Tribunal Constitucional estime que el parámetro de la constitucionalidad ha cambiado de sentido por el paso del tiempo o por las transformaciones sociales, no vendrá obligado a oponer la excepción de cosa juzgada si se intenta una nueva impugnación en base a un mismo fundamento, pues en puridad este último ya no será el mismo.⁴⁹⁴

En definitiva, creemos que esta es la mejor manera de entender el efecto de cosa juzgada. Una manera de entenderlo que, por un lado, no lo reduce hasta el extremo de hacerlo inexistente en aras de una apertura total y constante de las posibilidades de impugnación y que, por otro lado, tampoco lo expande hasta el punto de invadir, de manera impropia para esta figura, la esfera de las otras dos formas de eficacia de la sentencia constitucional.

⁴⁹⁴ Aparte de lo mencionado, hay diversos preceptos en la Constitución y la LOTC que apuntalan la idea de que el Tribunal Constitucional no está sujeto a su propia jurisprudencia. Así parece entenderlo el artículo 1 de la LOTC al señalar que el Tribunal Constitucional solo estará sujeto a la Constitución y a su Ley Orgánica. Por su lado, el artículo 13 de esa misma ley obliga, en sede de amparo, a que las Salas remitan el procedimiento al Pleno si aprecian que es necesario apartarse de la doctrina constitucional precedente. En fin, el hecho de que la Constitución prevea la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional, así como que los capacite para emitir votos particulares, solo tiene pleno sentido si se acepta la posibilidad de ir graduando la doctrina. *Vid.* GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 347-348.

V. Una defensa del veto a la respuesta legislativa.

Ha llegado el momento de recapitular. En el capítulo 2 hemos podido comprobar cómo la Constitución Española afirma su propia supremacía en términos inexcusables. Esta supremacía no se sustenta por si sola, sino que se proclama por cuanto la Constitución es fruto de un poder constituyente que a través de ella ha fundado un ordenamiento donde la soberanía recae en el pueblo en su conjunto y donde se le dota de mecanismos democráticos con los que hacerla efectiva.

La supremacía constitucional, en fin, se garantiza a través de los dos mecanismos que ha consagrado el moderno constitucionalismo. Por un lado, la reforma agravada de la Constitución, cuya carencia de límites la hace actuar, a la vez, como frontera que los poderes constituidos no pueden cruzar, y como consagración del pleno poder de disposición que ostenta el poder constituyente, fundamento último de la obediencia plena al Texto Fundamental. Por otro lado, la instauración de un control de constitucionalidad de las leyes en manos de un Tribunal Constitucional que se encarga, mediante la depuración del derecho contrario a la Constitución, de hacer efectiva la separación entre aquel poder constituyente y los poderes constituidos.

El modelo de justicia constitucional consagrado en nuestra Constitución es, pues, el concentrado. En coherencia con ello, se les atribuye a las sentencias del Tribunal Constitucional que depuran el ordenamiento una eficacia general, capaz de obligar a todos los poderes públicos, incluido el legislador. El efectivo respeto a la supremacía de la Constitución y a los pronunciamientos del órgano que, según lo dispuesto en ella, tiene el monopolio de rechazo de la ley inconstitucional con plenos efectos frente a todos, obliga a considerar que la decisión de declarar inconstitucional una ley excluye que el legislador pueda reiterarla o darle efecto sin reformar previamente el Texto Fundamental.

Sin embargo, en el primer capítulo de este trabajo pudimos tratar con cierta extensión la objeción contramayoritaria a la rigidez constitucional y al control de constitucionalidad de las leyes, y la enorme problemática en torno a estas figuras que tensan las relaciones entre democracia mayoritaria y primacía de la Constitución. La cuestión es, entonces, la siguiente. Que nuestro ordenamiento constitucional prevé tanto la reforma agravada como el control de constitucionalidad es algo, como hemos visto, evidente. ¿Ofrece la objeción contramayoritaria a estas figuras argumentos suficientes para entenderlas de una manera distinta a la que acabamos de exponer resumidamente más arriba? En concreto, ¿debería el legislador, atendido que es el órgano cuya directa legitimidad democrática y cuyo ejercicio de toma de decisiones por la regla de la mayoría más le acerca al ideal del igual valor del voto y dignidad del elector, poder reiterar o dar efectos a una ley declarada inconstitucional sin tener que iniciar el gravoso procedimiento de reforma constitucional?, ¿es nuestra Constitución pseudoflexible o hay razones que justifican la reforma agravada, el control de constitucionalidad y el veto a la respuesta del legislador?.

En la primera parte, acabamos también explorando una serie de supuestos en los que el control de constitucionalidad de las leyes, lejos de ser antidemocrático, se alzaba como una figura necesaria en la preservación de la autonomía del legislador. Y nuestro ordenamiento no es ajeno a ello. En efecto, en España conviven un gran número de legisladores cuyas decisiones son igualmente democráticas, y el Tribunal Constitucional es el mejor garante de que ninguno de ellos acabará invadiendo la esfera de otro en un ir y venir de leyes. Cuando el legislador acata las sentencias del Tribunal Constitucional que han depurado el ordenamiento, no sólo está haciendo prevalecer la tan controvertida distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, desatendiendo el que pudiera ser el deseo de la mayoría. Está también respetando el ámbito propio del resto de legisladores con quien convive. Y esto no se consigue sólo con el

acatamiento al reparto competencial, sino que es necesario también que las competencias atribuidas a cada legislador se ejerzan conforme a lo dispuesto en el texto constitucional, que actúa como marco común de legitimidad. En fin, en un Estado compuesto está justificada tanto la rigidez de la constitución como el control de constitucionalidad de las leyes, precisamente como manera de garantizar la democracia a través de la preservación del ámbito propio de cada legislador, evitando los conflictos entre estos que se derivarían de un irrestricto entendimiento de la regla de la mayoría, sólo posible en Estados unitarios.

E igualmente se trató el importante papel que a la justicia constitucional le puede caber en el aseguramiento de las obligaciones internacionales del Estado. En efecto, y aunque a ello aún no se haya atrevido nuestro Tribunal, estaría en la mejor posición para garantizar que el legislador no se aparte de las obligaciones internacionales que ha contraído sin denunciarlas expresamente, en lo que es también una forma de respeto a las autoridades normativas supranacionales.

Y saliendo ya del ámbito del conflicto entre legisladores, también el Tribunal Constitucional tiene un importante papel en la propia defensa de la autonomía del legislador frente al Gobierno. Ya pudimos observar cómo el legislador en los modernos ordenamientos actuales no responde a la primera idea liberal que hacía de la institución parlamentaria una cámara en que debatir y llegar a acuerdos. El poder lo ejerce ahora el bloque formado por el Gobierno y la mayoría parlamentaria. Y en este sentido, recordar al legislador que no puede contradecir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal Constitucional es también recordarle su posición de guardián de la Constitución frente a los excesos del Gobierno.

En definitiva, en un Estado compuesto como el nuestro, que asume también obligaciones internacionales y en el que la separación entre el legislativo y el ejecutivo debe asegurarse, tanto la reforma agravada de la

Constitución como el establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes están justificados. Y la respuesta legislativa, en cuanto consistiría en una vía de hecho con que soslayar estas dos figuras, no está permitida. Esta es, en definitiva, la mejor manera de asegurar el recto y leal ejercicio de sus potestades por parte del dividido poder público representativo.

No obstante, incluso entre quienes asumen el paradigma del constitucionalismo, no han faltado las críticas a la prohibición de que el legislador pueda obrar en contra de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, se ha afirmado que tal estado de cosas produciría una perniciosa petrificación del ordenamiento. Sin embargo, cierta petrificación del ordenamiento ya se encuentra implícita en el hecho de que la Constitución sea rígida. Además, nuestra tesis, que no parte del efecto de vinculación como fundamento de la prohibición de la respuesta legislativa, constriñe el número de sentencias del Tribunal Constitucional que pueden obligar plenamente al legislador.

Es cierto que en España la reforma de la Constitución no ofrece hoy en día un vehículo mínimamente operable con el que imponerse a las decisiones del Tribunal Constitucional que obligan al legislador. Pero esto no es razón suficiente para transformar el ordenamiento español en un ordenamiento constitucional pseudoflexible, desconociendo la primacía de la Constitución. Es más, si queremos alguna vez hacer de la reforma constitucional una herramienta operativa, no deberíamos mandar desde la doctrina el mensaje de que el legislador puede burlar la reforma de la Constitución insistiendo en sus decisiones por una vía que le ha sido vetada.

También se ha dicho que, de no permitirse la respuesta legislativa, el Tribunal Constitucional se transformaría en un poder sin contrapesos efectivos. Pero no podemos olvidar que, por la función propia que tiene el Tribunal Constitucional, los límites a su poder no pueden provenir de parte

de otros poderes, con la excepción del constituyente. Los límites al poder del Alto Tribunal derivan de su propia configuración como órgano jurisdiccional, en especial la necesidad de motivar las sentencias con relación a la Constitución, y la imposibilidad de actuar de oficio. En definitiva, y recordando de nuevo el primer capítulo de este trabajo, ya tuvimos la oportunidad de ver cómo la teoría del derecho constitucional se ha volcado en la búsqueda de usos y funciones democráticas del Tribunal Constitucional. Y todas aquellas teorías confluyen en un punto: restringir el poder de un órgano que de otra manera devendría insoportable.

En la próxima parte nos vamos a encargar de perfilar el ámbito del veto a la respuesta legislativa, con la vista puesta en que su aceptación no nos exime de establecer también los estrictos límites en que el Tribunal Constitucional puede moverse legítimamente.

Capítulo 5

El ámbito del veto a la respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

I. El presupuesto del veto: la depuración regular de la inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional.

1. Sentencias y Declaraciones del Tribunal Constitucional que depuren con efectos generales la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley o acto parlamentario.

El presupuesto básico para que opere en nuestro ordenamiento el veto a la respuesta legislativa es la existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional que depure con efectos generales la inconstitucionalidad de norma con rango de ley o acto parlamentario.

La depuración debe contenerse en el fallo de manera expresa o por remisión al Fundamento Jurídico que la declare. Si el pronunciamiento depurativo no se lleva al fallo, faltará el presupuesto básico de la toma de decisión, que no adquirirá efectos generales. Como acertadamente afirma DIAZ REVORIO, si la decisión carece de reflejo en el fallo, no es seguro

qué efectos tendrá: «Dado que [...] los efectos *erga omnes* de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, si bien son predicables con independencia del sentido de que el fallo sea estimatorio o desestimatorio, parecen requerir un efecto “depurativo” derivado del mismo, resulta dudoso que puedan predicarse en este caso». ⁴⁹⁵

En este sentido, ya sabemos que las sentencias que depuran el ordenamiento con plenos efectos contra todos son las estimatorias de la inconstitucionalidad y nulidad -diferida o no- de una disposición o una interpretación de la misma, así como las sentencias desestimatorias interpretativas o las de mera inconstitucionalidad. A ellas ha de añadirse las Declaraciones del Tribunal Constitucional que estimen como no ajustado a la Constitución un tratado internacional.

2. Inconstitucionalidad por motivos formales y materiales.

Tal y como se recoge en la respuesta ofrecida en nombre del Tribunal Constitucional a la cuestión hipotética de que el legislador aprobara una ley con el mismo contenido que otra previamente declarada inconstitucional, es preciso distinguir dos situaciones: «si la inconstitucionalidad fue debida al incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento, una vez cumplidos éstos correctamente no existiría objeción; por el contrario, si la

⁴⁹⁵ «La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente», *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011, pág. 68. Como también expone el autor, la STC 31/2010 está trufada de pronunciamientos interpretativos desestimatorios que no se llevan al fallo y que él denomina «pseudointerpretativos» o «interpretativos encubiertos». También la STC 176/1999, de 30 de septiembre, contiene unos de estos pronunciamientos sin reflejo en el fallo.

inconstitucionalidad fue por contradecir materialmente la Constitución, la nueva ley sería igualmente inconstitucional por los mismos motivos».⁴⁹⁶

La apreciación es cierta. Si la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley se declara por motivos formales, es lógico que no haya veto alguno al futuro contenido de una ley. Sin embargo, la respuesta legislativa sigue siendo posible si el legislador decide aprobar de nuevo la ley sin corregir los requisitos de forma que han conllevado la inconstitucionalidad de la ley. En efecto, también la inconstitucionalidad por motivos formales crea un veto para el legislador, consistente en la prohibición de que pueda adoptar una nueva ley idéntica sin corregir los requisitos de forma o procedimiento que habían llevado a su declaración de inconstitucionalidad.⁴⁹⁷

En este sentido es necesario hacer una precisión importante. Cuando aquí hablamos de inconstitucionalidad por motivos formales lo hacemos en un sentido muy estricto: es aquella que se declara por el incumplimiento de requisitos formales o de procedimiento indispensables en la adopción de la ley, sin que sea en absoluto necesario que el Tribunal Constitucional deba entrar a conocer sobre su contenido para determinar el vicio de inconstitucionalidad.⁴⁹⁸ Conocido es que, según una idea de las cosas, toda

⁴⁹⁶ En el informe presentado para el XV Congreso de la Conferencia de Tribunales constitucionales europeos. Puede consultarse en la página web <https://www.confeuconstco.org/fr/common/home.html> y también en el recopilatorio Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos. Ponencias españolas (2008-2017) que pone a disposición el propio Tribunal en su página web <https://www.tribunalconstitucional.es/es/publicaciones/Publicaciones/Coedicion-TCEuropeos-II.pdf>.

⁴⁹⁷ Así parecen entenderlo también los redactores del informe del Tribunal Constitucional, al señalar en la respuesta, como hemos visto, que «una vez cumplidos éstos [requisitos formales o de procedimiento] correctamente no existiría objeción». Lo que parece indicar que, de no cumplirse, sí cabría objetar.

⁴⁹⁸ Por ello, el ejemplo que se pone en el informe del Tribunal Constitucional es «cercano», pero ciertamente impropio. Se trata de «la aprobación de normas de rango legal por el Gobierno, mediante Decreto-ley, y por el Parlamento, mediante Ley. La

inconstitucionalidad lo es formal, precisamente por no haberse vehiculizado a través del procedimiento de la reforma constitucional.⁴⁹⁹ Y -desde un punto de vista menos extremado- algo parecido podría decirse de toda ley que fuera declarada inconstitucional por incompetencia: se trataría del incumplimiento de un requisito de forma consistente en la adopción por órgano incompetente. Sin embargo, sólo cuando estemos ante una inconstitucionalidad derivada directamente del incumplimiento de normas sobre la producción jurídica que hacen innecesario cualquier juicio sobre el concreto contenido de la ley, habrá estrictamente inconstitucionalidad por motivos de forma.⁵⁰⁰

declaración de que un Decreto-ley es inconstitucional porque no existían las circunstancias que justificaban su aprobación por el poder ejecutivo (art. 86 CE), no impide que la misma norma sea aprobada mediante Ley votada en Cortes. Así lo declaró con carácter general la Sentencia 111/1983 (de 2 de diciembre, fj 2) y lo muestra, en un caso real, la Sentencia 68/2007, de 28 de marzo: la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, no conlleva la inconstitucionalidad de la Ley que posteriormente fue aprobada por el Parlamento, a pesar de contener normas similares; pues la infracción de la Constitución no obedecía al contenido material del Decreto-ley, sino a que había sido aprobado por el Gobierno». Sin embargo, en un caso como el relacionado, será necesario que el Tribunal Constitucional entre a conocer el contenido material del Real Decreto-ley, siquiera sea con la finalidad de analizar si se corresponde efectivamente con la situación de extrema urgencia que sirve como supuesto habilitante para su adopción. Esto, por supuesto, impediría que en el futuro el Gobierno adoptara un Real Decreto-Ley con el mismo contenido y presupuesto habilitante, pero si este veto no actúa frente al legislador, es precisamente porque no se ha declarado frente a él, sino frente al Gobierno.

⁴⁹⁹ Para KELSEN, la distinción entre inconstitucionalidad material e inconstitucionalidad formal de las leyes «no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional». «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 260.

⁵⁰⁰ EZQUIAGA GANUZAS, «Sobre “inconstitucionalidad y derogación”», *Discusiones: Inconstitucional y Derogación*, núm. 2, 2001, págs. 66 y ss.

3. La regularidad de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional innova el ordenamiento, pero como ya sabemos, no es un legislador. Su función no es desarrollar la Constitución, sino depurar el derecho contrario a ella. Por ello, el Tribunal Constitucional está sometido a unos condicionamientos -debidos tanto a su configuración como tribunal como a la especial posición que tiene en el ordenamiento la ley- que buscan suprimir la posibilidad de que innove el ordenamiento libremente. En este contexto, la regularidad de las sentencias del Tribunal Constitucional adquiere una importancia capital a la hora de otorgar fuerza de obligar a sus decisiones.

El primero de esos límites que afecta al Tribunal Constitucional es la necesidad de que el control de constitucionalidad sea instado por alguno de los legitimados para ellos, sin que exista un solo resquicio a la actuación de oficio por parte de aquel.⁵⁰¹ En este sentido, es además importante diferenciar entre las dos vías de acceso previstas por la Constitución para el control de las leyes.

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, dada su naturaleza de control abstracto de compatibilidad entre dos textos normativos -la ley y la Constitución- y atendido que quien «tenga atribuida por el ordenamiento dicha facultad dispone de uno de los poderes más importantes dentro del Estado constitucional»⁵⁰², el artículo 162 de la Constitución reserva su

⁵⁰¹ A ello no obsta que el artículo 39.1 de la LOTC permita al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad y nulidad por consecuencia o conexión de preceptos que, sin haber sido impugnados, pertenecen a la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley. Como puede observarse, aquí el control ya ha sido instado por uno de los legitimados para ello, y la capacidad de oficio que se le concede al Tribunal Constitucional para depurar otros preceptos no impugnados está estrictamente limitada por la necesidad de que se encuentren en el mismo cuerpo legal y que su inconstitucionalidad sea consecuencia o esté conectada con la de un precepto sí impugnado expresamente.

⁵⁰² TORRES MURO, «Problemas de legitimación en los procesos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008, pág. 611.

interposición a órganos estatales -o fracciones de ellos- de especial relevancia, otorgándoles el breve plazo de tres meses para efectuarlo.⁵⁰³

En lo que concierne a la cuestión de inconstitucionalidad, que no ha sido instituida, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, para abrir la posibilidad de impugnar de manera directa y con carácter abstracto la constitucionalidad de las leyes,⁵⁰⁴ el artículo 163 de la Constitución otorga la legitimación activa a los órganos judiciales, si bien sometida a fuertes restricciones. Como afirma el citado artículo, «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos». Por su lado, la LOTC viene a reiterar este precepto en su artículo 35.1 y a matizar su alcance en el segundo ordinal de ese mismo precepto.

La propia doctrina del Tribunal Constitucional ha ido perfilando la cuestión de inconstitucionalidad como un proceso cuya específica función es servir de instrumento de control concreto de constitucionalidad a los jueces, lo que a su vez les permita conciliar la doble obligación de actuar sometidos al imperio de la ley y de guardar y hacer guardar la

⁵⁰³ Con la excepción, justamente criticada por la doctrina, de la legitimación activa otorgada al Defensor del Pueblo. Al respecto *vid. ibid.*, págs. 612-613 y GIMENO SENDRA, «Artículo 162», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dirs.). *Comentarios a la..., op. cit.*, pág. 1787. Por su lado, el artículo 32 de la LOTC viene a reiterar el listado de los legitimados por la Constitución, con la matización, también criticada por la doctrina, de que los parlamentos autonómicos sólo tendrán esta legitimación cuando la ley afecte a su propio ámbito de autonomía, y el añadido de otorgar esa misma capacidad también a los órganos colegiados ejecutivos de la respectiva Comunidad Autónoma. *Vid. ibid.* pág. 1788.

⁵⁰⁴ SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 166/2007, de 4 de julio, FJ 7, 96/2008, de 24 de julio, FJ 2, y 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2.

Constitución.⁵⁰⁵ En relación con ello, el objeto de la cuestión deberá ser siempre una duda sobre la constitucionalidad de un precepto legal, y no sobre su interpretación, alcance o aplicación.⁵⁰⁶

Pues bien, una hipotética falta de legitimación nos abre dos posibles escenarios. El primero de ellos se trataría del supuesto, realmente de laboratorio, en que el Tribunal Constitucional dictara una sentencia en un procedimiento iniciado de oficio o a instancias de un sujeto sin legitimidad activa para ello. En tal caso nos encontraríamos ante una sentencia nula de pleno derecho, sancionable con su no publicación en el BOE, e incapaz, por tanto, de producir efecto alguno frente a ningún poder público o particular.

El segundo escenario consistiría en que, instado el procedimiento por uno de los sujetos legitimados, no se cumpla con alguno de los requisitos establecidos a tal fin por la Constitución y la LOTC, y pese a ello el Tribunal Constitucional decida admitir el recurso o cuestión. En este caso creemos que en atención a la especial posición del Tribunal Constitucional en el ordenamiento, al principio de seguridad jurídica y en la legítima discrepancia que sobre la interpretación de los requisitos para la legitimación activa pueden concurrir, tal sentencia sí debería ser publicada en el BOE y producir sus efectos inherentes, con una excepción: la respuesta legislativa a una depuración del ordenamiento así decidida ya no le estaría vedada al legislador, dada la irregularidad cometida por el

⁵⁰⁵ SSTC 17/1981, de 17 de junio, FJ 1, 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2, 332/1993, de 12 de noviembre, FJ 3, 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2, 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5, 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 2, y 224/2006, de 6 de julio, FJ 5. *Vid.* también GIMENO SENDRA, «Artículo...», *op. cit.*, págs. 1798-1799 (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 2).

⁵⁰⁶ SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 2, 114/1994, de 14 de abril, FJ 2.b), 126/1997, de 3 de julio, FF. JJ. 2 y 4. B), 224/2006, de 6 de julio, FJ 5, 37/2012, de 19 de marzo, FF. JJ. 2 y 12, 171/2012, de 4 de octubre, FJ 3, y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 2; AATC 62/1997, de 26 de febrero, FJ 2, 124/2009, de 28 de abril, FJ 3, 255/2013, de 5 de noviembre, FJ 4, 23/2014, de 28 de enero, FJ 2, y 113/2017, de 18 de julio, FJ 3.

Tribunal Constitucional.⁵⁰⁷ Es más, se trataría de la única manera habilitada en nuestro ordenamiento para contrarrestar tal irregularidad. El legislador tendría además la oportunidad de explicitar en el debate parlamentario o en la exposición de motivos de la nueva ley las razones que le llevan a cuestionar la regularidad de la sentencia que ahora ataca. Sin embargo, en caso de que la nueva ley sea también impugnada, corre un alto riesgo de ser declarada inconstitucional de nuevo, puesto que la falta de legitimación del instante difícilmente habrá tenido incidencia en la conclusión a la que haya llegado el Tribunal Constitucionalidad acerca de la constitucionalidad de la ley en el primer caso.

El segundo de los límites a la libre capacidad de crear derecho que afecta al Tribunal Constitucional viene impuesto por la necesidad de motivar sus decisiones. Al contrario de lo que ocurre con el legislador, el Tribunal Constitucional carece de libertad de configuración, y todas sus decisiones deben motivarse en contraste con el texto constitucional.

La LOTC no establece expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional deban ser motivadas. Sin embargo, es una obligación que cabe inducirse de lo dispuesto en los artículos 90.2 -que habla de fallo y fundamentación- y 86.1 -que exige la motivación de los Autos, por lo que con mayor razón cabrá esperar lo mismo de las sentencias-. Pero además, como ha puesto de manifiesto GARRORENA MORALES, «la LOTC no ha dejado de mencionar la obligatoriedad de dicha motivación porque

⁵⁰⁷ Somos conscientes de la enorme casuística en torno a los requisitos de la legitimación activa para la interposición de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que pueden ir desde graves incumplimientos -recurso planteado fuera de plazo o por un número menos de diputados, cuestión planteada frente a un precepto de cuya constitucionalidad no depende el fallo- hasta otros de menor incidencia -falta de apoderamiento a quien representa a alguno de los legitimados para interponer recurso- (Sobre el particular es recomendable la lectura del libro de TORRES MUÑOZ, *La legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007, en especial págs. 27-145). Sin embargo, no creemos que la gravedad del incumplimiento pueda traducirse en respuestas gradualmente distintas.

considere que la misma puede ser inducida de tales preceptos sino, antes bien, porque ha estimado que en absoluto necesitaba hacerla explícita ya que a las sentencias del Tribunal Constitucional les afecta de plano lo establecido en el artículo 120.3 de la propia Constitución, cuyo texto dice que “las sentencias serán siempre motivadas”». ⁵⁰⁸ Y es que, como ha dicho el propio Tribunal, «la motivación de las sentencias es una consecuencia necesaria de la propia función judicial» (STC 14/1991, de 28 de enero, FJ 2), pues sólo aquella es capaz de asegurar con la debida publicidad que el razonamiento seguido por el tribunal ha sido estrictamente jurídico, es decir, vinculado a normas. ⁵⁰⁹

En lo que atañe a nuestro tema, la motivación de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene una especial trascendencia. En efecto, el pronunciamiento depurativo de la constitucionalidad contenido en el fallo de una sentencia -y por tanto, del contenido del veto a la respuesta del legislador- no evita tener que acudir a la motivación de la decisión. Esta motivación será siempre necesaria para conocer cuál es la concreta tacha de inconstitucionalidad que al precepto o norma depurado se le achaca, actuando como presupuesto de la regularidad de la decisión adoptada. Y también será necesaria para concretar el mandato normativo que se expulsa. En el supuesto de que falte en la motivación la concreción del comportamiento inconstitucional o de la tacha de inconstitucionalidad con referencia a los preceptos de la Constitución infringidos, no cabrá hablar de veto a la respuesta legislativa.

⁵⁰⁸ «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 306.

⁵⁰⁹ *Ibid.* pág. 307. Interesantes reflexiones sobre la estrecha relación entre la creación de derecho por parte de los tribunales constitucionales y la motivación de sus sentencias pueden encontrarse en el artículo de SPADARO, «La motivación de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005.

4. La precedencia de las sentencias del Tribunal Constitucional.

El último de los presupuestos para que opere el veto a la respuesta legislativa es que la sentencia depurativa se encuentre ya publicada. En efecto, ninguna obligación puede nacer para el legislador hasta que la sentencia no produzca todos sus efectos. Si la sentencia del Tribunal Constitucional no precede a la respuesta del legislador, no hay, lógicamente, respuesta del legislador a la sentencia del Tribunal constitucional. En este sentido, es de suma importancia establecer el *dies a quo* a partir del cual las sentencias del Tribunal Constitucional comenzarán a desplegar todos sus efectos.

El artículo 164.1 de la Constitución anuda la producción de efectos de las sentencias del Tribunal a su efectiva publicación: «Tienen el valor de cosa juzgada -dice el artículo- a partir del día siguiente de su publicación». Esto, sin embargo, no nos debe llevar a pensar que el efecto de cosa juzgada sea el único supeditado en su eficacia a la publicación. Que el citado artículo de la Constitución deje para un punto y aparte la mención a los efectos *erga omnes* de las sentencias, obedece a la intención de especificar cuales de dichas sentencias producirán tal efecto, y no a la de excluir su eficacia desde el día siguiente a la publicación.

Es más, en la lógica del modelo concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, la publicidad de las sentencias que dictan los Tribunales Constitucionales es una necesidad que afecta sólo a aquellas que ponen fin a un procedimiento donde se ha ventilado la constitucionalidad de una ley. En tales supuestos el Tribunal Constitucional actúa depurando el ordenamiento y es lógico que los plenos efectos frente a todos de tales pronunciamientos dependan en su eficacia de su efectiva publicación.⁵¹⁰ En este sentido, ya aseguraba tempranamente KELSEN

⁵¹⁰ Vid. GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.*, pág. 321-322; GONZÁLEZ RIVAS, J. J., *op. cit.*, pág. 426.

que «para la anulación de las normas que entran en vigor por su publicación, el acto de anulación, esto es, la sentencia del Tribunal, debería ser también publicada de la misma manera en que lo fue la norma anulada. Aunque no puede excluirse a priori la idea de proporcionar al Tribunal un órgano informativo propio, un Boletín Oficial (*Bulletin officiel*), para la publicación independiente de sus sentencias de anulación, sería conveniente, en todo caso, publicar la anulación de las leyes y de los reglamentos en el mismo órgano informativo en que han sido publicados, y confiarlo a la misma autoridad».⁵¹¹

Así lo entiende, desde luego, el artículo 38.1 de la LOTC, al establecer que «las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”». Eso sí, con una ligera variante con respecto a lo dispuesto en la Constitución: puesto que si en aquella el artículo 164.1 establecía como *dies a quo* el siguiente a la publicación de la sentencia en el BOE, la LOTC lo adelanta al día mismo de la mencionada publicación. La doctrina no ha concedido especial importancia en la práctica a esta diferencia,⁵¹² ni tampoco parece haber dado mayores quebraderos de cabeza al Tribunal Constitucional.⁵¹³ Sin embargo, ante la indudable

⁵¹¹ KELSEN, «La garantía jurisdiccional...», *op. cit.*, pág. 294.

⁵¹² GÓMEZ MONTORO, que se pregunta si cabría hablar de inconstitucionalidad del artículo 38.1 de la LOTC, llega a la conclusión de que, sin embargo, el tema carece de relevancia práctica a la vista de que el propio constituyente no ha sido tampoco muy correcto dogmáticamente en la cuestión. «Artículo...», *op. cit.* pág. 558. Por su lado, GONZÁLEZ RIVAS, *op. cit.*, pág. 426, aduce que el problema de desajuste entre estos textos «no parece haber sido conflictivo».

⁵¹³ En alguna ocasión el Tribunal Constitucional se ha referido indistintamente a los dos artículos sin hacer mayor distinción (STC 161/2003, de 15 de septiembre), o la simple y genérica publicación en el BOE (STC 281/1995, de 23 de octubre). Incluso en alguna ocasión descarta expresamente que haya diferencia alguna entre los textos citados, como en el ATC 175/1986, de 23 de enero, donde afirma que «tal Sentencia, como dispone el art. 164.1 de la Constitución, y con subordinación al texto constitucional, el art. 38.1 de la

relevancia práctica que el inicio del *dies a quo* de los efectos de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad tienen en cuanto presupuesto del veto a la respuesta legislativa, debemos tomar partido necesariamente; y ello no podría ser de otro modo que otorgando prioridad al precepto constitucional.⁵¹⁴

Junto a esto, el propio artículo 164.1 de la Constitución contiene en su primer inciso un mandato general de publicación de todas las sentencias del Tribunal Constitucional,⁵¹⁵ que viene a ser complementado por el artículo 86.2 de la LOTC, cuyo literal dispone que «las sentencias y las declaraciones a que se refiere el título VI se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo»; corrigiendo, además, la falta de previsión en el texto constitucional acerca de la publicación -lógica, por cuanto producen efectos erga omnes- de las declaraciones sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales.

LOTC produce efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (FJ 2).

⁵¹⁴ Cabe decir que el artículo 164.1 de la Constitución ha sido muy criticado por estar pensado para recursos de inconstitucionalidad y no tener en cuenta las particularidades de otros tipos de procesos. GÓMEZ MONTORO, «Artículo...», *op. cit.* pág. 558; GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.* pág. 323-324. Así, la LOTC ha tenido que introducir matizaciones al despliegue de efectos en los procedimientos de amparo o conflictuales. También en cuanto a los procedimientos de inconstitucionalidad ha tenido que matizar la LOTC en el artículo 38.3 el *dies a quo* de los efectos de las sentencias en cuestiones de inconstitucionalidad para el juez instante y las partes: «Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas». Matización que se realiza sin perjuicio de que la adquisición de efectos *erga omnes* siga supeditada a su efectiva publicación. *Ibid.* pág. 324.

⁵¹⁵ También criticado por la doctrina en cuanto desconoce que la publicación oficial es propia de las sentencias en procedimientos de inconstitucionalidad y no de aquellas que vienen a desplegar una eficacia *inter partes*. *Ibid.* pág. 323.

Por último, es importante advertir que el mandato del artículo 164.1 de la Constitución no especifica qué parte de la sentencia debe ser publicada, entendiéndose -y así lo hace también la LOTC- que debe serlo en su totalidad. A esta conclusión nos lleva también necesariamente, no sólo la mención en el citado artículo a la publicación de los votos particulares -por lo que no con menos razón habrá de publicarse la opinión de la mayoría-; sino también, como hemos visto arriba, por la capital importancia que tiene la motivación de las sentencias en cuanto a su regularidad y en la identificación del comportamiento declarado inconstitucional.

II. El objeto del veto: las normas con rango de ley y actos parlamentarios en el estricto marco de la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.

1. Normas con rango de ley y actos parlamentarios con capacidad para vehicular una respuesta legislativa.

Como ya tuvimos oportunidad de ver en el primer capítulo de este trabajo, la objeción contramayoritaria al control de constitucionalidad de las leyes y, dentro de este contexto, la respuesta legislativa a ese mismo control, tienen el gran poder de la abstracción. Ante un choque de interpretaciones de la Constitución deberá primar, de un modo u otro, la querida por el órgano más democrático, es decir, el legislador. Y sin embargo, como también tuvimos oportunidad de ver, la realidad desborda con creces la teoría: el profundo alejamiento del concepto de representación de alguno de sus componentes más democráticos, el enorme peso del ejecutivo en la función legislativa, el partido político como bisagra que une al gobierno con su mayoría parlamentaria convirtiéndolo en el verdadero legislador y, en fin, la enorme complejidad de un ordenamiento jurídico trufado de tipos normativos y que acoge también en su seno normas producidas por órganos infra o supraestatales; todas estas

razones, decimos, que afectan de manera más o menos intensa a todas las democracias constitucionales, incluida la nuestra, nos impusieron la necesidad de precisar las normas capaces de dar forma a una respuesta legislativa en nuestro ordenamiento.

El legislador es, sin duda, el intérprete primario de la Constitución española y, como tal, tiene atribuido a su favor el monopolio normativo primario y goza de libertad de configuración del ordenamiento. Pero, aunque el legislador siempre esté ahí de una manera o de otra, aunque siempre quepa rastrearlo tras los pasos de una ley o norma con rango de ley, no siempre tendrá una verdadera incidencia o control sobre ella ni cabrá, por tanto, hablar siempre de respuesta legislativa. Pero también habrá normas que, aunque el legislador no haya podido disponer sobre ellas, a él serán sin duda imputables -a su perfeccionamiento habrá coadyuvado-, y podrán vehiculizar una respuesta legislativa.

Así las cosas, y por las razones aducidas en su momento, son capaces de vehiculizar una respuesta legislativa y, por tanto, de ser objeto del veto a tales respuestas:

- 1) Las leyes ordinarias del Estado y de las Comunidades Autónomas. Entendiendo incluidas las leyes de bases, de armonización, de presupuestos, de delegación en su formato de bases y las que transponen directivas.
- 2) Las leyes orgánicas, incluidos los Estatutos de Autonomía.
- 3) Los reglamentos parlamentarios del Estado central y de las Comunidades Autónomas.
- 4) Los Decretos-leyes convalidados o tramitados como ley.

5) Las leyes orgánicas que autorizan la adopción de tratados internacionales.

6) Los actos parlamentarios de iniciativa y enmienda dentro del procedimiento legislativo, así como de ejercicio de la función de control e impulso al ejecutivo.

Por el contrario, no son capaces de vehicular una respuesta del legislador y, por tanto, no operará frente a ellas ningún veto:

1) Las leyes que autorizan al Gobierno para refundir textos y los propios textos refundidos.

2) Los tratados internacionales.

3) Las directivas de la Unión Europea.

4) Las reformas de la Constitución.

2. Norma con rango de ley o acto parlamentario idéntico, similar o que venga de manera directa a dar efecto a una norma con rango de ley o acto parlamentario depurado de inconstitucionalidad.

Otra de las cosas que nos ha enseñado el debate en torno a la objeción contramayoritaria es que el enfrentamiento entre las interpretaciones constitucionales del legislador y el Tribunal Constitucional se da siempre que entre ellas haya discrepancia. Sin embargo, en la práctica esto no es así. Puede ocurrir que el legislador ofrezca su propia interpretación de la Constitución sin conocer la del Tribunal Constitucional, y puede suceder también -como sucede en nuestro caso- que no toda interpretación de la Constitución dada por el Tribunal Constitucional obligue al legislador, por lo

que, en rigor, no habrá enfrentamiento. Es necesario, pues, una mayor concreción.

En este sentido, la respuesta del legislador, formulada con estos dos precisos términos, puede llevarnos a un equívoco: cuando hay respuesta, parece que también hay intención. Hay intención por parte del legislador de imponer su propia interpretación de la Constitución por sobre la que ha dado el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, en primer lugar, esta intencionalidad no será siempre detectable -puede que de ella no quede rastro en los debates parlamentarios ni en la exposición de motivos de la norma- o incluso que ni siquiera exista -desconocimiento por parte del legislador de la sentencia que contraviene-.

En segundo lugar, haya o no intención del legislador, el veto a la respuesta legislativa actuará, puesto que los plenos efectos frente a todos de las sentencias del Tribunal Constitucional no son disponibles y no pueden mitigarse por desconocimiento.

Pero aunque no podamos hacer de la intencionalidad la clave sobre la cual identificar cuando nos encontramos ante una respuesta del legislador, ello no nos exime de establecer expresamente cuales son las conductas vetadas. En la doctrina es habitual hablar del supuesto de la aprobación de una ley idéntica o similar como el propio de la respuesta legislativa.⁵¹⁶ En efecto, la intuición nos dice que en tales casos es muy improbable que el legislador haya obrado en desconocimiento de la sentencia contravenida. Pero lo más importante es que se trata de un criterio objetivo que nos permitirá conocer con la suficiente seguridad jurídica, e

⁵¹⁶ BOCANEGRA, *El valor de...*, *op. cit.*, págs. 235-236; GAVARA DE CARA, *op. cit.*, pág. 241; JIMÉNEZ CAMPO y RUBIO LLORENTE, *op. cit.* pág. 118; VIVER PI-SUNYER, «Los efectos vinculantes...», *op. cit.*, págs. 20-21.

independientemente de las circunstancias, cuando estamos ante un veto. A estas conductas debe añadirse también la de aprobar una norma o acto que venga a dar o a continuar los efectos de otra norma o actos declarados inconstitucionales, puesto que proveer a la eficacia de estos es tanto como considerar que no han sido expulsados del ordenamiento.

En fin, en esta misma dirección de limitar el veto a conductas que supongan un objetivo incumplimiento de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional apunta también el hecho de que los efectos *erga omnes* se predicen únicamente de las sentencias que depuran el ordenamiento -referente a un concreto mandato normativo-, y cuyos límites no pueden ensancharse hasta abarcar otras conductas. A ello provee también el alcance del efecto vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional que hemos manejado, y cuya fuerza de obligar al legislador dependerá necesariamente también del sentido depurativo del fallo.

Debemos, por último, especificar qué entendemos por cada una de las conductas vetadas:

Por ley o acto parlamentario idéntico entendemos precisamente eso, una ley o acto que es idéntico o que apenas ha variado con respecto a otro previamente declarado inconstitucional.

Por ley o acto similar nos referimos a la acción de aprobar una nueva ley o acto parlamentario que, aunque tenga una formulación totalmente distinta, venga sin embargo a producir los mismos efectos, es decir, anudar una misma consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, otorgar una idéntica posición jurídica, atribuir una competencia u ofrecer una definición con un alcance igual al de un precepto declarado inconstitucional.

Por ley o acto que de efecto a otro entendemos una disposición que venga directamente a desarrollar o a continuar los efectos de aquella depurada, como si siguiera en el ordenamiento.⁵¹⁷

III. El sujeto del veto: la identidad del legislador.

La depuración del ordenamiento se produce, como ya sabemos, mediante la expulsión de una disposición o interpretación de la misma, que siempre provendrá de un legislador. El veto a la respuesta se impone, pues, frente al legislador cuyo producto normativo ha sido depurado. Ahora bien, en España no hay un legislador único, sino que junto al estatal se sitúan los de las Comunidades Autónomas. Ante ello se hace necesario analizar si la identidad entre el legislador cuya norma ha sido depurada y el legislador sujeto del veto ha de darse siempre, o si es acaso posible extrapolar el veto ante la posibilidad de que otro legislador distinto repita el mismo comportamiento inconstitucional.

En primer lugar, debemos advertir que la identidad del legislador no puede llegar al extremo de exigir que sea exactamente el mismo, es decir, idéntico en su composición, a aquel que produjo la norma. El legislador se renueva periódicamente mediante elecciones democráticas y ello no afecta en nada a la validez de las leyes que se hayan aprobado en legislaturas anteriores. El nuevo legislador asume el ordenamiento vigente en su totalidad, incluida su posible inconstitucionalidad.⁵¹⁸

⁵¹⁷ El supuesto más habitual sea probablemente la dotación económica en ley de presupuestos para el ejercicio de competencias que han sido declaradas inconstitucionales. Como tendremos oportunidad de ver en la parte final de este trabajo, no se trata de una conducta imposible ni de la que el Tribunal Constitucional no haya debido dar ya cuenta.

⁵¹⁸ No obstante, para FERRERES COMELLAS, la presunción de constitucionalidad decae en casos de falta de respaldo por el legislador democrático actual. *Vid. Justicia constitucional..., op. cit.*, pág. 199 y ss.

Pues bien, cuando se trata de saber si es posible extrapolar el veto a la respuesta legislativa a otros legisladores distintos al afectado en el proceso de turno, es necesario distinguir entre si la razón de la inconstitucionalidad ha sido por motivos competenciales o no.

Cuando se trata del primer caso -inconstitucionalidad por incompetencia- el veto no puede ser en absoluto extrapolado. Al legislador estatal no se le puede imponer lo decidido para el legislador autonómico o viceversa, pues la incompetencia de uno no implica la del otro.

Pero tampoco entre legisladores autonómicos cabría extrapolar decisiones, puesto que, como es bien conocido, nuestro modelo de descentralización es asimétrico y no todas las Comunidades Autónomas gozan de las mismas competencias. Es más, el artículo 28.1 de la LOTC amplía el parámetro de la constitucionalidad a «las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». Por tanto, incluso el parámetro de la constitucionalidad podría variar a la hora de tener que juzgar sobre la inconstitucionalidad de una ley, dependiendo de la Comunidad Autónoma. Por todo ello, lo que puede ser inconstitucional para un legislador autonómico, no tiene por qué serlo para otro, y el veto no se puede extrapolar.

Mayores dudas nos ofrece el supuesto de que la inconstitucionalidad no se haya producido por falta de competencia. Aquí nos encontramos con una ley cuya inconstitucionalidad no depende del legislador que la ha producido, sino que se da por un contraste directo con una disposición material de la Constitución. Esto implicaría que la solución adoptada para un legislador sería también aplicable para cualquier otro. Sin embargo, creemos que tampoco en este caso el veto debe ser extrapolado. Pese al

carácter objetivo que todo proceso de inconstitucionalidad tiene al ir orientado a la depuración del ordenamiento, la LOTC no olvida que, puesto que estamos ante un verdadero proceso judicial, se debe llamar a las partes. Exigencia que también se deriva de la especial posición en el ordenamiento del objeto a enjuiciar, y a cuya defensa es necesario traer y oír a quién lo ha producido.

Por ello, no sólo en el recurso de inconstitucionalidad se prevé el traslado de la demanda, entre otros, al legislador estatal y, en su caso, a los autonómicos, sino que también para la cuestión -que puede, desde luego, plantearse con plena desconexión del momento parlamentario- se dispone lo mismo.⁵¹⁹ Pero si extrapolamos sin más el veto adoptado para un legislador a cualquier otro -en estos casos de depuración por motivos no competenciales- estaríamos aplicándole la misma solución sin otorgarle la oportunidad de salir en defensa de la constitucionalidad de la ley depurada, quizá incluso con argumentos que no hayan sido antes aducidos.

En definitiva, pensamos que el veto a la respuesta legislativa deberá operar siempre ante el mismo legislador cuya norma ha sido depurada en la sentencia que se pretende contestar, y que no hay razones de peso para extrapolarlo. Se trata, además, de la solución más ajustada a la especial

⁵¹⁹ Estas previsiones están en los artículos 34.1 -«Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas»- y 37.3 -«El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días»- de la LOTC.

dignidad que tiene el legislador -todo legislador- y la más acorde a su función.

Capítulo 6

La eficacia del veto a la respuesta del legislador.

I. El legislador frente al veto: el intérprete primario de la Constitución es también su guardián primario.

Que el legislador es el órgano llamado en primer lugar a hacer efectivo el veto a la respuesta a una declaración de inconstitucionalidad es algo que no ofrece dudas. El legislador es el sujeto del veto y a él se le impone la obligación de no actuar en contra de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional que ha depurado el ordenamiento y ha establecido un mandato en los términos y con los límites establecidos en el capítulo anterior.

El legislador es el intérprete primario de la Constitución, y ello se traduce en el ejercicio, también primario, del monopolio normativo. Es el órgano situado en la puerta de entrada del Derecho al ordenamiento jurídico y, por tanto, el mejor posicionado para impedir *a radice* la adopción de normas inconstitucionales. En este sentido, cuando el legislador acata las sentencias del Tribunal Constitucional que han depurado el ordenamiento, no sólo está haciendo prevalecer la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos. Está también respetando el ámbito propio del resto

de legisladores con quien convive. Y esto no es algo que se pueda predicar sólo del acatamiento a los pronunciamientos competenciales del Tribunal Constitucional. En efecto, el legislador tiene tanto interés en no invadir y no ser invadido en el ejercicio de sus competencias, como en el hecho de que el legislador competente no legisle de manera contraria a lo dispuesto en la Constitución. En un Estado donde la potestad legislativa es compartida por órganos dotados de una misma legitimidad democrática el enfrentamiento no se limita a la dicotomía mayoría-minoría, sino que depende también del escrupuloso respeto al reparto competencial establecido en la Constitución y a su efectivo sometimiento a límites que impidan la adopción irrestricta de decisiones por órganos que, aun siendo competentes, se encuentran imbuidos en un mismo marco que actúa como presupuesto que dota de igual legitimidad democrática a todas las decisiones tomadas al amparo de sus confines.

El Tribunal Constitucional ha ido desarrollando paulatinamente una doctrina en torno a la palmaria o manifiesta inconstitucionalidad de diversos actos parlamentarios y el correlativo deber de inadmisión de los mismos que recae sobre la Mesa de los parlamentos. Esta doctrina se ha ido forjando a través de la resolución de recursos de amparo interpuestos por vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución. Sin perjuicio de que en el apartado siguiente analizaremos más detenidamente si es posible considerar la admisión a trámite de estos actos como una vulneración del *ius in officium* de los parlamentarios, cabe apuntar que desde un inicio el Tribunal Constitucional ha configurado la palmaria o manifiesta inconstitucionalidad como estándar independiente de la configuración legal de aquel derecho.

Esta línea jurisprudencial se inició tímidamente en la STC 205/1990, de 13 de diciembre, que resolvió un recurso de amparo interpuesto contra los Acuerdos de la Mesa del Senado de fechas 10 de octubre y 15 de noviembre de 1988, en los que se acordaba, respectivamente, inadmitir a

trámite una moción presentada por el Grupo Parlamentario «Convergencia i Unió», y, más tarde, desestimar la solicitud de reconsideración del acuerdo adoptado.

El Tribunal Constitucional estima el recurso por considerar vulnerado el artículo 23.2 de la Constitución, puesto que los Acuerdos impugnados habrían constreñido indebidamente el contenido del *ius in officium* de los parlamentarios recurrentes. Ahora bien, el Alto Tribunal es consciente de que dados los términos del artículo 23.2 de la Constitución, el derecho fundamental que establece «es un derecho de configuración legal [...], y esa configuración comprende los Reglamentos parlamentarios a los que compete regular y ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan» (FJ 5). De tal manera, y una vez analizados los preceptos concernientes del Reglamento del Senado, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que «sólo cuando el contenido de la moción sea inequívocamente extraño a las finalidades establecidas para estas mociones en el art. 174 [...] el Reglamento permite acordar la inadmisión por la Mesa, pues del contenido de la pretensión deducida debe ocuparse el Pleno con independencia del sentido en que lo haga» (FJ 6). Pero a esto añade una segunda causa que imposibilita la inadmisión y que es en apariencia independiente de la configuración legal concreta de los deberes de la Mesa: cuando el contenido de la moción -dice el Tribunal- sea «manifiestamente contrario a derecho o inconstitucional» (FJ 6).

Esta última doctrina ha sido continuada y matizada por diversas sentencias hasta encontrar su formulación más acabada en la reciente STC 115/2019, de 16 de octubre, donde la posibilidad de inadmisión se transforma ya definitivamente en un deber, y la manifiesta o palmaria inconstitucionalidad en causa suficiente de tal inadmisión, esté así o no dispuesto en la concreta regulación parlamentaria.

La mencionada sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por el grupo parlamentario Socialistes i Units per Avançar, del Parlamento de Catalunya, en relación con la calificación y admisión a trámite por la mesa de la cámara de una «Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional». El recurso se sostiene en la vulneración del «*ius in officium* de los diputados recurrentes (art. 23.2 CE), al dar trámite a una iniciativa claramente inconstitucional, por haber sido calificada de este modo en la STC 259/2015, de 2 de diciembre, la resolución 1/XI a la que se remite la moción tramitada». En el Fundamento Jurídico 6, el Tribunal resume su doctrina acerca del carácter excepcional con que «las mesas pueden controlar el contenido material de las iniciativas parlamentarias, para el caso de que se trate de propuestas o proposiciones cuya inconstitucionalidad sea palmaria y evidente», y que sería la siguiente:

En primer lugar, y con carácter general, «las mesas no deben inadmitir propuestas o proposiciones, a causa de la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, porque ello infringiría el derecho fundamental de sus impulsores, reconocido en el art. 23.2 CE». En efecto, y como veremos más detenidamente en el apartado siguiente, este es el contenido más propio del derecho aludido, en tanto que garantía en el ejercicio de la representación que ostentan los parlamentarios y cuyo contenido más básico -la iniciativa parlamentaria- no puede verse restringido por meras sospechas de inconstitucionalidad, aunque esta se derive incluso de la contradicción a la doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, este principio general aludido «consiente una limitada salvedad, pudiendo las mesas inadmitir a trámite propuestas o proposiciones cuya contradicción con el Derecho, o cuya inconstitucionalidad, sean palmarias y evidentes».

Ahora bien, y en relación con la restrictiva lectura que debe hacerse de toda limitación a la labor del legislador, añade el Tribunal Constitucional que «de esa excepcional potestad para no dar curso a la propuesta de que se trate, no puede deducirse una obligación de la mesa de paralizar la tramitación de las iniciativas evidentemente inconstitucionales». Con cita de la STC 47/2018, de 26 de abril, se nos recuerda que «en el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría que llamar “derecho fundamental a la constitucionalidad” de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen, hipotético contenido este que no solo difuminaría los contornos del derecho instituido en aquel precepto, sino que alteraría al propio tiempo la propia configuración del recurso de amparo e incluso, acaso, el entero sistema de nuestra jurisdicción constitucional» (FJ 5).

En tercer y último lugar, no obstante lo dicho, «la facultad de las mesas de las asambleas legislativas de efectuar un control de constitucionalidad sobre el contenido de las propuestas e iniciativas palmaria y manifiestamente inconstitucionales que se presentan a su consideración, se transforma en obligación cuando medie un mandato del Tribunal Constitucional, “acompañado incluso de un apercibimiento, en la medida en que la admisión a trámite de la iniciativa supone la trasgresión directa de un pronunciamiento de este Tribunal que exige que se impida o paralice toda iniciativa contraria a la suspensión acordada. [...] Existe, así, en tal caso, un deber de la mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación” (STC 47/2018, FJ 5)».

Existe, pues, un deber que recae sobre la Mesa de inadmitir toda propuesta o iniciativa parlamentaria cuya palmaria y manifiesta inconstitucionalidad no sea sólo aparente, sino que derive directamente de un mandato del Tribunal Constitucional. En las SSTC 46/2018 y 47/2018,

ambas de 26 de abril, el Alto Tribunal intentó dar una primera aproximación con respecto «a los supuestos en los que la decisión de la mesa de un parlamento por la que se haya acordado la admisión a trámite de una iniciativa constitu[iría] un incumplimiento manifiesto de lo ordenado por el Tribunal Constitucional (art. 9.1 CE y 87.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC)» (STC 96/2019, de 15 de julio de 2019, FJ 6).

Así, en la STC 46/2018, se afirma que «lo determinante a estos efectos es que la decisión de admitirla a trámite conlleve incumplir lo decidido por el Tribunal y que la Mesa sea consciente de que al tramitarla puede estar incumpliendo su deber constitucional de acatar lo resuelto por este Tribunal. Por ello, para que pueda considerarse que existe este incumplimiento es preciso que la mesa tramite la iniciativa a sabiendas de que existe una resolución de este Tribunal que le [sic] impide darle curso. Así sucede, entre otros supuestos, en los casos en los que la resolución contenga una expresa decisión de la que se derive esa consecuencia (por ejemplo, traiga causa de un acto o una norma cuya eficacia se encuentre suspendida al amparo del art. 161.2 CE o infrinja una medida cautelar o cualquier otro pronunciamiento que este Tribunal haya podido adoptar en el ejercicio de su jurisdicción)» (FJ 6).

Por su lado, en la STC 47/2018, ahondando en esta doctrina, se hacía referencia a la existencia de «un deber de la Mesa de inadmitir a trámite la iniciativa presentada, en cuanto que el control material de la misma viene expresamente exigido por un mandato jurisdiccional que impone esa obligación» (FJ 5). Ese mandato jurisdiccional se concretaría en la suspensión de vigencia y aplicación de la Ley 20/2017 del Parlamento de Cataluña, acordada por providencia, pero también de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Ley 19/2017, de aquel mismo parlamento, acordada por la STC 114/2017, de 17 de octubre; leyes a las que las dos propuestas de resolución impugnadas en amparo buscaban dar efectividad y aplicación.

En este sentido, la sentencia que estábamos primeramente comentando -STC 115/2019-, acaba por dar, en nuestra opinión, un paso decisivo en la identificación del supuesto principal que puede dar lugar al deber por parte de la Mesa de inadmitir una iniciativa o propuesta parlamentaria. Nos referimos, por supuesto, a la previa existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya depurado el ordenamiento con efectos generales. Así, en la mencionada sentencia, afirma el Tribunal que los acuerdos impugnados obvian «los efectos generales de la STC 259/2015, y el alcance de la doctrina que esta sentencia contiene [...]». La mesa del Parlamento ha tramitado la moción a sabiendas de que existe una resolución previa de este Tribunal que le [sic] impide darle curso, por tratarse de una mera reiteración de la resolución 1/XI, que ya ha sido anulada». Y por ello, «la decisión de la mesa de la cámara constituiría un manifiesto incumplimiento de su deber de respetar lo resuelto por este Tribunal (arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC) en la STC 259/2015» (FJ 7).

No obstante, esta doctrina ha sido criticada en el voto concurrente que la magistrada doña Encarnación Roca Trías formula a la sentencia. Según esta jurista, se ha operado una modificación en el canon de enjuiciamiento que, para supuestos similares, derivaba de otras sentencias previas (SSTC 46/2018, 47/2018 y 96/2019). Ese cambio sería precisamente el centrar la obligación de inadmisión de la Mesa en los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional, y no en un mandato específico. Sólo estos últimos, en su opinión, tendrían entidad suficiente para imponer a la mesa el deber de inadmisión, pues «una cosa es la inconstitucionalidad “palmaria y evidente” [...], y otra, muy distinta, el “incumplimiento manifiesto de lo resuelto por el Tribunal Constitucional”». Por ello, la Mesa debería haber inadmitido la moción, pero no en base a los efectos generales de la STC 259/2015, sino porque mediaba un auto - ATC 24/2017, de 14 de febrero- «del que se derivaba el inequívoco deber de la mesa de abstenerse de tramitar [la] iniciativa, en cuanto conllevaba incumplir lo decidido por el

Tribunal» en aquella sentencia.⁵²⁰ En nuestra opinión, sin embargo, no es esta la doctrina más correcta.

Son las sentencias del Tribunal Constitucional que depuran el ordenamiento con efectos generales las que tienen la potencialidad suficiente, como ya sabemos, de imponer al legislador un veto que le impida adoptar nuevamente el derecho declarado inconstitucional. El deber de la mesa de inadmitir iniciativas y proposiciones manifiestamente inconstitucionales se derivaría de la previa existencia de una de aquellas sentencias; y qué duda cabe de que la manifiesta inconstitucionalidad puede apreciarse cuando la iniciativa o proposición caiga dentro del marco del veto a la respuesta del legislador.

Los mandatos específicos a la Mesa pueden imponer a la misma el deber de inadmitir ciertas iniciativas, pero siempre que esté así previsto o que el propio mandato no sea sino la concretización del que contiene una sentencia. Así ocurre con los autos dictados en procedimientos de ejecución y cuya comunicación e imposición a los miembros de la Mesa del deber de inadmitir iniciativas que conduzcan a desatender lo dispuesto en una sentencia no es sino el recordatorio del deber general que existe para todos los poderes públicos de cumplir con lo dispuesto en aquellas.

En cuanto a las providencias y autos que acuerdan la suspensión de disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las

⁵²⁰ Con el añadido de que en el mencionado Auto se había acordado también la notificación personal «a la presidenta del Parlamento de Cataluña, a los demás miembros de la mesa del Parlamento y al secretario general del Parlamento, así como al presidente y demás miembros del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, con la advertencia de abstenerse de realizar cualesquiera actuaciones tendentes a dar cumplimiento a la resolución 306/XI en los apartados anulados y de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa, jurídica o material, que directa o indirectamente suponga ignorar o eludir la nulidad de esos apartados de dicha resolución, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de incumplimiento de lo ordenado por este Tribunal».

Comunidades Autónomas, se trata de una previsión expresa de la Constitución -artículo 161.2-.⁵²¹ El deber que tiene la Mesa de inadmitir iniciativas que reiteren o desarrollen disposiciones suspendidas es una consecuencia necesaria del efectivo acatamiento a dicha suspensión; pero de donde no deriva, desde luego, es de una palmaria o manifiesta inconstitucionalidad que, en puridad, aún no se ha declarado.

La existencia de un mandato específico a la Mesa no es, por tanto, requisito necesario ni suficiente para que esta deba inadmitir una iniciativa por manifiestamente inconstitucional. De hacerlo así estaríamos negando los efectos generales que producen las sentencias del Tribunal Constitucional y limitando los supuestos de inadmisión a la eventualidad de que se haya instado un procedimiento de ejecución de sentencia o se haya acordado la suspensión de una disposición; algo que puede llegar a producir resultados especialmente sangrantes en este último caso, habida cuenta que la suspensión no puede acordarse con respecto a resoluciones y disposiciones del Estado.

En definitiva, el deber de inadmitir iniciativas manifiestamente inconstitucionales que recae sobre la Mesa es parte del veto a la respuesta del legislador; y en el estricto marco que delimita esta última se puede hablar con toda propiedad de palmaria o manifiesta inconstitucionalidad, tal y como parece estar reconociendo claramente el Tribunal Constitucional en el último de sus pronunciamientos referidos arriba.

Como ya adelantábamos al inicio de este apartado, el veto a la respuesta se impone al legislador, que desde entonces somete a todos los órganos y miembros de este poder a la obligación de no permitir la adopción del derecho ya expulsado. A este efecto no cabe contar únicamente con la

⁵²¹ Aunque controvertida. *Vid.* ROSADO IGLESIAS, «La suspensión de la ley autonómica», *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007, págs. 137 y ss.

obligación de la Mesa de inadmitir iniciativas así viciadas, sino que a su corrección en caso de eventual admisión deberán proveer tanto los grupos, como los parlamentarios considerados individualmente.

Ya se ha discutido en este trabajo sobre las serias transformaciones que la función del parlamentario individual ha sufrido, y sería pecar de ingenuidad ignorar la mediatización a la que queda sometida por el alto protagonismo que los reglamentos parlamentarios otorgan a los grupos, así como por la soterrada pero tan eficaz disciplina parlamentaria. Pero no cabe tampoco desconocer que, especialmente cuando se trata del ejercicio de la función legislativa,⁵²² son los parlamentarios, y no los grupos, los verdaderos titulares de los derechos que conlleva su ejercicio.⁵²³

En este sentido, no se trata sólo de garantizar el derecho al voto,⁵²⁴ sino también de no restringir de manera indebida la posibilidad de presentar enmiendas. Como afirma REDONDO GARCÍA, «no puede sin embargo olvidarse que el derecho de enmienda forma parte del *ius in officium* del parlamentario lo que implica que, en alguna medida y aunque sea de forma residual, ha de poder permitirse su ejercicio individual».⁵²⁵ De ahí que

⁵²² Vid. STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 3.

⁵²³ Como afirmó el TC en su STC 167/1991, de 19 de julio, «la elección es, pues, de personas (de candidatos presentados por Partidos políticos, Coaliciones electorales o Agrupaciones de electores, debidamente proclamados como tales) y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar, una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido» (FJ 4).

⁵²⁴ Vid. al respecto GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios», *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, núm. 24, 2010, págs. 99 y ss., así como la STC 361/2006, de 18 de diciembre.

⁵²⁵ «El derecho de enmienda como instrumento de integración del pluralismo político en la fase central de los procedimientos legislativos de las cortes generales», *Revista de Derecho Político*, núm. 50, 2001, pág. 216. Vid. también GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 224-228 y

coincidamos plenamente con la autora cuando afirma que ha «de entenderse la exigencia reglamentaria de la firma del Portavoz del Grupo Parlamentario, no como una *conditio sine qua non* para la presentación de enmiendas sino como una mera exigencia de dar a conocer, comunicar, notificar o informar al grupo del contenido de la enmienda».⁵²⁶

El legislador es, en definitiva, no sólo el intérprete primario de la Constitución, sino también su guardián primario. Como órgano colegiado, es a los distintos grupos, órganos y parlamentarios individuales que lo componen a quienes compete que la decisión tomada en nombre de la colectividad se atenga al marco de la Constitución. Pero además, como órgano de representación democrática que viene a exteriorizar la voluntad de la ciudadanía, tiene en sus manos ejercer también un papel que no por desterrado deja de ser importante: la corrección o paralización de la legislación que proviene del Gobierno, y a cuya aprobación no debería proveer cuando sea claramente inconstitucional.

No obstante, a nadie se le escapa que la aprobación por el legislador de una norma con rango de ley o disposición parlamentaria que sea respuesta a una sentencia del Tribunal Constitucional es una eventualidad que no cabe en ningún modo desechar; sobre todo cuando la iniciativa legislativa provenga, como viene siendo lo habitual, de quien ostenta la mayoría parlamentaria. Por ello, en los próximos apartados nos vamos a dedicar a analizar qué herramientas -distintas, claro está, de su impugnación de nuevo ante el Tribunal Constitucional- nos ofrece nuestro

RUBIO LLORENTE, «El procedimiento legislativo en España: el lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 16, 1986, pág. 94.

⁵²⁶ REDONDO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 216. En relación con la cuestión de las enmiendas es también interesante la problemática en torno a su supresión en los procedimientos parlamentarios de urgencia o lectura única. *Vid.* STC 27/2000 de 31 de enero. No obstante, y aún atendida su supresión, el deber de los parlamentarios de hacer valer el veto a la respuesta legislativa queda salvado con la posibilidad de ejercer el voto.

ordenamiento jurídico a la hora de suprimir la validez de estos actos parlamentarios o de las leyes a que den lugar.

II. El amparo frente a la admisión de iniciativas parlamentarias por parte de la Mesa.

Ya hemos adelantado en el apartado anterior que el Tribunal Constitucional ha resuelto procedimientos de amparo donde se trataba de dilucidar si la admisión de ciertas iniciativas por parte de la Mesa de un parlamento producía una vulneración del *ius in officium* parlamentario.

En las dos sentencias del Tribunal Constitucional que hasta ahora han estimado un recurso de amparo contra un acuerdo de la Mesa que admite iniciativas parlamentarias cuyo contenido bien reitera, bien da efecto a leyes o disposiciones declaradas inconstitucionales y nulas, se explicita el concreto sentido en que se tiene por vulnerado el derecho fundamental que el artículo 23.2 de la Constitución otorga a los parlamentarios.

En la STC 47/2018, de 26 de abril, afirma el Alto Tribunal que «la decisión de la Mesa del Parlamento de calificar y admitir a trámite las propuestas de resolución [...] provocó una primera consecuencia que afectó hondamente a la situación parlamentaria de los recurrentes, que se vieron en la tesitura obligatoria de tener que optar entre atender al mandato representativo de los ciudadanos por los que habían resultado elegidos, para lo cual tendrían que asistir a un Pleno en el que se iban a debatir, contra la prohibición expresa de este Tribunal, determinadas propuestas de resolución manifiestamente inconstitucionales; o no asistir a la sesión plenaria, lo que les llevaría a tener que ausentarse del Pleno, para desvincularse de aquellas iniciativas prohibidas, desatendiendo de ese modo sus funciones como tales parlamentarios electos. [...] en ambos casos, [...] implicaba una grave afectación del *ius in officium* de los diputados recurrentes, pues éstos habrían de debatirse entre tomar parte

en una sesión parlamentaria con un contenido claramente contraventor de la Constitución y de la legalidad, dando una apariencia de normalidad parlamentaria y democrática a un acto que no la tenía, o ausentarse del mismo y no participar en el debate y votación, teniendo que renunciar obligatoriamente a sus funciones más características, como parlamentarios representantes de los ciudadanos que los eligieron» (FJ 6).

Por su lado, la ya anteriormente citada STC 115/2019, de manera mucho más lacónica y con cita de la STC 46/2018,⁵²⁷ afirmará que «el incumplimiento de este deber [de inadmisión por parte de la Mesa] determina en este supuesto [...] la lesión del *ius in officium* de los parlamentarios recurrentes. La admisión de la iniciativa impide que, en relación con ese procedimiento parlamentario, puedan ejercer legítimamente sus funciones representativas, pues, en tales circunstancias, el ejercicio de su cargo conllevaría no acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional e incurrir, por tanto, en un grave ilícito constitucional» (FJ 7).

Conviene aquí que nos detengamos un momento en exponer los rasgos característicos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido confiriendo al derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución.

En primer lugar, este precepto reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y por ello «no sólo se garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, sino también que los que hayan accedido a los mismos se mantengan en ellos y los desempeñen de conformidad con lo que la ley disponga» (STC 1/2015, de 19 de enero,

⁵²⁷ Que no incluimos aquí porque en ella, pese a estimarse igualmente un amparo contra la admisión a trámite de una iniciativa parlamentaria, se hizo únicamente en cuanto suponía la aplicación de una norma legal suspendida en su vigencia por el Tribunal Constitucional y no, por tanto, de una norma legal ya expulsada del ordenamiento.

FJ 3).⁵²⁸ Es decir, garantiza no sólo el derecho al acceso y permanencia en los cargos públicos, sino también a su ejercicio conforme a lo dispuesto legalmente.⁵²⁹

En segundo lugar, se establece «una conexión directa entre el derecho de los parlamentarios (art. 23.2 CE) y el que la Constitución atribuye a los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), pues puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del artículo 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el artículo 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio» (STC 202/2014, de 15 de diciembre, FJ 3).⁵³⁰ Así, la garantía del derecho previsto en el artículo 23.2 de la Constitución tendría «particular relevancia cuando [...] la petición de amparo se presenta por los representantes parlamentarios en defensa del ejercicio de sus funciones, ya que, en tal supuesto, resulta también afectado el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos

⁵²⁸ Y en este mismo sentido, entre otras, las SSTC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3; 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2; 28/1984, de 28 de febrero, FJ 2; 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3; 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6, y 40/2003, de 17 de febrero, FJ 2.

⁵²⁹ *Vid.* MARRERO GARCÍA-ROJO, «Artículo 23.1. El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la..., op. cit.*, Tomo I, págs. 688 y ss.

⁵³⁰ Línea jurisprudencial iniciada con las SSTC 5/1983 y 10/1983 y continuada, entre otras, en SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3, y 40/2003, de 17 de febrero, FJ 2. *Vid.* al respecto *ibid.* págs. 682-688 y CAAMAÑO DOMINGUEZ, «Mandato parlamentario y derechos fundamentales. (Notas para una teoría de la representación "constitucionalmente adecuada")», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 36, 1992, especialmente págs. 137-138.

a través de sus representantes, reconocido en el artículo 23.1 CE» (STC 46/2018, FJ 3).⁵³¹

En tercer y último lugar, se trataría de un derecho de configuración legal -tal y como se desprende del inciso final del propio artículo 23.2 CE- cuya dimensión corresponde establecer a los Reglamentos parlamentarios, «a los que compete fijar y ordenar los derechos y atribuciones propios de los parlamentarios que, una vez creados, quedan integrados en el status propio de su cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren» (STC 36/2014, de 27 de febrero, FJ 5).⁵³²

Aunque la doctrina acogió favorablemente el cambio de parecer del Tribunal Constitucional con respecto a su inicial jurisprudencia que consideraba exentos de control los actos internos de las Cámaras como consecuencia del debido respeto a su independencia,⁵³³ no han faltado tampoco las críticas cuando -decidido ya a abandonar la lectura más estricta de la vía de los *interna corporis acta*-⁵³⁴ abrió la posibilidad de

⁵³¹ También, entre otras, en las SSTC 161/1988, FJ 6; 181/1989, de 3 de noviembre, FJ 4; 205/1990, de 13 de diciembre, FJ 4; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3, y 40/2003, FJ 2.

⁵³² También en las SSTC 107/2016, de 7 de junio, FJ 4 B) a); y 108/2016, de 7 de junio, FJ 4 B) a). *Vid.* asimismo MARRERO GARCÍA-ROJO, *op. cit.*, pág. 688.

⁵³³ *Vid.* TORRES MURO, «Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984 y GUAITA MARTORELL, «El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los órganos legislativos», *Revista de las Cortes Generales*, núm 7, 1986.

⁵³⁴ Así en el ATC 183/1984, de 21 de marzo, donde se acordaba inadmitir el recurso de amparo interpuesto contra unas normas dictadas por la Presidencia del Senado por supuesta vulneración del artículo 23.2 de la Constitución, aduciendo que la característica propia de las Cámaras es su independencia «y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las Leyes, no

proteger en amparo la función parlamentaria en los términos que hemos expuesto.⁵³⁵

La estrecha conexión establecida entre los derechos de los representados y los de sus representantes ha obligado a amparar, no ya el acceso y permanencia en el cargo, sino también su ejercicio, cuyo concreto alcance sólo puede hacerse con referencia a la ley, provocando la difuminación de sus límites: las facultades integradas en el contenido de este derecho son fijadas por normas infraconstitucionales, sin que sea posible conocer las mismas sin acudir a la ley.⁵³⁶ Tampoco ayudaría a clarificar las cosas el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional según el cual «no cualquier acto del órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, pues sólo poseen relevancia constitucional, a estos efectos, los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria».⁵³⁷ En fin, se ha dicho también, aquella

están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano o se concretan en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto del control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen» (FJ 2).

⁵³⁵ La primera vez que el Tribunal Constitucional estimó un recurso de amparo interpuesto por un parlamentario por vulneración del artículo 23.2 de la Constitución fue en la STC 161/1988, de 20 de septiembre, y que inauguró una línea jurisprudencial que, como ya hemos visto, continúa hasta día de hoy. Un análisis de esta sentencia inaugural puede encontrarse en BIGLINO CAMPOS, «Las facultades de los parlamentarios. ¿Son Derechos Fundamentales?», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 30, 1993, págs. 60 y ss. Sobre el origen de la teoría de los *interna corporis acta* como medio de salvaguardar la independencia del Parlamento frente al poder de la Corona, así como indefensión de las minorías parlamentarias que provocaría su estricta aplicación en el moderno parlamentarismo puede consultarse DIEZ-PICAZO, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Zaragoza, Studia Albornotiana, 1985, págs.. 39 y ss.

⁵³⁶ BIGLINO CAMPOS, «Las facultades...», *op. cit.*, págs. 80-82.

⁵³⁷ STC 1/2015, FJ 3 y, en este mismo sentido, las SSTC 38/1999, FJ 2, 107/2001, FJ 3; 40/2003, FJ 2 o STC 23/2015, de 16 de febrero, FJ 3, entre otras.

misma estrecha imbricación entre representados y representantes produciría una cierta confusión acerca de la titularidad del derecho.⁵³⁸

A estas críticas debemos añadir nosotros otra: considerar vulnerado el derecho fundamental de los parlamentarios a ejercer su función por la admisión a trámite de iniciativas legislativas manifiestamente inconstitucionales podría suponer tanto como un juicio previo sobre el resultado final del procedimiento legislativo. Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, «las Mesas no deben, con carácter general, inadmitir propuestas o proposiciones a causa de la supuesta inconstitucionalidad de su contenido, lo que infringiría el derecho fundamental de sus impulsores [...]; en el contenido del derecho enunciado en el art. 23.2 CE no se encuentra lo que habría que llamar "derecho fundamental a la constitucionalidad" de las iniciativas parlamentarias o, incluso, de los acuerdos o normas a que aboquen» (STC 107/2016, FJ 3).⁵³⁹

Así las cosas, para BIGLINO CAMPOS, las facultades parlamentarias tendrían mucho mejor anclaje constitucional como «atribuciones» que

⁵³⁸ Como afirma BIGLINO CAMPOS, «quienes han accedido a los cargos públicos parecen ser meros instrumentos de los que ostentan el derecho de participación política, es decir, los ciudadanos. Pero a su vez, los representantes pueden invocar como propio el derecho de aquellos que les han votado», *ibid.*, pág. 81. Para CAAMAÑO DOMINGUEZ, «si el representante puede invocar este derecho de los ciudadanos en conexión con el suyo propio (art. 23.2) no es porque tras la elección se convierta en un impropio titular jurídico del mismo, sino porque, en la medida en que instrumentaliza el derecho de los ciudadanos a verse representados, queda procesalmente legitimado para su defensa. Por eso no existe contradicción cuando el Tribunal Constitucional afirma que «los representantes lo son del pueblo español como unidad, pero también, aunque en otro sentido, de sus electores, porque el mandato que cada uno ha recibido es producto de la voluntad de quienes lo eligieron». «Mandato parlamentario...», *op. cit.* pág. 138. Incluso en algunos votos particulares a sentencias del Tribunal Constitucional se mantuvo en un principio que el artículo 23 no daba pie a que un representante pudiera alegar como propio un derecho que, en puridad, sólo se reconocía expresamente a los electores. *Vid.* el voto particular de los magistrados Latorre y Díez-Picazo a la STC 5/1983.

⁵³⁹ Y en este mismo sentido las sucesivas SSTC 108/2016, FJ 3 b), y 109/2016, FJ 4 b).

como «derecho fundamental». Para la citada autora esto no significaría la vuelta a la teoría de los *interna corporis*, puesto que sería posible garantizar estas atribuciones de los parlamentarios sin necesidad de acudir a instrumentos subjetivos de protección, y en particular a través de los controles jurídicos destinados a depurar el ordenamiento de normas cuando estas se hayan adoptado con vulneración de aquellas atribuciones de los parlamentarios.⁵⁴⁰

Sin embargo, creemos que es precisamente con las vulneraciones que estamos comentando cuando el Tribunal Constitucional más se aleja de su ya tradicional caracterización del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución y de su posible crítica como tal. Es un derecho, sin duda, cuya base parte de lo dispuesto en la ley, y en concreto en la función que todos los reglamentos parlamentarios otorgan a la Mesa de controlar la regularidad de las distintas iniciativas parlamentarias. Ahora bien, esta función, que por lo general se ejerce a los solos efectos «de controlar la regularidad jurídica y la viabilidad formal o procesal de las iniciativas presentadas» (STC 107/2016, FJ 3), consiente una única excepción que, apartándose de la letra de los Reglamentos parlamentarios, permitiría un control material de las iniciativas legislativas por su afectación al núcleo de la función representativa de los diputados. Y esta afectación será fácilmente identificable: operará cuando la manifiesta o palmaria inconstitucionalidad de la iniciativa legislativa provenga de la reiteración o desarrollo de una norma previamente depurada con efectos generales en una sentencia del Tribunal Constitucional.

La vulneración, sin dejar de estar conectada con el derecho de los representados a que sus representantes puedan ejercer sus funciones conforme a las leyes, se concreta en situaciones que afectan a estos y que

⁵⁴⁰ Vid. «Las facultades...», *op. cit.*, págs. 96 y ss., así como, de esta misma autora, *Los vicios en...*, *op. cit.*, págs. 24 y ss.

no pueden predicarse -sin muchas salvedades- de aquellos. Así, son los parlamentarios quienes se ven forzados «a tomar parte en una sesión parlamentaria con un contenido claramente contraventor de la Constitución», incurriendo con ello «en un grave ilícito constitucional», o bien «no participar en el debate y votación, teniendo que renunciar obligatoriamente a sus funciones más características».

Con independencia del deber que, según ya vimos, corre a cargo de todo parlamentario de proveer a la corrección o no adopción de la ley o disposición parlamentaria afectada por el veto a la respuesta del legislador, no es menos cierto que la depuración con efectos generales de la norma ha dotado a aquellos de una posición subjetiva de la que de otro modo carecerían.

Así parece entenderlo también el Tribunal Constitucional, pues si bien en la primera de las dos sentencias de referencia que venimos manejando -la STC 47/2018- parte aun en su exposición de la doctrina tradicional en torno al derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, en la segunda de ellas -la STC 115/2019- la sustituye por una nueva argumentación que incide en los condicionantes ilegítimos a que puede verse sometido el ejercicio de la actividad parlamentaria por parte de la mayoría.

En efecto, el respeto al ejercicio de las facultades de los parlamentarios no se cifra únicamente en el aseguramiento de aquellas que pueden incidir de manera positiva en la actividad de las cámaras, sino también de aquellas otras que les permitan oponerse a la adopción del derecho ya declarado inconstitucional, algo que adquiere especial relieve cuando se trata de proteger a las minorías políticas: «Hay que tener en cuenta que el pluralismo político, como valor superior del ordenamiento jurídico, junto a los valores de libertad, igualdad y justicia (art. 1.1 CE), adquiere uno de sus más claros sentidos en la actividad parlamentaria, al permitir ejercer a las

minorías una función de control en el seno mismo de la representación política. Y desde esta posición, las minorías políticas, a las que alcanza también la obligación de acatamiento de la Constitución y el ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), solo pueden ejercer esa función de defensa del ordenamiento mediante el control de los actos de los órganos parlamentarios [...] intentando impedir que se adopten resoluciones que claramente contravienen el texto constitucional. Si se obstaculiza la función del control parlamentario a una minoría política, se lesiona el núcleo esencial del *ius in officium*, cuyo contenido mínimo consiste en el ejercicio del control de la actividad parlamentaria» (FJ 3).

Como ya sabemos, el veto a la respuesta del legislador impide que este adopte una norma que reitere o de efectos a aquella que ha sido anteriormente depurada con efectos generales. En este sentido, como afirma el Tribunal Constitucional, «el respeto a los procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable, y tratar de sortearlos, eludirlos o prescindir de ellos “sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica” (STC 103/2008, de 11 de septiembre)» [STC 115/2019, FJ 3]. Qué duda cabe que la efectividad del veto a la respuesta legislativa recae en quienes componen la cámara, y en tal sentido no sólo tienen un deber, sino también una posición jurídica garantizada. Lo contrario, concluye el Alto Tribunal, supondría «forzar la reapertura sistemática de discusiones que ya han sido planteadas, han cristalizado en forma de acuerdo, declaración, moción o incluso norma con rango de ley, y han terminado por ser expulsadas del sistema jurídico por una resolución del Tribunal declarativa de la inconstitucionalidad de la disposición» (FJ 7).

De todo lo hasta aquí expuesto tenemos que el recurso de amparo puede utilizarse como mecanismo con el que impugnar una respuesta del

legislador a una declaración de inconstitucionalidad vehiculizada mediante una iniciativa legislativa. Pero esta misma conclusión puede extenderse a otros actos parlamentarios que pueden asimismo dar lugar a una respuesta del legislador.

Por lo que hace a las enmiendas parlamentarias, el Tribunal Constitucional ha resuelto en la reciente STC 128/2019, de 11 de noviembre, que los acuerdos de la Mesa y Presidente del Parlamento de Cataluña que admitieron a trámite determinadas enmiendas a la propuesta de resolución denominada «Restitució de les institucions catalanes», habían vulnerado el derecho al ejercicio de las funciones representativas de los parlamentarios recurrentes, y en base a las mismas razones que aquí hemos expuesto.

También se ha aceptado por parte del Tribunal Constitucional que una Moción parlamentaria puede dar lugar a una vulneración del *ius in officium* parlamentario. En este sentido, en las también recientes SSTC 115/2019, de 16 de octubre y 156/2019, de 28 de noviembre, se otorga el amparo solicitado por dos grupos parlamentario del Parlamento de Cataluña contra los acuerdos y resoluciones de la Mesa y del Presidente de la cámara que permitieron la tramitación de la «Moción subsiguiente a la interpelación al Gobierno sobre la normativa del Parlamento anulada y suspendida por el Tribunal Constitucional». La mesa del Parlamento habría vulnerado el *ius in officium* de los recurrentes al tramitar «la moción a sabiendas de que existe una resolución previa de este Tribunal que le impide darle curso, por tratarse de una mera reiteración de la resolución 1/XI, que ya ha sido anulada. En consecuencia, la decisión de la mesa de la cámara constituiría un manifiesto incumplimiento de su deber de respetar lo resuelto por este Tribunal (arts. 9.1 CE y 87.1 LOTC) en la STC 259/2015» (STC 115/2019, FJ 7).

Por último, también los acuerdos y resoluciones parlamentarias que admitieran a trámite una proposición no de ley que vehiculizara una respuesta del legislador podría dar lugar a una vulneración del derecho de los parlamentarios contemplado en el artículo 23.2 de la Constitución. En efecto, el Tribunal Constitucional ha permitido que la admisión de una proposición no de ley por parte de la Mesa sea controlable en amparo (*Vid.* SSTC 40/2003, de 27 de febrero y 78/2006, de 13 de marzo).⁵⁴¹

III. Una propuesta descentralizadora del control de constitucionalidad: la inaplicación por parte de los tribunales ordinarios de las normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador.

Al inicio de nuestra actual andadura constitucional el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sostuvo que los tribunales ordinarios deberían inaplicar aquellas leyes de desarrollo de los derechos fundamentales que no respetaran su contenido esencial. El amparo debería ser dispensado sin que el tribunal ordinario tuviera que demorar su decisión -algo que iría contra el mandato de «preferencia y sumariedad» que dispone el artículo 53.2 de la Constitución- para substanciar una cuestión de inconstitucionalidad.⁵⁴²

Esta propuesta, como es sabido, no fue acogida. Sin embargo, en tiempos más recientes, el también profesor FERRERES COMELLAS, ha defendido a su vez una «propuesta descentralizadora del control de constitucionalidad», menos «radical» que la anterior, puesto que exigiría «que la inconstitucionalidad de la ley fuera relativamente clara a la vista de

⁵⁴¹ Al respecto puede consultarse GÓMEZ CORONA, «El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, págs. 384-387.

⁵⁴² «La constitución como...», *op. cit.*, pág. 319.

la jurisprudencia del TC» para que pudiera ser inaplicada por los tribunales ordinarios.⁵⁴³ Si en un caso determinado -afirma el autor- un tribunal «está interpretando la Constitución según la jurisprudencia ya sentada por el TC, y si bajo esa jurisprudencia resulta relativamente claro que la ley es inconstitucional, ¿por qué no puede el juez inaplicar la ley directamente, o efectuar una interpretación abiertamente “manipulativa” de la misma, en lugar de plantear una cuestión al TC?». ⁵⁴⁴

En su defensa alega la dificultad de justificar la doble lógica que permite al juez ordinario enjuiciar por sí solo las leyes en aplicación del derecho comunitario y extrayendo de la jurisprudencia del TJUE las consecuencias pertinentes, mientras que no está facultado, sin embargo, para hacer lo mismo con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. «Mientras que en el contexto del Derecho comunitario el juez puede llegar hasta la manipulación de la ley a fin de asegurar los efectos de la normativa comunitaria, en materia constitucional, en cambio, no puede (en puridad) superar los límites de la interpretación en sentido estricto, pues carece del poder que le habilita para ir más allá (el poder de inaplicar)». ⁵⁴⁵ Si se ha dado, en fin, el paso de aceptar que no sólo los fallos del Tribunal Constitucional vinculan a los jueces, sino que estos están también sometidos a su jurisprudencia (art. 5.1 LOPJ), debe aceptarse también que el juez extraiga de ello todas las consecuencias posibles para la ley. El modelo centralizado de control de constitucionalidad de las leyes está, por las razones apuntadas, parcialmente en crisis; y sin dejar de ser el «modelo adecuado para asegurar la supremacía de la Constitución frente a la ley en

⁵⁴³ «Integración europea...», *op. cit.*, pág. 87.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, pág. 84.

⁵⁴⁵ FERRERES COMELLAS, «Integración europea...», *op. cit.*, pág. 99.

el contexto político y jurídico de la Europa continental», deja de tener sentido seguir entendiéndolo a la manera tradicional.⁵⁴⁶

Pues bien, la propuesta que venimos a hacer aquí es si cabe menos «revolucionaria». Se trataría de que el juez pudiera inaplicar una ley afectada por el veto a la respuesta legislativa en los términos que ya expusimos. En este caso, y al contrario de lo que ocurre con las dos anteriores propuestas, no se estaría facultando al juez para inaplicar la ley que contradiga el contenido esencial de los derechos fundamentales, ni podría inaplicar cualquier ley que sea claramente contraria a la doctrina que sobre la Constitución ha vertido el Tribunal Constitucional. Se le facultaría únicamente para inaplicar una ley o norma con rango de ley que reitera o desarrolla otra ley que ya ha sido declarada inconstitucional y nula por el Tribunal Constitucional.

En este caso la lógica del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes queda preservada, puesto que la solución inaplicativa es extraída por el juez directamente del fallo, en consonancia con las tesis que hemos venido manteniendo en este trabajo. Es la expulsión con efectos generales de la ley lo que permitiría al juez que

⁵⁴⁶ *Loc. cit.* Frente a las posibles críticas el autor argumenta que: a) los jueces ordinarios están obligados a interpretar la ley conforme a la interpretación que de la Constitución ha dispuesto el Tribunal Constitucional; no existen, además, «criterios claros para delimitar las fronteras que separan la “interpretación” y la “manipulación” de una ley»; y, en fin, «no es muy viable, en la práctica, recomendar al juez que adopte una concepción muy rigurosa de la actividad interpretativa, dados los costes que supone para los litigantes esperar a que el TC resuelva una cuestión de inconstitucionalidad» (pág. 84); b) la seguridad jurídica queda protegida por cuanto la inaplicación de la ley por el juez sólo podría hacerse en cuanto contraviniera la doctrina del Tribunal Constitucional, que a estos efectos seguiría teniendo un papel central (*loc. cit.*); c) el principio democrático queda igualmente salvaguardado: «Cuando el significado de la Constitución ya ha sido suficientemente concretado, en relación con un determinado problema, por el único tribunal que está suficientemente legitimado para ello (esto es, por el TC), no existe entonces una fuerte razón democrática para impedir que el juez ordinario, a la vista de esa jurisprudencia fijada por el TC, pueda inaplicar por su propia autoridad una ley que contradice claramente la Constitución» (pág. 85).

inaplique aquella que viene a reiterarla o desarrollarla sin tener que verse obligado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que, en puridad, ya ha sido resuelta. Le quedaría vedado, en cambio, extraer esa misma solución inaplicativa cuando la inconstitucionalidad, por muy clara que fuese, derivara sólo de la contradicción con la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional en todo tipo de sentencias.

Esta es, en nuestra opinión, la opción más ajustada entre nuestro modelo de justicia constitucional concentrada y los efectos generales que, precisamente propios de este modelo, se anudan a las sentencias que depuran la inconstitucionalidad de la ley. Es más, y como ya dejamos apuntado, la indiscutible vinculación de los jueces a la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5.1 LOPJ) provocaría una situación ciertamente paradójica cuando la sentencia depurativa fuera interpretativa. En este caso, el juez, ante una ley que reitera un precepto que no fue en su momento anulado, pero sí interpretado de manera que una o alguna de sus posibles interpretaciones fue expulsada del ordenamiento, se vería obligado a interpretarla de la misma manera, sin tener que volver a plantear una cuestión que expulse de nuevo aquellos sentidos de la norma para poder inaplicarlos. En cambio, a esta misma solución no le estaría permitido llegar cuando la sentencia es anulatoria.

Por otra parte, FERRERES COMELLAS opina que quizá no sea necesario reformar el artículo 163 de la Constitución para permitir esta cierta descentralización del control de constitucionalidad. Según este precepto los jueces deberán plantear la cuestión de constitucionalidad cuando la norma con rango de ley aplicable al caso «*pueda ser contraria a la Constitución*». Pero en el caso de una ley afectada por el veto a la respuesta legislativa no existiría ninguna duda por parte del juez acerca de si podría ser contraria a la Constitución, sino que sabría que lo es, porque

así lo habría dispuesto ya el propio Tribunal Constitucional en una sentencia anterior.⁵⁴⁷

Sin embargo, creemos que esta lectura del artículo 163 de la Constitución es algo forzada y que toda solución descentralizadora necesitaría de un mayor anclaje constitucional. No podemos olvidar que los Jueces y Tribunales que forman el Poder Judicial están sometidos al imperio de la ley *ex art.* 117.1 de la Constitución. Esta sumisión no implica que los jueces sean sólo la boca por la que habla la ley, puesto que a ellos corresponde también su análisis e interpretación. Pero esta valoración no puede llegar a traducirse nunca en una declaración de inconstitucionalidad de una norma legal; operación que sólo compete al Tribunal Constitucional.⁵⁴⁸ Cuando los jueces, a través de la interpretación conforme de la ley, no pueden salvar su constitucionalidad, quedan obligados a instar la oportuna cuestión ante el Tribunal Constitucional (*art.* 5.2 LOPJ).⁵⁴⁹

No obstante, sabido es que el Alto Tribunal ha defendido siempre con mucho celo su monopolio de rechazo, hasta el punto de haber desactivado la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución, que podría permitir a los jueces inaplicar leyes autonómicas que contradijeran las básicas estatales. Y es precisamente al hilo de esta cuestión donde se ha visto un tímido avance en la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional. En las SSTC 102/2016, de 25 de mayo y 204/2016, de 1 de diciembre, inadmite dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al hilo de sendos procesos donde se debía decidir sobre la aplicación de la ley estatal o la ley autonómica contradictoria. Por lo que a nosotros importa, el Tribunal Constitucional acaba reconociendo sólo dos supuestos donde cabría el

⁵⁴⁷ FERRERES COMELLAS, «Integración europea...», *op. cit.*, pág. 99.

⁵⁴⁸ *Vid.* entre otras SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, 73/2000, de 14 de marzo, FF. JJ. 4 y 16, 104/2000, de 13 de abril, FF. JJ. 3 y 8, 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3.

⁵⁴⁹ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, «Artículo 163», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, Tomo II, págs. 1797-1798.

desplazamiento de la ley autonómica: bien la repetición por una ley autonómica de una norma básica del Estado y la posterior modificación de esa normativa básica en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica (STC 102/2016), bien si hubiera sido aprobada en ausencia de norma básica y posterior dictado de ésta en un sentido igualmente incompatible con la primera (STC 204/2016). Sin embargo, no parece que podamos extraer de ello que a la larga el Tribunal Constitucional se replantee su doctrina tradicional, permitiendo siquiera una solución como la que hemos propuesto.

IV. El incidente de ejecución de sentencias como procedimiento para anular normas afectadas por el veto a la respuesta del legislador.

4.1. Los rasgos esenciales del incidente de ejecución de sentencias.

Como bien afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ, la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional no ha sido un tema del que la doctrina se haya ocupado demasiado,⁵⁵⁰ y ello pese a que la forma en que estas se cumplan es un factor decisivo para la posición que a aquel órgano le cabe en el ordenamiento constitucional. En este y en los siguientes apartados vamos a intentar dilucidar la cuestión de si es posible y conveniente que el Tribunal Constitucional pueda declarar la inconstitucionalidad y nulidad de una ley o norma con rango de ley a través

⁵⁵⁰ «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del tribunal constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pág. 643. Hasta la salida de su propio trabajo, sólo el artículo de SALAS y PALOMINO, «La ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional. (Especial referencia a las relativas a la Administración)», *Documentación Administrativa*, núm. 207, 1987, se había ocupado con cierto detenimiento de la cuestión. Puede consultarse también VV.AA., *Jurisdicción y procesos...*, *op. cit.*, págs. 150 y ss.; PÉREZ TREMP, *Sistema de justicia constitucional*, Civitas, Madrid, 2010 y HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Comentario a los artículos 80, 87 y 92 en REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la...*, *op. cit.*

de un incidente de ejecución de sentencia. Para ello vamos a empezar por analizar los rasgos esenciales de este tipo de incidente.

La jurisdicción constitucional es, como ya sabemos, una verdadera jurisdicción, y en ella se da -con sus especificidades- la potestad ejecutiva, prevista desde la redacción original de la LOTC.⁵⁵¹ Esta, no obstante, ha sufrido una reciente modificación por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho (en adelante LORLOTC).⁵⁵² Los preceptos reformados han sido los artículos 80, 87, 92 y 95.4 LOTC.

De entre ellos, el artículo 87 actúa, desde su redacción original, como mandato general de eficacia al preceptuar en su ordinal primero que «todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva». En apariencia superfluo, pues de lo dicho hasta

⁵⁵¹ SALAS y PALOMINO, *op. cit.*, pág. 91.

⁵⁵² Ostentoso nombre, que, como afirma ALMEIDA CERREDA, parecería dar a entender que «hasta su aprobación, las decisiones de nuestro Alto Tribunal, en un número significativo de casos, no eran cumplidas, o, al menos, no eran aplicadas, de manera correcta, por sus destinatarios, debido a la existencia de una laguna normativa en la disciplina de la regulación procesal del máximo intérprete de la Constitución, en particular, en el ámbito de la ejecución, y que de tal hecho derivaba un riesgo cierto para la supervivencia del Estado Democrático y de Derecho en que se constituye nuestro país», «El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 1, 2016, pág. 164. Lo cierto es que, con independencia de la situación política que dio lugar a la controvertida reforma, y como afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* pág. 644, «la ejecución de las resoluciones del TC no ha sido, al menos en apariencia, una cuestión problemática», habiendo resuelto el Alto Tribunal hasta la fecha de la reforma apenas medio centenar de incidentes de ejecución, a los que cabría añadir otros nueve desde entonces. En fin, el propio preámbulo de la LORLOTC contiene una mención a este anterior estado de las cosas y al nuevo contexto que la inspira: «Si bien la actual regulación del Tribunal Constitucional contiene los principios generales para garantizar la efectividad de sus resoluciones, la necesidad de adaptarse a las nuevas situaciones que pretenden evitar o soslayar tal efectividad obliga a desarrollar los instrumentos necesarios para que la garantía de efectividad sea real».

aquí parecería que la regulación sobre los efectos que las sentencias tienen en cada tipo de procedimiento bastaría para dar por hecho tal afirmación, vendría a recordar la eficacia que, con su alcance correspondiente, tendrá toda resolución en cualesquiera procedimientos frente a todo poder público.

Sin embargo, y en consonancia con el paradigma del modelo concentrado de justicia constitucional, la doctrina ha entendido tradicionalmente que las resoluciones del Tribunal Constitucional en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes son declarativas, agotando sus efectos en su sola publicación y sin que sea necesario efectuar posteriores actuaciones de ejecución.⁵⁵³

El propio Tribunal Constitucional vino tempranamente a afirmar en el ATC 309/1987 que: «Las Sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, que determinan el efecto de invalidación de las mismas, no tienen ejecución por la justicia constitucional. Producen efectos generales y vinculan a todos los poderes públicos, como dice el art. 38 de la LOTC, pero no requieren una especial actividad de ejecución por parte del Tribunal. Es cierto que el art. 92 LOTC permite al Tribunal que éste disponga en su Sentencia o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla y, en su caso, resolver los incidentes de ejecución, mas no debe olvidarse que el citado artículo se encuentra contenido en las disposiciones comunes sobre procedimiento y que debe, por tanto interpretarse en función de las peculiaridades de los diversos procedimientos posibles ante este Tribunal, quedando, por lo ya indicado, excluida su aplicación en lo que afecta a las cuestiones de inconstitucionalidad» (FJ 2).

Así las cosas, el artículo 87.1 LOTC no se estaría refiriendo a todo tipo de procedimientos. La peculiaridad de los procesos de control de

⁵⁵³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* pág. 673.

constitucionalidad de la ley estribaría en que de ellos resulta necesariamente, al ser expulsada la norma del ordenamiento, «un cumplimiento espontáneo de la resolución judicial», reservándose la mención del artículo citado a aquellos procedimientos o resoluciones que por su propia naturaleza puedan requerir una «ejecución forzosa».⁵⁵⁴ Como veremos más adelante, esta idea no es sostenible.

Por lo que ahora importa, las modificaciones al artículo 87 LOTC han consistido en la introducción de la potestad de notificación «personal» de las resoluciones del Tribunal Constitucional a «cualquier autoridad o empleado público que se considere necesario»⁵⁵⁵, así como en el otorgamiento de la condición de título ejecutivo a todas sus resoluciones,⁵⁵⁶ que vienen a añadirse al ya originalmente previsto auxilio judicial que con carácter preferente habrán de prestarle los jueces y tribunales.

Por su lado, el artículo 80 de la LOTC, que ya preveía la aplicación supletoria de la LOPJ y la LEC para ciertos actos procesales, ha sido modificado para añadir -con acierto- la aplicación, también supletoria pero sólo en materia de ejecución, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.⁵⁵⁷ El artículo 95.4 LOTC es un insólito añadido que viene a

⁵⁵⁴ SALAS y PALOMINO, *op. cit.*, pág. 90. Para estos autores, en efecto, la ejecución se refiere, únicamente, a la ejecución forzosa.

⁵⁵⁵ Procesalmente superflua, según VILLAVERDE MENÉNDEZ, por cuanto «las resoluciones del TC se publican en el BOE y además se notifican a las partes en el proceso». Sin embargo, y como el mismo autor apunta de manera clarividente, esta previsión de la notificación personal del reformado artículo 87 habrá de servir, al parecer, «al agravamiento de la responsabilidad en la que pueda incurrir la autoridad o empleado público que haga caso omiso de la notificación y de lo en ella notificado», «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* pág. 646.

⁵⁵⁶ *Vid. ídem*, pág. 647.

⁵⁵⁷ SALAS y PALOMINO advertían mucho antes de esta reforma que «la jurisdicción constitucional, que tiene un contenido propio y característico innegable, ofrece, sin embargo, en su estructura y dinámica, especialmente desde la perspectiva de la ejecución de Sentencias, una gran semejanza con la jurisdicción contencioso-administrativa», *op. cit.*, pág. 90. Celebra la reforma VILLAVERDE MENÉNDEZ, por cuanto vendría de alguna

establecer una reserva de ley ordinaria para la modificación en la cuantía de las sanciones previstas en el artículo 92.4 LOTC, actuando como una verdadera disposición adicional que identifica una específica materia como no sujeta a la reserva del artículo 81 de la Constitución.⁵⁵⁸

Por último, el artículo 92 de la LOTC ha sido modificado en su integridad y en él se regula, como ya ocurría antes de la reforma, la estructura básica del incidente de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

El primer apartado del artículo 92 comienza imponiendo al Tribunal Constitucional el deber de velar por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Este novedoso mandato presenta, sin duda, serias dificultades para identificar su alcance y eficacia;⁵⁵⁹ no obstante, la interpretación más adecuada parece aquella que no ve en este artículo un verdadero deber a cargo del Tribunal Constitucional, sino un apoderamiento para poder actuar de oficio en el caso de que sus resoluciones no sean cumplidas.⁵⁶⁰ Avala esta conclusión que el apartado tercero del artículo 92 LOTC otorgue expresamente a las partes legitimación para iniciar el incidente de ejecución.⁵⁶¹ Y así lo ha entendido,

manera a paliar «la indefinición sobre el modo y la manera de llevar a debido cumplimiento las resoluciones del TC» que se venía sufriendo, tanto por la escueta regulación del artículo 92 LOTC, como por la falta expresa de remisión con carácter supletorio a otra ley. «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 645-646.

⁵⁵⁸ *Ibid.* pág. 650.

⁵⁵⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ teoriza sobre la posibilidad de acudir «al Tribunal Europeo de Derechos Humanos o al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso de que se consideren lesionados los derechos de los interesados a la ejecución en sus propios términos de las resoluciones judiciales (artículo 6 del Convenio Europeo y artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales), si el TC no hubiese actuado de oficio velando por el debido cumplimiento de las suyas». *Ibid.* pág. 648.

⁵⁶⁰ *Vid. loc. cit.* y HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *op. cit.* pág. 1377.

⁵⁶¹ Se entiende que las partes son las del proceso del que trae causa la ejecución. VILLAVERDE MENÉNDEZ sugiere la posibilidad de que en aplicación supletoria del artículo 104.2 de la LJCA se abra el abanico de los legitimados para iniciar el proceso de ejecución a todo aquel afectado por una resolución del Tribunal Constitucional o su

por lo demás, nuestro Alto Tribunal, en cuya STC 136/2018, de 13 de diciembre, afirma «que los incidentes de ejecución pueden iniciarse a instancia de quien haya sido parte en el proceso declarativo antecedente o incluso “de oficio” por el propio Tribunal Constitucional (art. 92.4 LOTC), posibilidad esta última inexistente en el caso de los procesos declarativos» (FJ 4).

El artículo 92.1 LOTC continúa con un apoderamiento al Tribunal Constitucional para que disponga «en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución». Se trataría de una potestad facultativa del Tribunal Constitucional que, bien leído, hace referencia a dos situaciones ciertamente distintas. En primer lugar, tenemos la posibilidad de que el Alto Tribunal disponga en su sentencia, o en cualesquiera otras resoluciones, las medidas de ejecución necesarias y la identidad de quien venga obligado a ejecutarlas; aquí, en puridad, no nos encontramos todavía ante un incumplimiento de lo dispuesto ni, por tanto, ante un incidente de ejecución. Sólo cuando se de tal incumplimiento tendremos, en segundo lugar, una habilitación al Tribunal Constitucional para que resuelva, en resoluciones posteriores y en sede de incidente de ejecución, las posibles incidencias, se hayan dispuesto o no medidas específicas en la resolución a ejecutar.⁵⁶²

indebida ejecución. En apoyo de su tesis aduce tanto los efectos generales que producen las resoluciones del Tribunal Constitucional ex artículo 164.1 de la Constitución, como la tendencia del TEDH a «extender la legitimación activa en los procesos judiciales al amparo del derecho a la defensa y a un juicio justo del artículo 6 CEDH, si, en efecto, quien no habiendo sido parte en el proceso constitucional acredita un interés legítimo en su ejecución». «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 661.

⁵⁶² En efecto, y como ya se ha dicho en el texto, la facultad del Tribunal Constitucional para adoptar medidas de ejecución e identificar al ejecutante al hilo de una resolución, es potestativa, así como también la notificación personal regulada en el artículo 87.1 LOTC. Ahora bien, las sentencias y demás resoluciones del Tribunal Constitucional tienen una eficacia propia cuya contravención por los poderes públicos es posible independientemente de que se hayan tomado medidas específicas, por lo que no cabe limitar la apertura de un incidente de ejecución a la previa adopción de estas.

Esto se debe poner en conexión con el segundo párrafo del artículo 92.1 LOTC, donde se faculta al Tribunal Constitucional para «declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó». Este precepto establece parcamente los requisitos que debe cumplir el Tribunal Constitucional en el incidente de ejecución de sus resoluciones, y de la redacción dada parecería desprenderse que sólo son de aplicación cuando la medida a ejecutar consista en la nulidad de una resolución. Por tanto, cuando la medida a tomar fuera distinta a esta, el Tribunal Constitucional podría adoptarla sin audiencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, del órgano incumplidor, al modo como lo haría al dictado de sus resoluciones según lo previsto en el primer párrafo del artículo que estamos comentado.

Sin embargo, una lectura sistemática y garantista de este precepto en su totalidad implica, en nuestra opinión, que una vez iniciado un incidente de ejecución, ya sea de oficio o por las partes, se debe dar audiencia tanto al Ministerio Fiscal como, en su caso, al órgano que con su actuación ha dado lugar a tal incidente, independientemente del tipo de incumplimiento.⁵⁶³

En fin, el nuevo apartado 4 del artículo 92 LOTC establece que si se advierte el posible incumplimiento de una resolución del Tribunal Constitucional dictada en el ejercicio de su jurisdicción requerirá -de oficio o a instancia de alguna de las partes del proceso en que hubiera recaído- «a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto». Recibido el mencionado informe o

⁵⁶³ La LOTC no prevé ningún plazo específico, por lo que habrá que estar a lo que el Tribunal Constitucional disponga al efecto.

transcurrido el plazo fijado, el Tribunal Constitucional, caso de apreciar el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar alguna de las medidas que el precepto enumera.⁵⁶⁴

La doctrina tuvo en un principio alguna duda acerca de si nos encontrábamos ante una especie de incidente especial de ejecución que cabría promover únicamente tras la constatación de un incumplimiento total o parcial de lo resuelto en un incidente previo.⁵⁶⁵ Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha venido a despejar las dudas y ha realizado una interpretación sistemática de los preceptos concernidos, configurando un único incidente de ejecución.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Estas medidas son:

«a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones.

d) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder».

Sobre ellas hablaremos con mayor detenimiento más abajo.

⁵⁶⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 660-661.

⁵⁶⁶ De ello es buena muestra el ATC 24/2017, de 14 de febrero. Instado incidente de ejecución de la STC 259/2015 por el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación, impugnando determinados apartados de la resolución 306/XI del Parlamento de Cataluña de 6 de octubre de 2016, solicitó asimismo tanto la notificación personal prevista en el artículo 87.1 LOTC como la adopción de una de las medidas previstas en el art. 92.4 LOTC. El Tribunal Constitucional, por Providencia de 13 de diciembre de 2016, acordó: 1) tener por recibido el escrito del Abogado del Estado formulando el incidente de ejecución; 2) el traslado del mismo al Ministerio Fiscal y al órgano autor de la resolución cuya nulidad se insta, el Parlamento de Cataluña, al objeto de que en el plazo de veinte días hábiles puedan formular las alegaciones que estimen convenientes; 3) La notificación

Resumiendo lo visto hasta aquí: instado el trámite de ejecución de resoluciones por las partes o de oficio por el propio Tribunal Constitucional, lo admitirá a trámite en caso de advertir «que una resolución dictada en ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida». Tras ello emplazará a las partes del proceso constitucional del que deriva la ejecución para que aleguen lo que a ellos convenga, al Ministerio Fiscal, y, en caso de interesarse alguna de las medidas del artículo 92.4 LOTC, también lo hará para que las «instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo» el cumplimiento de la resolución del Tribunal Constitucional, evacuen el correspondiente informe. Es el propio Tribunal quien fijará el plazo tanto para personarse y alegar, como para evacuar el informe.

Transcurrido ese plazo, el Tribunal Constitucional resolverá mediante auto,⁵⁶⁷ estimando o desestimando el incidente en caso de haber sido promovido a instancia de parte, y resolviendo asimismo sobre las eventuales peticiones de notificación personal ex artículo 87.1 LOTC y de adopción de medidas del artículo 92.4. Si el incidente ha sido promovido de oficio, el Tribunal constitucional declarará ejecutada la resolución con la adopción del pronunciamiento correspondiente -identificar quién viene obligado a la ejecución y cómo debe ser ejecutada la resolución, así como anular las resoluciones que la contravengan- y, en su caso, acordando alguna de las medidas del ya citado artículo 92.4 LOTC. Finalmente, el auto

personal de la providencia ex artículo 87.1 LOTC y 4) el requerimiento, también por plazo de veinte días, para remitir los correspondientes informes, a los efectos del art. 92.4 LOTC. Tras ello, el Tribunal Constitucional dictó el mencionado Auto en el que, estimando el incidente de ejecución y determinado el claro incumplimiento de su resolución en base a los informes remitidos, acordó tanto la nulidad de la resolución del Parlamento de Cataluña 306/XI, como la adopción de la medida del artículo 92.4 LOTC interesada, consistente deducir testimonio de particulares a fin de que el Ministerio Fiscal procediera, en su caso, a exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

⁵⁶⁷ Pues la resolución ha de ser motivada. *Vid.* artículo 86 de la LOTC y VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 663.

que pone fin al incidente será recurrible en súplica, según dispone el artículo 93.2 de la LOTC.

No obstante, el artículo 92.5 LOTC prevé un trámite especial para el caso de ejecución de resoluciones que acuerden la suspensión de disposiciones, actos o actuaciones impugnadas y siempre que concurren circunstancias de especial trascendencia constitucional.⁵⁶⁸ Si se dan estos dos requisitos, «el Tribunal, de oficio o a instancia del Gobierno, adoptará las medidas necesarias para asegurar su debido cumplimiento sin oír a las partes». Se entiende que dichas medidas deberán ser alguna de las previstas en el artículo 92 LOTC. En la misma resolución que las adopte, que deberá adoptar forma de auto,⁵⁶⁹ «dará audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de tres días, tras el cual el Tribunal dictará resolución levantando, confirmando o modificando las medidas previamente adoptadas», y continuando el incidente por los trámites previstos.

El supuesto que podrá dar lugar al inicio de un incidente de ejecución será, según disponen los artículos 87.1 y 92.1 de la LOTC, el

⁵⁶⁸ Estas circunstancias de especial trascendencia constitucional encierran un verdadero concepto jurídico indeterminado que, sin embargo, no resulta extraño para nuestro Tribunal Constitucional, puesto que la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, ya vino a introducir dicha locución en el artículo 50.1.b de la LOTC, como requisito en la admisión a trámite de los recursos de amparo. ALMEIDA CERREDA propone que «se podría atender al tenor literal del citado artículo 50, ya que en él se determinan algunos factores que permiten considerar la concurrencia de la antedicha situación, en concreto, en él se dispone que: “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”». Junto a ello, y como complemento a la exégesis de la citada norma, cabría acudir a la doctrina constitucional en la materia (*Vid.* ATC 188/2008, de 21 de julio, y 289/2008, de 22 de septiembre y a la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, entre otras). *Op. cit.*, pág. 180. En este mismo sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 19/2015, de 26 de noviembre, sobre la Ley orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del estado de derecho (FJ 8).

⁵⁶⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.*, pág. 649.

incumplimiento o contravención de lo dispuesto en cualesquiera resoluciones del Tribunal Constitucional. El propio Tribunal ha venido a perfilar esta noción de incumplimiento o contravención y, en una ya consolidada doctrina, identifica los dos supuestos que darían lugar a ello: en primer lugar, cuando la resolución impugnada contenga un pronunciamiento contrario a la resolución ejecutada y, en segundo lugar, cuando aquella suponga un intento de menoscabar la eficacia -jurídica o material- de lo que se resolvió en esta (*Vid.* AATC 107/2009, FJ 4; 141/2016, FJ 2; 170/2016, FJ 3; 24/2017, FJ 4 y 123/2017, FJ 3, entre otros).

No obstante, la citada distinción está lejos de presentar una forma acabada y el Tribunal Constitucional las ha utilizado de forma conjunta y poco rigurosa para llegar a la conclusión de que cierta resolución «contraviene y menoscaba» lo por él dispuesto (*vid.* ATC 170/2016, FJ 7).

En nuestra opinión, el primer caso, referente a resoluciones que contengan un pronunciamiento contrario a la resolución ejecutada, tiene un perfil más objetivo, sin duda cercano al que hemos manejado con respecto a los presupuestos del veto a la respuesta del legislador: se trataría de resoluciones que, ya por reiterar o ya por dar efectos a actos o disposiciones anuladas o suspendidas por el Tribunal Constitucional, supondrían un claro incumplimiento de lo decidido, independientemente de la intencionalidad del órgano incumplidor.

El segundo caso, intento de menoscabar la eficacia -jurídica o material- de lo que se resolvió, parece hacer referencia a un abanico más amplio de supuestos -junto a los ya mencionados para el anterior cabría pensar también en el incumplimiento de obligaciones de hacer- y, sobre todo, a la necesaria concurrencia de cierta intencionalidad por parte del órgano incumplidor.

Dado que la LOTC no exige, en ninguno de los artículos que regulan el incidente de ejecución, la concurrencia de cierta intencionalidad para el buen fin del procedimiento, esta distinción no tendrá mayor importancia para su conclusión. Sí la tendrá, sin embargo, cuando se trate de adoptar alguna de las medidas previstas en el artículo 92.4 LOTC, puesto que el requerimiento a quienes corresponde llevar a cabo el cumplimiento de las resoluciones para que informen al respecto, obedece a la clara intención de constatar la voluntad incumplidora de los mencionados.

Por último -y con esto llegamos ya al meollo de la cuestión-, el objeto del incidente de ejecución serán las resoluciones o actos⁵⁷⁰ que incumplan o contravengan las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción. La pregunta se impone: ¿qué resoluciones y actos capaces de vehicular una respuesta del legislador pueden ser anulados a través de un procedimiento de ejecución?, ¿es posible plantear a través del incidente de ejecución la nulidad de una norma con rango de ley afectada por el veto a la respuesta del legislador?⁵⁷¹

4.2. Resoluciones capaces de vehicular una respuesta del legislador anulables a través de un incidente de ejecución de sentencias: el problema de las normas con rango de ley como objeto de este procedimiento.

Como ya avanzamos en el apartado anterior, tanto la doctrina como el Tribunal Constitucional han mantenido tradicionalmente que las sentencias en procesos de control de constitucionalidad de las leyes tienen efectos

⁵⁷⁰ Aquí coincidimos con VILLAVERDE MENÉNDEZ en que hay que entender los actos incluidos «por analogía de lo dispuesto en el artículo 4 LOTC, pues el artículo 92.1 no habla de “actos”, lo que es una omisión inexplicable», «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 661.

⁵⁷¹ También VILLAVERDE MENÉNDEZ se plantea la posibilidad. *Vid. ibid.*, pág. 674.

declarativos y no precisan ejecución. A la misma conclusión cabría llegar cuando el pronunciamiento en otro tipo de procedimiento sea también meramente declarativo, como puede ocurrir en sede de amparo,⁵⁷² en la resolución de conflictos⁵⁷³ o en la impugnación de disposiciones autonómicas sin rango de ley.

Sin embargo, esta idea de las cosas no es sostenible. Las sentencias del Tribunal Constitucional que producen meros efectos declarativos pueden precisar también de ejecución. Y ello ocurrirá, ciñéndonos a la propia doctrina del Alto Tribunal, cuando los poderes públicos dispongan de manera contraria a lo resuelto en una sentencia, o cuando a través de estas mismas disposiciones se intente menoscabar la eficacia -jurídica o material- de lo que se resolvió en aquella. La respuesta del legislador a la declaración de inconstitucionalidad de una ley sería un buen ejemplo.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha enmendado recientemente, si bien de manera un tanto elíptica, su propia doctrina. En el ATC 15/2019, de 12 de marzo, tras recordar su propio criterio acerca de que «las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes, que determinan el efecto de invalidación de las mismas, no tienen ejecución por la justicia constitucional» (ATC 309/1987, FJ 2), añade que «tal consideración es compatible, no obstante, con la adopción de medidas de ejecución en aquellos casos en los que tales medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones» (FJ 2).⁵⁷⁴

⁵⁷² SALAS y PALOMINO, «La ejecución...», *op. cit.*, págs. 102-104.

⁵⁷³ *Ibid.* pág. 97 y GARRORENA MORALES, «Artículo 164...», *op. cit.* pág. 318.

⁵⁷⁴ Aseveración a la que acompaña recordando que «como ha sostenido la STC 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 10 b), a este Tribunal “no sólo le corresponde decidir las controversias que se susciten en los procesos constitucionales que ante él se promueven, sino también, en cuanto componente esencial de la función jurisdiccional que tiene atribuida *ex constitutione*, la titularidad de la potestad de ejecutar sus resoluciones, velando por el cumplimiento y la efectividad de las mismas, sin la cual aquella función jurisdiccional devendría huera» (FJ 2).

Este Auto resuelve un incidente de ejecución de la STC 152/2017, de 21 de diciembre, instado por el Parlamento de Cataluña. En aquella sentencia, precisamente, se había declarado la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos preceptos de una norma con rango de ley, el Real Decreto-ley 13/2014.⁵⁷⁵ A la hora de hacer frente al incidente, el Tribunal Constitucional adapta acertadamente su propia doctrina sobre «las dos situaciones proscritas» que dan lugar a una ejecución y que serían: «la emisión de pronunciamientos contrarios a lo decidido en la sentencia que se pretende ejecutar, o que supongan un intento de menoscabar la eficacia —jurídica o material— de lo que en ella se resolviera con valor de cosa juzgada y, en esta ocasión, *vinculación erga omnes* desde el momento de su publicación en el diario oficial ex art. 164 CE» (FJ 2, la cursiva es nuestra).

El incidente es finalmente desestimado, y la primera razón que se aduce es la falta de identificación de alguna «actuación abiertamente contraria a lo dispuesto en la STC 152/2017, de 21 de diciembre, o que represente un intento de menoscabar la eficacia, jurídica o material, de la nulidad parcial del Real Decreto-ley 13/2014 [...]». En el escrito de iniciación del incidente que ahora concluye no se menciona siquiera una resolución, disposición o actuación material a la que quepa reprochar desconocimiento de la sentencia cuya ejecución se pretende o menoscabo de lo en ella decidido» (FJ 3).

De lo hasta aquí dicho, junto a los escuetos términos en que -como hemos tenido oportunidad de ver- está configurado el incidente de ejecución, y el amplio rango que el Tribunal Constitucional maneja en la

⁵⁷⁵ La declaración de inconstitucionalidad y nulidad alcanzó a los artículos 4 a 6, así como al artículo 2.2, la disposición adicional primera y la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares.

identificación de lo que puede ser objeto de este proceso -resolución, disposición o actuación material- creemos que nada se opone *a radice* a que las normas con rango de ley afectadas por el veto a la respuesta legislativa puedan ser sometidas a un procedimiento de ejecución de sentencia. En efecto, una norma con rango de ley afectada por el veto supone la contravención de una previa sentencia del Tribunal Constitucional en cuya ejecución se podría instar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva disposición. Al reiterar o dar efectos a una norma con rango de ley que ha sido depurada de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se estaría desconociendo la sentencia cuya ejecución se pretende. Constatada tal contravención, el Tribunal Constitucional debería declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la nueva norma, sin tener que entrar a realizar un nuevo enjuiciamiento material que, en puridad, ya se habría realizado con anterioridad.

Este modo de operar no es en absoluto extraño para la práctica del Tribunal Constitucional, que en los últimos años ha resuelto una serie de incidentes en ejecución de sentencias declarativas y cuyo objeto eran disposiciones generales sin rango de ley que de una manera u otra venían a desconocer lo dispuesto en aquellas. Es decir, una respuesta del legislador.

Paradigmático es el caso resuelto por el ya mencionado ATC 141/2016, que supuso la primera oportunidad de aplicar el nuevo régimen del incidente de ejecución, y que fue promovido por el Gobierno contra la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña de 20 de enero de 2016 de creación de comisiones parlamentarias en la que se crea la Comisión de Estudio del Proceso Constituyente, por incumplimiento de lo resuelto en la STC 259/2015. Esta sentencia había declarado inconstitucional y nula la Resolución del Parlamento de Cataluña 1/XI, de 9 de noviembre de 2015, y su Anexo, sobre el inicio del proceso político en Cataluña como

consecuencia de los resultados electorales del 27 de septiembre de 2015, por infringir los artículos 1.1, 1.2, 2, 9.1 y 168 CE.

El Tribunal Constitucional maneja no pocos de los conceptos que hemos analizado en este trabajo. La resolución impugnada habría desconocido y vulnerado «las normas constitucionales que residencian en el pueblo español la soberanía nacional y que, en correspondencia con ello, afirman la unidad de la nación española, titular de esa soberanía (arts. 1.2 y 2 CE)» (FJ 6). Ello supondría que la Cámara autonómica se habría sustraído «de toda vinculación a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, e infringiría las bases del Estado de Derecho y la norma que declara la sujeción de todos a la Constitución (arts. 1.1 y 9.1 CE)» convirtiéndose ella misma en «fuente de legitimidad jurídica y política, hasta arrogarse la potestad de vulnerar el orden constitucional que sustenta su propia autoridad» (FJ 7).

Se estima también vulnerado el artículo 168 de la Constitución, al pretender aprobar el Parlamento de Cataluña «a través del procedimiento parlamentario propio de las propuestas de resolución [...] cuestiones reservadas en su tratamiento institucional al procedimiento de reforma constitucional» (FJ 7).

En fin, se recuerda, «la Constitución como ley superior no pretende para sí la condición de *lex perpetua*. La nuestra admite y regula, en efecto, su “revisión total” (art. 168 CE y STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 7)» (FJ 7). El respeto a los procedimientos de reforma constitucional es, por tanto, inexcusable, de modo que «tratar de sortear, eludir o simplemente prescindir de esos procedimientos sería intentar una inaceptable vía de hecho (incompatible con el Estado social y democrático de Derecho que se proclama en el art. 1.1 CE) para reformar la Constitución al margen de ella o conseguir su ineficacia práctica» (STC 103/2008 FJ 4, citada en el FJ 7).

De esta doctrina se desprende claramente que, para el Tribunal Constitucional, cualquier actuación que pretendiera reiterar o dar efectos a lo dispuesto en la Resolución 1/XI de 9 de noviembre de 2015, sin utilizar el cauce de la reforma constitucional, sería asimismo inconstitucional y nula.⁵⁷⁶

Y esto es lo que se debería haber pretendido dilucidar en el procedimiento que dio lugar al ATC 141/2016: si la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña, objeto del mencionado Auto, supone un incumplimiento de la STC 259/2015 y, por tanto, debe declararse su inconstitucionalidad y nulidad en el incidente de ejecución; o si bien supone un acto nuevo que, por no tener conexión con aquella sentencia, debe ser impugnado a través de un nuevo procedimiento de control de disposiciones autonómicas.

En este caso, la resolución impugnada suponía un claro incumplimiento al dar efectos a otra resolución que ya había sido declarada inconstitucional y nula; y ello hubiera debido bastar para estimar el incidente, sin necesidad de entrar, como acaba haciendo el Tribunal Constitucional, a realizar un juicio material de constitucionalidad. La nulidad de la resolución se derivaría directamente del incumplimiento de la sentencia de que trae causa el incidente de ejecución y por la que sería igualmente inconstitucional.

Lo cierto es que en el Auto 141/2016 el Tribunal Constitucional está mucho menos interesado en probar el incumplimiento de la sentencia que se está ejecutando, que en sustentar la propia inconstitucionalidad de la resolución ejecutada. Y ello incluso le lleva a pronunciar un insólito fallo estimatorio interpretativo, seguramente llevado por la idea de que la Resolución 5/XI del Parlamento de Cataluña no es inconstitucional en sí, sino solo por conexión con la sentencia que incumple.

⁵⁷⁶ VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 655.

Sea como fuere queda claro, a nuestro parecer, que el Tribunal Constitucional ha tenido que manejar en este tipo de incidentes conceptos cercanos a los del veto a la respuesta del legislador. Ello hace del incidente de ejecución una herramienta adecuada con la que se conseguiría expulsar a todas aquellas normas o resoluciones que reiteraran o dieran efectos a otras ya declaradas inconstitucionales. Pero además, el marco del veto a la respuesta del legislador tal y como lo expusimos serviría también como criterio objetivo para determinar cuándo nos encontramos ante un incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional con efectos declarativos por parte de una disposición general.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha ido, cada vez más, configurando el incidente de ejecución de sus resoluciones como un mecanismo que no sirve tanto a la depuración objetiva del ordenamiento en base al incumplimiento de sus sentencias, como al aseguramiento de la eficacia de sus resoluciones suspensivas basado en la constatación de una voluntad subjetiva incumplidora.

El Tribunal Constitucional parecería, por tanto, descartar de plano la posibilidad de que se anule una ley en un incidente de ejecución, pues este no sería su objeto. En este sentido puede citarse el ATC 24/2017, que resuelve una más de las ejecuciones de la STC 259/2015, esta vez contra el acuerdo de admisión a trámite por la Mesa del Parlamento de Cataluña de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, que dio lugar posteriormente a la aprobación de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de ese mismo nombre. Ante el óbice procesal aducido por la representación del Parlamento de Cataluña consistente en que la impugnación por el Presidente del Gobierno a través de un recurso de inconstitucionalidad de la citada Ley 20/2017 habría venido a privar de efecto útil al incidente de ejecución, el Tribunal Constitucional afirma: «Al margen de lo que este Tribunal resuelva en su momento en el recurso

interpuesto contra esa Ley 20/2017, actualmente suspendida en su vigencia, es indiscutible la pertinencia de nuestro pronunciamiento en el incidente de ejecución que nos ocupa, *cuyo objeto, claro está, no es el control de constitucionalidad de un texto legal, sino el de preservar la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, protegiendo su ámbito jurisdiccional frente a cualquier intromisión ulterior de un poder público que pudiera intentar menoscabarla» (FJ 2, la cursiva es mía).

Más abajo, una vez decidida ya la estimación del recurso y ante la necesidad de pronunciarse sobre la petición del Ministerio Fiscal consistente en que la declaración de nulidad se extendiera a todos los trámites posteriores del procedimiento legislativo, añade el Alto Tribunal que no procede efectuar tal extensión puesto que «*dado el concreto objeto del incidente de ejecución de los artículos 87.1 y 92 LOTC, no podría adentrarse a contrastar si los actos parlamentarios de debate y votación por el Pleno de la Cámara de la proposición de ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República entran en contradicción con los pronunciamientos de este Tribunal [...], entre otras razones porque el resultado final de ese debate y votación, esto es, la aprobación de la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, queda extramuros del presente incidente de ejecución*» (FJ 8).

Pero lo cierto es que, en puridad, nada de lo aquí dicho por el Tribunal Constitucional se opone a que una norma con rango de ley pueda ser también objeto de un incidente de ejecución. En primer lugar, no cabe duda de que el objeto de estos incidentes no es el control de constitucionalidad de un texto legal, sino preservar la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional; eficacia, claro está, que puede verse comprometida por una norma con rango de ley que las incumpla y en cuyo caso podrá declararse inconstitucional y nula, no porque en el incidente de ejecución se haya procedido o se deba proceder a efectuar un control material de la misma, sino por su conexión con una anterior declaración de inconstitucionalidad

acordada en sentencia. En segundo lugar, que la anulación de una proposición de ley no pueda extenderse a la propia ley a que ha dado lugar no quiere decir que esta no pueda ser objeto autónomo en otro incidente de ejecución; se trataría, más bien, de hacer patente la necesidad misma de esta impugnación autónoma, a la vista de que el procedimiento legislativo podría -haya o no sido en definitiva así- haber modificado el contenido final de la ley.

En fin, debemos hacer referencia a la STC 136/2018, de 13 de diciembre, que resuelve una impugnación de disposiciones autonómicas formulada por el Gobierno en relación con ciertos apartados de la moción 5/XII del Parlamento de Cataluña, cuyo contenido se remitía al de la previamente anulada resolución 1/XI del Parlamento de Cataluña -en la ya por nosotros conocida STC 259/2015-. Ante esto el Tribunal Constitucional se tuvo que pronunciar sobre si la vía adecuada para impugnar la resolución era necesariamente el incidente de ejecución, o cabía también que se hiciera mediante una impugnación de disposiciones autonómicas, lo que ofreció una buena oportunidad para perfilar aquella figura.

Afirma el Alto Tribunal que «existe una diferencia fundamental en el tipo de control que requiere el examen del motivo basado en el incumplimiento de una Sentencia o resolución de este Tribunal y el que se lleva a cabo en el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas. En este tipo de procesos, el control que lleva a cabo el Tribunal es un control eminentemente “objetivo”, que deja al margen las intenciones o finalidades del autor de la resolución o disposición impugnada, según jurisprudencia constitucional reiterada [por todas, STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 2 c)]. Por el contrario, la existencia de “incumplimiento” de lo previamente resuelto por el Tribunal exige indagar en la voluntad del poder público autor de la resolución impugnada. [...] Así pues, [hemos de] remitir el motivo de incumplimiento, por su matiz subjetivo, a los incidentes de ejecución del artículo 92 LOTC» (FJ 4). Y precisamente por este matiz subjetivo, los

pronunciamientos que pueden pedirse del Tribunal en un incidente de ejecución no se reducen a la declaración de inconstitucionalidad y en su caso nulidad que caben en el proceso de impugnación de disposiciones autonómicas, sino que «son diferentes y mucho más amplios y además no incluyen la declaración de inconstitucionalidad de la resolución impugnada, sino solamente su “nulidad”» (FJ 4).

No obstante, y antes de pasar en el subapartado siguiente a tratar el problema del matiz subjetivo en el incumplimiento que el Tribunal Constitucional parece exigir para el incidente de ejecuciones, así como la imposibilidad de declarar en el mismo la inconstitucionalidad de una norma, debemos hacer referencia a qué actos o resoluciones -distintos de una norma con rango de ley- capaces de vehiculizar una respuesta legislativa pueden ser anulados a través de ese procedimiento.

En este sentido, y como se desprende de las SSTC que hemos citado en este apartado, podrán ser objeto de un incidente de ejecución las resoluciones sin rango de ley de los parlamentos autonómicos que vengan a reiterar o a dar efectos a una declaración de inconstitucionalidad y que, por ello, podrán ser anuladas.

En conexión con ello, podrán ser también objeto de este incidente las disposiciones sin rango de ley del legislador estatal -tales como las mociones y proposiciones no de ley- que estén afectadas por el veto a la respuesta del legislador. Es más, dado que no existe en la LOTC un procedimiento análogo al de la impugnación de disposiciones autonómicas sin rango de ley con el que poder atacar este tipo de resoluciones cuando provienen del legislador estatal, el incidente de ejecución ofrecería una vía con el que poder anularlas, si bien limitado en su ejercicio a quienes hubieran sido partes en el procedimiento cuya sentencia se pretende ejecutar por incumplimiento.

4.3. Nulidad sin inconstitucionalidad: la vinculación del legislador a los autos y providencias del Tribunal Constitucional.

A nadie se le escapa que la reforma de la LOTC respondió a una concreta situación política y que los incidentes de ejecución resueltos por el Tribunal Constitucional desde entonces han estado inevitablemente influenciados por ella. Esto es, en nuestra opinión, lo que ha llevado a este tribunal en su última jurisprudencia a configurar el incidente de ejecución de sus resoluciones como el procedimiento a través del cual se deben encauzar los incumplimientos de «matiz subjetivo» y del que no cabe obtener la declaración de inconstitucionalidad de una disposición, sino tan sólo su nulidad. Sin embargo, a la vista de los autos que resuelven dichas ejecuciones, deben hacerse varias precisiones.

En primer lugar, y pese a que la LOTC permite, como ya tuvimos oportunidad de ver, que el incidente de ejecución se plantee con respecto a cualesquiera resoluciones del Tribunal Constitucional, lo cierto es que todos los autos estimatorios que desde la reforma de aquella ley se han dictado en este tipo de incidentes, han sido promovidos por incumplimiento de una sentencia.

En efecto, los AATC 141/2016, 170/2016, 24/2017, 123/2017 y 124/2017 fueron todos promovidos en ejecución de la STC 259/2015, y todos ellos se resuelven mediante el contraste de la resolución o disposición impugnada con lo dispuesto en aquella. En aplicación de su propia doctrina, el Tribunal Constitucional pretende dilucidar si aquellas resoluciones o disposiciones suponen la emisión de un pronunciamiento contrario a lo decidido en la sentencia que se pretende ejecutar, o un intento de menoscabar su eficacia jurídica o material. Constatado, en fin, que estas suponen bien una reiteración, bien un intento de dar efecto a una resolución que ya había sido declarada inconstitucional y nula por una sentencia (*vid.* AATC 141/2016, FJ 6; 170/2016, FJ 6; 24/2017, FJ 8; 123/2017 y 124/2017,

FFJJ. 3; ATC 144/2017, FJ 6), se llega a la conclusión de que aquellas son igualmente inconstitucionales y nulas,⁵⁷⁷ aunque sólo sea este último pronunciamiento de nulidad el que se acaba llevando al fallo.

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional es por tanto consciente de que nada impide la declaración de nulidad y también inconstitucionalidad de una resolución a través del incidente de ejecución, siempre que este sea promovido por incumplimiento de una sentencia con efectos declarativos; es ese mismo incumplimiento el que vicia no sólo con la nulidad, sino también con la inconstitucionalidad, la resolución que viene a reiterar o dar efectos -y por tanto a recaer en el mismo vicio- a aquella previamente depurada.

En este sentido, algunos de estos incidentes de ejecución se promueven, no sólo por incumplimiento de la STC 259/2015, sino también de anteriores autos que resolvieron asimismo alguno de estos incidentes o de providencias suspensivas. Ahora bien, esto es algo que sólo puede entenderse realizado a mayor abundamiento, a la vista de la conclusión de inconstitucionalidad a que llega el Tribunal Constitucional. En efecto, si la resolución de la que partiera el incidente de ejecución fuera un auto o una providencia, y habida cuenta de que en ellos no se puede acordar la inconstitucionalidad de una norma -excepción hecha de los propios autos que resuelven incidentes de ejecución si aceptamos lo que aquí estamos exponiendo-, sólo cabría, ahora sí, la anulación de la resolución impugnada; su constitucionalidad quedaría imprejuizada, claro está,

⁵⁷⁷ Así en el ATC 170/2016 puede leerse que se debe «estimar el incidente de ejecución (arts. 87.1 y 92 LOTC) promovido por la Abogacía del Estado contra la resolución del Parlamento de Cataluña 263/XI de 27 de julio de 2016, cuya apariencia de jurisdicción –por provenir de un poder público sin duda legítimo en origen– debe ser cancelada mediante la *declaración de inconstitucionalidad y nulidad* que aquí se decide» (FJ 7, la cursiva es nuestra). Y en idénticos términos los AATC 24/2017, FJ 9; 123-124/2017, FFJJ. 8 y ATC 144/2017, FJ 6.

puesto que el incumplimiento de una resolución que no ha depurado el ordenamiento no puede llevar a la inconstitucionalidad de otra resolución.

En segundo lugar, y siguiendo ya con la exposición, debe ser también precisado el «matiz subjetivo» con el que se pretende revestir a los incumplimientos que pueden dar lugar a un incidente de ejecución. La LOTC no impone, como ya vimos, el requisito de una especial voluntad transgresora para poder estimar un incidente de ejecución. En puridad, y recordando lo que dispone el artículo 92.1 LOTC, será suficiente con que una resolución contravenga lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su jurisdicción.

En cambio, no cabe llegar a la misma conclusión cuando se trata de apoderar al Tribunal Constitucional para que adopte alguna de las medidas previstas en el artículo 92.4 LOTC. En este último caso sí debe concurrir un «matiz subjetivo», una voluntad incumplidora manifiesta. Y ello porque el sentido del requerimiento a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo el cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional, no puede ir sino dirigido a la constatación de una voluntad incumplidora que faculte a este para adoptar las gravosas medidas que prevé el mencionado artículo 92.4 LOTC. De manera que, si un poder público incumple una sentencia por desconocimiento o cualquier otra causa involuntaria, cabrá su ejecución, pero no la adopción de medidas especiales; estas solo podrían adoptarse, en su caso, si tras la primera ejecución se constata, ahora sí, una persistente desobediencia.

La propia práctica del Tribunal Constitucional se amolda a estas conclusiones. En todos los autos ya mencionados, tras constatar que las resoluciones impugnadas contravienen objetivamente la resolución a ejecutar, procede en el último Fundamento Jurídico a analizar, a la vista del requerimiento efectuado ex artículo 92.4 LOTC, el ánimo incumplidor de las

autoridades concernidas. Y solo en el caso de apreciarse, se adoptan alguna de las medidas previstas.

Creemos, en definitiva, que nada obsta a que el incidente de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional sea utilizado como herramienta para hacer efectivo el veto a la respuesta del legislador, no sólo cuando se vehiculiza a través de resoluciones parlamentarias sin rango de ley, sino también cuando lo hace a través de normas legales. Las normas con rango de ley son un objeto posible del incidente de ejecución; su inconstitucionalidad y, por tanto, nulidad, podría apreciarse por conexión a la ya declarada en la sentencia a ejecutar; la voluntad incumplidora, en fin, no es un requisito necesario para llegar a tal conclusión, sino sólo para adoptar alguna de las medidas especiales del artículo 92.4 LOTC.

Ahora bien, lo que si ha quedado claro es que el Tribunal Constitucional, asumiendo quizá el mismo ánimo que inspiró la reforma de la LOTC, ha querido configurar un incidente de ejecución que no va dirigido tanto a la depuración del ordenamiento como a la consecución de la efectiva intangibilidad de sus resoluciones suspensivas.

En este sentido, el Alto Tribunal ha quedado dotado de una poderosa herramienta con la que evitar que el legislador autonómico intente soslayar las providencias y autos en las que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución, se acuerde la suspensión de una norma autonómica. Entre tanto la inconstitucionalidad de la norma impugnada se resuelve definitivamente a través del pertinente recurso, al legislador autonómico le quedará vetado insistir en esa misma vía, con la amenaza de la nulidad y de las especiales medidas del artículo 92.4 LOTC planeando sobre él. Se consigue así una vinculación provisional, pero tan poderosa como la que cabe extraer de los fallos depurativos de la inconstitucionalidad de una ley.

La paradoja está en que a través de ese mismo procedimiento de ejecución no se podría vetar la actuación del legislador cuando esta se vehiculice a través de una norma con rango de ley. Y a este respecto no está de más recordar que la facultad suspensiva del artículo 161.2 de la Constitución sólo se reconoce a favor del Gobierno central y con respecto a las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. Estas, en cambio, no disponen de una herramienta similar para hacer frente a hipotéticos incumplimientos por parte del Estado central. El incidente de ejecución de sentencias devendría así en una interesante herramienta en manos de los órganos legitimados de las Comunidades Autónomas para impugnar de una manera rápida las normas con rango de ley del Estado que pudieran estar afectadas por el veto a la respuesta del legislador y que no pueden ser suspendidas provisionalmente.

4.4. ¿Una transformación del modelo de justicia constitucional? La idoneidad de las medidas de ejecución contempladas en la LOTC.

La reforma de la LOTC fue intensamente contestada por las especiales medidas de ejecución que contempla su ya tantas veces citado artículo 92.4. En el denso debate ha confluído la doctrina⁵⁷⁸, la Comisión de

⁵⁷⁸ Han sido especialmente críticos RIDAO MARTIN, «Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de la coerción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 106, 2016 y ALMEIDA CERREDA, *op. cit.* La posición de VILLAVARDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.*, es cauta: si bien opina que lo mejor hubiera sido limitar la reforma a ciertos aspectos claramente necesitados de especificación, como la aplicación supletoria de la LRJCA, afirma también la necesidad de que la jurisdicción constitucional, en cuanto verdadera jurisdicción, pueda asegurar sus pronunciamientos. La defensa más abierta procede, sin embargo, de DíEZ-PICAZO, «Breves reflexiones sobre la ejecución y compulsión al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional», *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 2017, donde afirma que la reforma no dota al Tribunal Constitucional de ningún poder del que ya dispongan los tribunales de lo Contencioso Administrativo, con la excepción de la destitución de cargos públicos.

Venecia⁵⁷⁹ y, finalmente, el propio Tribunal Constitucional, que ha desestimado los dos recursos que se interpusieron frente a la LORLTOC, con el voto particular discrepante de tres magistrados.⁵⁸⁰

Las dos posiciones centrales pueden resumirse perfectamente con referencia al debate en torno a nuestro modelo de justicia constitucional que surgió en el interior del Tribunal Constitucional al hilo de los dos recursos mencionados. Por un lado, la opinión de la mayoría, sustentada en la inexistencia de un modelo cerrado de justicia constitucional, que habilita ampliamente al legislador orgánico para su ulterior configuración (STC 185/2016, FJ 8).⁵⁸¹

Por otro lado, las opiniones discrepantes, que coinciden en señalar que la libertad del legislador orgánico tiene sus límites, y que estos vienen dados por lo dispuesto en la Constitución. Como afirma la magistrada Adela Asua Batarrita en su voto particular a la STC 185/2016: «Ciertamente, la Constitución permite que, mediante “leyes orgánicas”, se amplíe ese elenco competencial ordinario o principal [art. 161.1 d) CE]. Esas leyes orgánicas pueden ser tanto la propia Ley Orgánica reguladora del Tribunal

⁵⁷⁹ En la *Opinion on the law of 16 October 2015 amending the Organic Law no. 2/1979 on the Constitutional Court. Adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10-11 March 2017)*. La Comisión desaconseja la atribución al Tribunal Constitucional de las medidas especiales de ejecución que la reforma contempla, si bien a la luz de la ausencia de normas europeas comunes al respecto, su introducción no contradiría dichas normas.

⁵⁸⁰ Se trata de las SSTC 185/2016, de 3 de noviembre y la 215/2016, de 15 de diciembre, en resolución de dos recursos promovidos, respectivamente, por el Gobierno Vasco y el Gobierno de la Generalitat.

⁵⁸¹ Para los recurrentes de la reforma de la LOTC se modifica claramente el modelo de jurisdicción constitucional, excediéndose en la atribución de competencias al Tribunal Constitucional, que acaba configurado como una instancia penal y sancionadora, incluso implicando una pseudoaplicación del art. 155 CE. *Vid.* ÁLVAREZ CONDE, «La ejecución de las resoluciones del tribunal constitucional. ¿Un cambio de modelo de justicia constitucional?» *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018, págs. 668 y ss., ALMEIDA CERREDA, *op. cit.*, págs. 175 y ss., RIDAO MARTIN, págs. 158 y ss.

Constitucional, o sus posteriores modificaciones, como otras leyes orgánicas. El límite de esa eventual ampliación competencial no es otro que el respeto a la misma Constitución, por lo que dichas leyes orgánicas no pueden atribuir al Tribunal competencias que supongan la vulneración de los ámbitos competenciales constitucionalmente atribuidos a otros órganos, o bien que menoscaben el carácter propio del Tribunal o desvirtúen las competencias constitucionalmente previstas».

En nuestra opinión no cabe negar que los Tribunales Constitucionales puedan ejecutar sus propias resoluciones.⁵⁸² Ahora bien, no hay tampoco duda de que este trabajo ha venido inspirado durante todo su trayecto por el modelo de justicia constitucional concentrado que diseña la Constitución Española. Un modelo en el que el Tribunal Constitucional se erige como órgano llamado a interpretar el Texto Fundamental de manera definitiva, pero en un marco muy estrecho. En efecto, la función propia de este tribunal no es otra que la depuración del ordenamiento con efectos generales, y es únicamente en su ejercicio cuando puede someter a todos los poderes públicos, incluido el legislador.

Así las cosas, cualquier reforma que proveyera al Tribunal Constitucional de herramientas con que hacer efectivo el cumplimiento de sus sentencias en procedimientos de control de constitucionalidad de la ley deberían ir encaminadas a asegurar una rápida sanción consistente, principalmente, en la nulidad e inconstitucionalidad del derecho contraventor.⁵⁸³ Este es el modo en que un Tribunal Constitucional compele a todos a cumplir sus decisiones.

⁵⁸² Así opinan también ÁLVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 669, y VILLAVARDE MENÉNDEZ, «Cumplir o ejecutar...», *op. cit.* págs. 663 y ss.

⁵⁸³ Como afirma ÁLVAREZ CONDE: «La raíz de la cuestión radica más bien en la naturaleza de esta potestad de ejecución y, especialmente, en la naturaleza de las medidas de ejecución puestas a disposición del Tribunal. Cuando éstas, como sucede con alguna de las contenidas en la reforma (suspensión de funciones, ejecución sustitutoria, etc.) alteran la naturaleza de la potestad de ejecución, alterando a su vez la posición del Tribunal en la fase declarativa y en la fase de ejecución, es cuando se puede producir una

De las cuatro medidas que contempla el nuevo artículo 92.4 LOTC, dos han sido especialmente contestadas por cuanto convertirían al Tribunal Constitucional en una instancia penal. Se trata de las multas coercitivas a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal; y la suspensión en funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal. La constitucionalidad de ambas medidas fue salvada aduciendo que no se trataría de sanciones, sino de medidas tendentes a compeler a la ejecución de lo resuelto por el Tribunal Constitucional.⁵⁸⁴

La tercera medida, consistente en la ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales con la colaboración del Gobierno, fue criticada e impugnada por cuanto otorga al Gobierno una posición privilegiada que vulnera la autonomía constitucionalmente garantizada en el art. 137 y que consistiría en una especie de remedo del

mutación del modelo de justicia constitucional, pues el legislador orgánico puede desarrollar las previsiones constitucionales, pero no alterar los principios constitucionales inherentes al mismo». *Op. cit.*, pág. 669.

⁵⁸⁴ *Vid.* no obstante, las interesantes apreciaciones que realiza VILLAVERDE MENÉNDEZ sobre la constitucionalidad formal de la medida de suspensión de funciones: «Para el caso de los empleados públicos y los cargos públicos en órganos no constitucionales, y regulados por ley ordinaria o disposiciones de rango inferior, lo dispuesto en el artículo 92.4 LOTC constituye una «configuración legal» de su estatuto con arreglo a la garantía que les dispensa el derecho a ocupar y ejercer cargos públicos sin restricciones o perturbaciones ilegítimas del artículo 23 CE. Pero se nos antoja más difícil salvar la tacha de inconstitucionalidad en el caso de que esa suspensión temporal de funciones afecte a miembros y titulares de órganos constitucionales cuyo estatuto jurídico esté reservado expresamente en la CE a una específica ley orgánica reguladora de su estatuto orgánico-funcional (artículo 81 CE). Otro tanto, creemos, podría decirse de la presidencia de las CCAA y otros titulares de órganos autonómicos cuya regulación está reservada a los EEAA en los términos del artículo 147 CE, invadiendo competencias autonómicas por una ley estatal que no es de reforma del EEAA, al fijar causas de cese temporal de sus funciones no previstas en su normativa específica». *Op. cit.*, pág. 681.

artículo 155 de la Constitución Española.⁵⁸⁵ La mayoría del Tribunal Constitucional entendió, sin embargo, que ni el Gobierno adquiriría una posición privilegiada, pues carecería de facultades decisorias, siendo el Tribunal quien debe decidir qué medidas concretas requiere la ejecución; ni estaríamos ante el supuesto del artículo 155 de la Constitución, cuyo contenido es mucho más amplio y supone una vía de coerción directa.

En fin, la cuarta y última medida, consistente en la posibilidad por parte del Tribunal Constitucional de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder a las autoridades incumplidoras, fue la única asumida pacíficamente y, por cierto, también la única aplicada hasta el día de hoy.

Lo que nos interesa apuntar aquí es que, independientemente de que la constitucionalidad de estas medidas pueda ser salvada, como se ha hecho, y de la utilidad que puedan tener a la hora de asegurar la ejecución en procesos no declarativos o como manera de depurar responsabilidades por la abierta rebelión de las autoridades; independientemente de esto, decimos, creemos que el modelo de justicia constitucional queda, tras la atribución de estas potestades al Tribunal Constitucional, si no transformado, sí cuanto menos forzado.

En efecto, no cabe pensar cómo algunas de estas medidas podrían compeler a la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional en procesos declarativos. La suspensión en funciones de las autoridades, en este caso las que hayan dado lugar a una disposición general, no es una medida que pueda permitir la anulación del derecho incumplidor o la adopción de uno nuevo en ejecución de una sentencia. Esto es algo que queda especialmente claro cuando las autoridades no pueden ser

⁵⁸⁵ ÁLVAREZ CONDE, *op. cit.*, pág. 692-695.

sustituidas, pero también será así cuando puedan serlo, pues nada garantiza que los sustitutos vayan a actuar de otra manera.

Tampoco la ejecución sustitutoria por parte del Gobierno es una medida eficaz. No sólo porque la potestad normativa del legislador es imposible de sustituir, sino porque además la reforma de la LOTC se olvidó por completo de que quizá pueda ser el propio Gobierno o el legislador estatal que le sostiene, el órgano llamado a ejecutar una resolución.

Por su lado, la posibilidad de deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder a las autoridades incumplidoras, podrá ser en todo caso una buena medida para exigir responsabilidades por el incumplimiento *a posteriori*, pero no para compeler a la ejecución.

Así las cosas, la única medida que podría servir en algún grado para compeler al legislador a cumplir lo dispuesto en una resolución del Tribunal Constitucional serían las multas coercitivas, y ello en el bien entendido de que el resultado final no viene directamente asegurado por la adopción de esta medida.

Con todo esto no pretendemos afirmar que de aceptarse la posibilidad de anular leyes a través de un incidente de ejecución de sentencias y en caso de que el Tribunal Constitucional advierta una voluntad incumplidora no vayan a aplicarse alguna de estas medidas al legislador, sobre todo las multas. Somos conscientes de que ese riesgo está ahí.

Pero también somos conscientes, y no podemos terminar este trabajo sin advertirlo, de que el modo propio como actúa el Tribunal Constitucional en el control de la ley es expulsándola. Así es como el Tribunal Constitucional ejerce su función sin invadir ilegítimamente la que compete a otros órganos y respetando la división de poderes.

CONCLUSIONES

1. La principal conclusión a la que hemos llegado en este trabajo es que el legislador no puede aprobar una norma con rango de ley o acto parlamentario que venga a reiterar o a dar efectos a otra norma con rango de ley o acto parlamentario previamente depurados por una sentencia del Tribunal Constitucional. Esta prohibición es lo que hemos llamado el veto a la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad.

Esta respuesta del legislador a las declaraciones de inconstitucionalidad tiene su contexto teórico en el marco de la llamada objeción contramayoritaria. Si un Estado está dotado con una constitución rígida y controlada por los jueces, la decisión definitiva recaerá siempre en estos últimos, obligando al legislador a optar por una gravosa reforma constitucional si quiere imponer su interpretación del Texto Fundamental. Atendida esta circunstancia y el superior valor intrínseco democrático de la toma de decisiones por parte del legislador mayoritario, se le debería permitir reiterar una ley declarada inconstitucional sin tener que optar necesariamente por la reforma de la Constitución. La Constitución se convertiría, así, en pseudoflexible.

Los partidarios de la llamada objeción contramayoritaria defienden que, ante la necesidad de una decisión autoritativa final, y atendido que toda decisión de este tipo debe ser estrictamente formal y, por tanto, falible, debe preferirse aquella que mejor respeta la igual dignidad de los ciudadanos y el derecho a que su voto cuente por igual. A saber, la regla de la mayoría. De este modo quedan cuestionados los dos mecanismos con que el constitucionalismo liberal pretende asegurar la supremacía de la Constitución. En primer lugar, la supralegalidad, entendida como la cualidad predicable de aquellas constituciones cuya supremacía se afirma jurídicamente, y consistente en que la fuente de producción de la Constitución y de la ley ordinaria sean distintas, es decir, que se distinga entre poder constituyente y poder constituido, es criticada por privilegiar el *statu quo* y dotar de un valor distinto al voto de la minoría y mayoría. En segundo lugar, el control de constitucionalidad de las leyes como mecanismo que, junto a la rigidez, garantiza la supremacía de la Constitución, se critica por cuanto acaba convirtiendo a los jueces, que ni son elegidos democráticamente ni responden ante el pueblo, en la autoridad con capacidad de decisión final.

Sin embargo, la objeción contramayoritaria se enfrenta a sus propias paradojas. En este sentido, es incapaz de dar respuesta al origen de las precondiciones de las que parte y centra todo su discurso en la toma de decisiones final acerca de los derechos fundamentales, obviando cualquier otro contenido posible de las constituciones. Sin embargo, el control de constitucionalidad de las leyes y un cierto grado de rigidez constitucional quedan justificados en los Estados compuestos y en aquellos integrados en organizaciones internacionales, como los instrumentos que mejor garantizan el respeto a la autonomía de todos los legisladores que actúan en su seno.

En definitiva, el debate en torno a la objeción contramayoritaria nos ofrece el contexto necesario con el que introducir y encuadrar el problema

de la respuesta del legislador a las declaraciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, no ofrece una respuesta determinante acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de esta figura en un determinado ordenamiento jurídico que permita dar por zanjada la cuestión *a radice*.

2. La principal premisa de la que parte la conclusión de este trabajo es la supremacía normativa de la Constitución Española. Es la norma fundamental y fundante del ordenamiento constitucional español, es la fuente de las fuentes del derecho y afirma su supremacía sin excepciones, estableciendo la sujeción de todos los ciudadanos y poderes públicos a su texto, algo que ni siquiera la integración en la Unión Europea ha puesto en duda. Los distintos preceptos de la Constitución podrán tener una diferente eficacia dependiendo de su concreta naturaleza, pero todos comparten la misma fuerza pasiva: ningún artículo de la Constitución podrá ser vulnerado sin previa reforma.

La supremacía normativa de la Constitución Española encuentra su fundamento último en la atribución de la soberanía al pueblo español y el aseguramiento de su ejercicio. Coherente con esta atribución es la posibilidad de reforma total de la Constitución, verdadero fundamento último de la sujeción de todos a lo que ella dispone.

Que el pueblo sea el sujeto de la soberanía implica también que el Estado que así se funda se rija conforme al principio democrático: el pueblo debe ser capaz de decidir sobre todos aquellos asuntos que le afecten. Ante la imposibilidad o inconveniencia de establecer modalidades más directas del ejercicio del poder, surge la figura de la representación. Los presupuestos liberales de esta institución han sufrido con el tiempo una fuerte transformación y, al mismo tiempo, han imprimido un pasivo indudable en la moderna idea de la representación que han acabado por desconectar a electores y representantes más allá del momento electoral. La propia institución parlamentaria ha sufrido fuertes transformaciones con

motivo de la aparición de los partidos políticos. En nuestro ordenamiento las Cortes Generales y las Asambleas de las Comunidades Autónomas son los órganos que representan al pueblo y donde se expresa la opinión de la mayoría y de la minoría. La función del parlamento como legislador ya no es, o ya no es principalmente, la de debatir y depurar las normas, sino más bien la de dar voz a la pluralidad política, dotando así de legitimidad a las leyes.

3. Esencial para la conclusión de este trabajo es también conocer la posición que el legislador tiene en el ordenamiento jurídico, así como su capacidad para dar lugar a una respuesta a una declaración de inconstitucionalidad. En este sentido, el legislador, independientemente de las transformaciones que ha sufrido el ejercicio de la potestad legislativa, es el intérprete primario de la Constitución. Lo es, en primer lugar, porque tiene atribuido a su favor el monopolio normativo primario; siempre que una norma innove el ordenamiento cabrá rastrear al legislador en su origen. Y lo es, en segundo lugar, porque tiene libertad de configuración a la hora de desarrollar la Constitución: su único límite es lo dispuesto por el Texto Fundamental y en su desarrollo no tiene por qué justificar sus decisiones ni está limitado por las que haya tomado con anterioridad.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento no hay un único legislador ni sus normas son las únicas que tienen rango de ley. Para establecer si estamos ante una respuesta legislativa es necesario averiguar cuándo un legislador puede vehicularla; ello ocurrirá si concurre, de una manera u otra, a su perfeccionamiento. Así, podrán vehicular una respuesta legislativa: las leyes ordinarias del Estado y de las Comunidades Autónomas -entendiendo incluidas las leyes de bases, de armonización, de presupuestos, de delegación en su formato de bases y las que transponen directivas-; las leyes orgánicas, incluidos los Estatutos de Autonomía; los reglamentos parlamentarios del Estado y de las Comunidades Autónomas; los Decretos-leyes convalidados o tramitados como ley y las leyes orgánicas que

autorizan la adopción de tratados internacionales. Por el contrario, no son capaces de vehicular una respuesta del legislador: las leyes que autorizan al Gobierno para refundir textos y los propios textos refundidos; los tratados internacionales; las directivas de la Unión Europea y las reformas de la Constitución. A estos supuestos referidos a normas con rango de ley, debemos añadir otra forma de respuesta del legislador que se vehiculiza a través de actos parlamentarios sin valor de ley: la iniciativa legislativa, la propuesta de enmiendas, y la función de control e impulso del ejecutivo a través de resoluciones, mociones o proposiciones no de ley. A través de estos actos parlamentarios puede darse una respuesta del legislador, bien reiterando anteriores actos ya anulados, bien dando efectos a una norma depurada y expulsada del ordenamiento.

4. Para saber si la respuesta del legislador a una declaración de inconstitucionalidad es una operación legítima es necesario, por último, referirse a la posición del Tribunal Constitucional en el ordenamiento y a los efectos que la Constitución anuda a sus sentencias. En este sentido, el modelo de justicia constitucional instaurado por la Constitución es el concentrado, que se caracteriza por dos notas precisas: en primer lugar, por la centralización del control de constitucionalidad de la ley en un único órgano, el Tribunal Constitucional, que tiene en exclusiva el poder de declarar inconstitucionales y nulas las leyes que contradigan lo dispuesto en la Constitución. En segundo lugar, por la abstracción del juicio que realiza, y cuyo objeto es siempre la ley. La función más propia del Tribunal Constitucional es, pues, la depuración del ordenamiento mediante la expulsión con efectos generales de las leyes inconstitucionales.

Los efectos generales que el artículo 164.1 de la Constitución predica de las sentencias del Tribunal Constitucional implican el veto a la respuesta legislativa. Cuando se acuerda la expulsión de una ley se hace con carácter definitivo, impidiendo su adopción si no se reforma la Constitución. Así se desprende de la supremacía constitucional afirmada sin matices, de la

nulidad del derecho como solución a su inconstitucionalidad y de la existencia de un recurso previo cuya finalidad es precisamente impedir la adopción de una ley contraria al Texto Fundamental sin su previa reforma.

La nulidad como efecto *erga omnes* de las sentencias del Tribunal Constitucional no puede ser asimilada en sus efectos a la fuerza de ley o a la derogación. La expulsión de las normas inconstitucionales se hace con efectos *ex tunc* y no desde la fecha de la sentencia, con independencia de que el Tribunal Constitucional tenga cierta capacidad de modular los efectos de sus sentencias hacia el pasado. Del mismo modo, la anulación de una norma inconstitucional despliega hacia el futuro efectos que van más allá de la lógica imposibilidad de aplicar una norma expulsada: prohíbe reintroducir el mandato normativo anulado en la sentencia si no es a través de una reforma de la Constitución.

5. Atendido que el modelo de justicia constitucional acogido por nuestra Constitución y la eficacia que se da a sus sentencias implican el veto a la respuesta legislativa como manera más coherente de entender la función del Tribunal Constitucional en relación con el aseguramiento del Texto Fundamental, los argumentos que ofrece la objeción contramayoritaria decaen. Pero además es posible encontrar una justificación tanto a la rigidez constitucional como al control de constitucionalidad y el veto a la respuesta legislativa como garantía misma de la democracia y la posición del legislador. Cuando las cámaras acatan las sentencias del Tribunal Constitucional que han depurado el ordenamiento, no sólo están haciendo prevalecer la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, desatendiendo el que pudiera ser el deseo de la mayoría. Están también respetando el ámbito propio del resto de legisladores con quienes conviven, y tan importante es respetar el reparto de competencias establecido entre los distintos órganos parlamentarios, como el hecho de que todos ellos desarrollen de manera constitucionalmente adecuada las materias de su competencia.

6. El presupuesto para que opere el veto a la respuesta del legislador es la depuración regular de la inconstitucionalidad de las leyes, normas con rango de ley y actos parlamentarios acordada por el Tribunal Constitucional en una sentencia previa, tanto por motivos formales como materiales.

El objeto del veto a la respuesta legislativa son las leyes, normas con rango de ley y actos parlamentarios con capacidad para vehiculizar una respuesta consistente en la adopción de una ley, norma con rango de ley o acto parlamentario idéntico, similar o que venga de manera directa a dar efecto a una ley, norma con rango de ley o acto parlamentario depurados de inconstitucionalidad y por el mismo legislador que la adoptó en primer lugar.

7. Que el legislador es el órgano llamado en primer lugar a hacer efectivo el veto a la respuesta legislativa es algo que no ofrece dudas. El legislador es el sujeto del veto y a él se le impone la obligación de no legislar en contra de lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Constitucional que ha depurado el ordenamiento. En este sentido, el propio Alto Tribunal ha ido desarrollando una doctrina en torno a la obligación de las mesas de los parlamentos de inadmitir iniciativas legislativas palmaria o manifiestamente inconstitucionales. A este efecto no cabe contar únicamente con la obligación de la Mesa de inadmitir iniciativas así viciadas, sino que a su corrección en caso de eventual admisión deberán proveer tanto los grupos, como los parlamentarios considerados individualmente. El legislador es, en definitiva, no sólo el intérprete primario de la Constitución, sino también su guardián primario.

Se debe admitir la posibilidad, y así se ha hecho por el Tribunal Constitucional, de recurrir en amparo la admisión a trámite de una iniciativa legislativa, enmienda, moción, resolución o proposición no de ley que no respete el veto a la respuesta legislativa por vulneración del derecho al *ius*

in officium de los parlamentarios que contempla el artículo 23.2 de la Constitución. El respeto a los procedimientos es inexcusable, y tratar de sortearlos, supone intentar una inaceptable vía de para reformar la Constitución al margen de ella, que lesiona el núcleo esencial del *ius in officium*, cuyo contenido mínimo consiste en el ejercicio del control de la actividad parlamentaria. No obstante, la eficacia de esta medida está seriamente condicionada, al ser imposible a través de un recurso de amparo anular las leyes o normas con rango de ley que, en su caso, hayan cristalizado como consecuencia de la iniciativa legislativa impugnada.

Se propone la posibilidad de que los jueces inapliquen las leyes afectadas por un veto a la respuesta del legislador. La lógica del modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes quedaría preservada, puesto que la solución inaplicativa sería extraída por el juez directamente del fallo. Es la expulsión con efectos generales de la ley lo que permitiría al juez que inaplique aquella que viene a reiterarla o desarrollarla sin tener que verse obligado a plantear una cuestión de inconstitucionalidad que, en puridad, ya ha sido resuelta. El artículo 163 de la Constitución, en su literalidad, sólo obliga a los jueces a plantear cuestión de constitucionalidad cuando la norma con rango de ley aplicable al caso «pueda ser contraria a la Constitución», no cuando lo sea claramente. Sin embargo, esta interpretación pugna con el entendimiento que la doctrina y la jurisprudencia hacen de la sumisión del juez a la ley y del monopolio del control de constitucionalidad en manos del Tribunal Constitucional, que siempre ha guardado con celo. Por ello, una propuesta descentralizadora del control de constitucionalidad como esta debería contar con anclaje constitucional expreso.

Por último, el incidente de ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional puede ser utilizado como herramienta para hacer efectivo el veto a la respuesta del legislador. Así lo ha admitido el propio Alto Tribunal, que ha venido a anular en incidente de ejecución de sentencia resoluciones

sin rango de ley de un parlamento autonómico. Solución que puede extenderse a mociones y proposiciones no de ley. El problema surge con la idoneidad de las normas con rango de ley para ser objeto de un incidente de ejecución. La LOTC y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional no parecen excluir dicha posibilidad; su inconstitucionalidad y, por tanto, nulidad, podría apreciarse por conexión a la ya declarada en la sentencia a ejecutar; la voluntad incumplidora no sería un requisito necesario para llegar a tal conclusión, sino sólo para adoptar alguna de las medidas especiales del artículo 92.4 LOTC. En este contexto, el veto a la respuesta legislativa supondría un criterio objetivo con el que apreciar cuando una ley puede declararse inconstitucional en ejecución de una sentencia. Esto, y no la configuración subjetiva y represora que se le ha querido dar al incidente de ejecución, sería lo más coherente con el modelo concentrado de justicia constitucional que tenemos.

BIBLIOGRAFIA

VV.AA., *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.

AAVV, *La función del artículo 149.1.1ª de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1992.

VV.AA., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2012.

ACKERMAN, «Beyond Carolene products», *Harvard Law Review*, núm. 113.

ACOSTA SÁNCHEZ, «La articulación entre representación, Constitución y democracia. Génesis, crisis actual y Constitución española», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 86,1994.

AGUADO RENEDO, *El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1996.

* «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reformas», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 17, 2007.

AHUMADA RUIZ, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.

* «City of Boerne v. Flores: la importancia del “candor judicial”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998.

* *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005.

ALÁEZ CORRAL, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000.

ALCOBERRO LLIVINA, «La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿el fin de la excepción francesa?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 90, 2011.

ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2008.

* «Los derechos fundamentales en el constitucional democrático», en CARBONELL, (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009.

* *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2017.

ALMEIDA CERREDA, «El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español», *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, núm. 1, 2016.

ALONSO DE ANTONIO, *El autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa*, Vol. 1, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986.

ALONSO GARCÍA, «Constitución española y Constitución europea: guion para una colisión virtual y otros matices sobre el principio de primacía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 73, 2005.

ÁLVAREZ CONDE, *Reforma constitucional y reformas estatutarias*, Madrid, Iustel, 2007.

* «La ejecución de las resoluciones del tribunal constitucional. ¿Un cambio de modelo de justicia constitucional?», *Revista de Derecho Político*, núm. 101, 2018.

ALZAGA VILLAMIL, «Contribución al estudio del Derecho parlamentario», *Revista de Derecho Público*, núm. 62, 1976.

* *La Constitución de 1978 (Comentario Sistemático)*, Madrid, Ed. Del Foro, 1978.

ARAGÓN REYES, «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 50, 1986.

* «La reforma de los Estatutos de Autonomía», *Documentación Administrativa*, núms. 232-233, 1992-1993.

* *Constitución, democracia y control*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

* «Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006.

* «Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la constitución», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 29, 2013.

* «Artículo 1», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, CASAS BAAMONDE, (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Tomo I, 2018.

ARANA GARCÍA, «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 191, 2013.

ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos» en ARZOZ SANTISTEBAN, (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del Derecho de la Unión Europea en el autonómico*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2013.

ASTARLOA, *El parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*, Madrid, Iustel, 2017.

ATIENZA, « de Derecho, argumentación e interpretación», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1996.

AZPITARTE SÁNCHEZ, «La funcionalidad de la ley en un sistema político fragmentado», *Fundamentos*, núm. 8, 2014.

BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho. I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991.

BAÑO LEÓN, *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1988.

BARCELÓ I SERRAMALERA, «Los efectos de la Sentencia 31/2010 en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 12, 2011.

BARNÉS VÁZQUEZ, *Problemas y perspectivas del artículo 149.1.1ª de la Constitución española*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2004.

BARÓN CRESPO, «El desarrollo de la codecisión como procedimiento legislativo de la UE», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 46, 2012.

BARQUE, «La question nouvelle dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité. Une critère discret aux effets considérables sur le contentieux constitutionnel», *Revue Française de Droit Administratif*, vol.30, núm. 2, 2014.

BASTIDA FREIJEIDO, «Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981.

* «Constitución, Soberanía y Democracia», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, 1991.

BAYÓN, «Derechos, democracia y constitución», *Discusiones*, núm. 1, Buenos Aires, 2000.

* «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., PRIETO SANCHÍS, L., PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Presidencia del Gobierno: Secretaría General Técnica, 2004.

BENEYTO, «Interpretación constitucional y legitimidad democrática en la obra de Martin Kriele», *Revista de Derecho Político*, núm. 17, 1983.

BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Have, Yale University press, 1962.

BIGLINO CAMPOS, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

* «Las facultades de los parlamentarios. ¿Son Derechos Fundamentales?», *Revista De Las Cortes Generales*, núm. 30, 1993.

BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

BLASCO SOTO, «Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, 1994.

BOCANEGRA, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

BODIN, *Los Seis Libros de la República*, Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.

BORK, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Indiana Law Journal*, núm. 47, 1971.

* «The Constitution. Original Intent and Economic Rights», *San Diego Law Review*, núm. 23, 1986.

BRYCE, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

BURKE, *Textos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «Mandato parlamentario y derechos fundamentales. (Notas para una teoría de la representación "constitucionalmente adecuada")», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 36, 1992.

* «Sí, pueden. (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, Madrid, 2007.

* «Las Cortes Generales», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, CASAS BAAMONDE, (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Tomo I, 2018.

CABELLOS ESPIÉRREZ, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, Madrid, CEPC, 2001.

* La relación derechos- autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 7, 2008.

* «Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista catalana de dret públic*, núm. extra 1, 2010.

CÁMARA VILLAR, «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009.

CANOSA USERA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988.

CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Giuffrè, Milán, 1983.

CARMONA CONTRERAS, *La configuración constitucional del Decreto-Ley*, Madrid, CEPC, 1997.

CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, París, Sirey, 1922.

CARRERAS, «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el Derecho positivo español», *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

CARRILLO, «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, Madrid, 2007.

* «Los derechos estatutarios y sus garantías en la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 92, 2011.

CHEMERINSKY, «The Constitution is not "hard law": the Bork rejection and the future of constitutional jurisprudence», *Constitutional Commentary*, núm. 6, 1989.

CONSTANT, *Escritos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CONTRERAS CASADO y CEBRIÁN ZAZURCA, «La ley para la reforma política: memoria y legitimidad en los inicios de la transición española a la democracia», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 168, 2015.

CORWIN, *The Doctrine of Judicial Review*, Glouster, Mass., Peter Smith, 1963.

CRISAFULLI, «La Corte Costituzionale ha vent'anni», *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XXI, fasc. 10, 1976.

CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

* «La Constitución territorial del », *Autonomies. Reviste catalana de dret públic*, núm. 13, 1991.

* «El Tratado según la constitución: tres planteamientos», en CARRILLO, M. (coord.) y LÓPEZ BOFILL, H. (coord.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2006.

* «La identidad constitucional de los s miembros: dos relatos europeos», Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 17, 2013.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, «Artículo 164», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE, (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Tomo II, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1956.

* *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 2009,

DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000.

DE LA CUADRA SALCEDO-JANINI, «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 5, 2008.

DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

DE MIGUEL BÁRCENA, «El reglamento parlamentario en los orígenes del constitucionalismo europeo y español», *Revista de Historia Constitucional*, núm.17, 2016.

DE OTTO, «Nación» en VV.AA., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix, tomo XVI, 1978.

* *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

* *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Madrid, Civitas, 1986.

DE VEGA, «Constitución y Democracia», en VV.AA., *La Constitución española de 1978 y el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1983.

* *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1988.

DELGADO ECHEVERRÍA, «Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J., «Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas», *Pensamiento Constitucional*, núm. 8, 2002.

* «La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010. Sus efectos sobre el estatuto catalán y otras normas del ordenamiento vigente», *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.

* «Interpretación de la Constitución y juez constitucional», *IUS*, núm. 37, 2016.

DÍEZ-PICAZO, I., «Breves reflexiones sobre la ejecución y compulsión al cumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional», *Revista de Jurisprudencia*, núm. 1, 2017.

DÍEZ-PICAZO, L., «Sobre la delimitación estatutaria del territorio de las Comunidades Autónomas y la rigidez de los Estatutos. (Comentario a la STC 99/1986, en el caso del condado de Treviño)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987.

* «Concepto de ley y tipos de leyes: (¿existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 24, 1988

* «Ley autonómica y ley estatal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

DÍEZ-PICAZO, L.M., *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Zaragoza, Studia Albornotiana, 1985.

* *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

* *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

* «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, Madrid, 2006.

* «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño*, núm. 81, 2007.

DONAIRE VILLA, «Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017.

DUQUE VILLANUEVA, «Los Decretos legislativos de las Comunidades Autónomas», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 7, 1986.

* «Los procesos constitucionales de control de las normas forales fiscales vascas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010.

* «El Decreto-Ley», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, CASAS BAAMONDE, (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española, Madrid*, Tomo II, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

* *A matter of principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

* *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

* *Freedom's Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

ELSTER, *Ulysses and the Sirens*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.

* *Ulysses Unbound*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

ESPÍN TEMPLADO, «Reforma del Estatuto», *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Vol. 3, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1990.

EXPÓSITO GÓMEZ, «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 5, 2007.

* «Derechos y garantías», *Revista catalana de dret públic*, núm. extra 1, 2010.

EZQUIAGA GANUZAS, «Sobre “inconstitucionalidad y derogación”», *Discusiones: Inconstitucional y Derogación*, núm. 2, 2001.

FENECH NAVARRO, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 1960.

FERNÁNDEZ FARRERES, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del autonómico? Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana*, Madrid, Cívitas, 2008.

FERNÁNDEZ SEGADO, «El Tribunal Constitucional español como legislador positivo», *Pensamiento Constitucional*, núm. 15, 2011.

* *La evolución de la justicia constitucional*, Madrid, Dickinson, 2013.

FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia Vol. 1. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2016.

FERRANDO BADÍA, «La potestad legislativa de las Comunidades Autónomas», *Revista de estudios regionales*, núm. 7, 1981.

FERRERES COMELLAS, «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2000.

* «Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), 2003.

* «Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña» en FERRERES COMELLAS; BIGLINO CAMPOS y CARRILLO, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, CEPC, 2006.

* *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2012.

FERRERES COMELLAS; BIGLINO CAMPOS y CARRILLO, *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Madrid, CEPC, 2006.

FIORAVANTI, «Las doctrinas de la constitución en sentido material», *Fundamentos*, núm. 6, 2010.

FREEMAN, «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», *Law and Philosophy*, vol. 9, núm. 4.

FRIEDMAN, «Dialogue and judicial review», *Michigan Law Review*, vol. 91, núm. 4, 1993.

* «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», *New York University Law Review*, núm. 73, 1998.

* «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two: Reconstruction's Political Court», *Georgetown Law Journal*, núm. 91, 2002.

* «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three: The Lesson of Lochner», *New York University Law Review*, núm. 76, 2001.

* «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four: Law's Politics», *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 148, 2000.

* «The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five», *Yale Law Journal*, núm. 112, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, «La constitución como norma jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2-3, 1979.

* *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1981.

* «La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

* *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981.

* «El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, Madrid, 1983.

* «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional. La doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las Leyes inconstitucionales», *Revista española de derecho administrativo*, núm. 61, 1989.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Madrid, Cívitas, 16ª Ed., 2013.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, «Voto parlamentario no presencial y sustitución temporal de los parlamentarios», *Corts. Anuario de derecho parlamentario*, núm. 24, 2010.

* «El parlamentario individual en un parlamento de grupos: la participación en la función legislativa», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011.

* «Las cortes generales: nuevos roles y transformación de funciones», en FREIXES SANJUAN, GAVARA DE CARA, (coords.) *Repensar la constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica*, Tomo I, Madrid, BOE, 2018.

GARCÍA-PELAYO, «Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37-38, 1948.

* «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

* *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984.

GARCÍA ROCA, «El riesgo de generalización de asimetrías en las reformas estatutarias» en MARTÍN DELGADO y ORTEGA ÁLVAREZ, (Coords.), *La reforma del Autonómico*, CEPC, Madrid, 2005.

* «El intérprete supremo de la constitución abierta y la función bilateral de los estatutos: o la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», *Revista catalana de dret públic*, núm. 43, 2011.

GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

* «Los jueces frente al “coto vedado”», *Discusiones*, núm. 1, 2000.

GARRIDO FALLA, «La Constitución como norma jurídica», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 68, 1991.

GARRORENA MORALES, *El lugar de la Ley en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

* *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Civitas, 1991.

* «Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XII, Madrid, Cortes Generales, EDERSA, 1996.

* «El debate justicia constitucional democracia en los procesos constituyentes de 1931 y 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.

GARZÓN CLARIANA, «El Parlamento Europeo y la evolución del poder legislativo y del sistema normativo de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, 2015.

GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», *Doxa*, núm. 6, 1989.

GAVARA DE CARA, «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, 2011.

GIMENO SENDRA, «Artículo 162», BRAVO-FERRER, CASAS BAAMONDE, (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

GÓMEZ MONTORO, «Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», en VV.AA., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

* «Artículo 38», en REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE-Tribunal Constitucional, 2001.

GONZÁLEZ POSADA, *La crisis del y el Derecho político*, Madrid, Editorial Reus, 2012.

GUAITA MARTORELL, «El recurso de amparo contra actos sin fuerza de ley de los órganos legislativos», *Revista de las Cortes Generales*, núm 7, 1986.

GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

* *Teoría e ideología de la interpretación*, Madrid, Trotta, 2010.

* «Interpretación y construcción jurídica», *Isonomía*, núm. 43, 2015.

HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2005.

HAMILTON; MADISON y JAY, *El federalista: los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943 (reimpr. 2006).

HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, *Leviatán o de la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

HOLMES, «Gag rules or the politics of omission», en ELSTER y SLAGSTAD, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, University Press, 1988.

JEFFERSON, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987.

JIMÉNEZ ASENSIO, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, «¿Qué es lo básico? Legislación compartida en el autonómico», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

* «Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español», en VV.AA., *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

JIMÉNEZ CAMPO y RUBIO LLORENTE, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1975.

* *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1977.

* *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 4ª ed., 2009.

* «La garantía jurisdiccional de la constitución. (La justicia constitucional)», traducción de TAMAYO Y SALMORÁN, revisada por GARCÍA BELAUNDE, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011.

KRAMER, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, New York, Oxford University Press, 2004.

KRIELE, *Introducción a la Teoría del . Fundamentos históricos de la legitimidad del constitucional democrático*, Buenos Aires, Depalma, 1980.

LA PERGOLA, «Un problema clave del Derecho Constitucional: Las normas internacionales y las fuentes normativas del », en *Poder exterior y de Derecho. El constitucionalista ante el Derecho Internacional*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1987.

* «Federalismo y regionalismo: el caso italiano», en TRUJILLO, (coord.), *Federalismo y Regionalismo*, Madrid, CEC, 1979.

LASA LÓPEZ, «Derechos sociales y Autonomía: el Estatuto de Autonomía como instrumento normativo de garantía de los derechos sociales» en AAVV, *El Autonomía: integración, solidaridad y diversidad*, Vol. 2, Madrid, INAP-Colex, 2005.

LASAGABASTER HERRARTE, «Consideraciones en torno a la figura de los Decretos leyes y Decretos legislativos en el ámbito autonómico», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 2, 1982.

LAPORTA, «El ámbito de la constitución», *Doxa*, núm. 24.

LEIBHOLZ, «Representación e identidad», en LENK; NEUMANN, (eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Madrid, Anagrama, 1980.

* «El Tribunal Constitucional de la República Federal alemana y el problema de la apreciación judicial de la política», *Revista de estudios políticos*, núm. 146, 1996.

LIFANTE VIDAL, *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

LINARES, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e Integración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

LÓPEZ CASTILLO; SAIZ ARNAIZ y FERRERES COMELLA, *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

LÓPEZ DE LOS MOZOS, *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010.

LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1973.

LUCAS VERDÚ, «La singularidad del proceso constituyente español», *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, núm. 1, 1978.

* «La teoría escalonada del ordenamiento jurídico de Hans Kelsen como hipótesis cultural, comparada con la tesis de Paul Schrecker sobre “la estructura de la civilización”», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 66, 1989.

LUCAS VERDÚ y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «Comentario al artículo 139 de la Constitución. Autonomía e igualdad. La posición jurídica de los ciudadanos en el de las autonomías» en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales, EDERSA, 1996.

*«Artículo 138» en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Cortes Generales, EDERSA, 1996.

MÁIZ, «Más allá del mito del ágora: Democracia y poliarquía en Robert Dahl», *Revista de Estudios Políticos. Nueva época*, núm. 112, 2001.

MANGAS MARTÍN, «La Constitución y la ley ante el Derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, núm. 2.

MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 9ª ed., 2016.

MARÍN PAGEO, *La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1990.

MARRERO GARCÍA-ROJO, «Artículo 23.1. El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargo público representativo», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, CASAS BAAMONDE (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

MARTÍN DE HIJAS MERINO, «Sistema electoral al Parlamento Europeo» en PASCUA MATEO, (coord.), *democrático y elecciones libres: cuestiones fundamentales de derecho electoral*, Madrid, Thomson Reuters, 2010.

MARTÍN DE LA VEGA, «Reflexiones en torno a las principales posturas doctrinales sobre los límites de la cosa juzgada en el control de constitucionalidad de las leyes», *Teoría y realidad constitucional*, núms. 10-11, 2002-2003.

MARTÍN RETORTILLO, «Derechos Humanos y Estatutos de Autonomía» en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2006.

MARTÍNEZ LAGO, *Ley de presupuestos y Constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Madrid, Trotta, 1998.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Límites constitucionales generales del contenido de las reformas estatutarias» en *La reforma de los Estatutos de Autonomía*, Valladolid, Junta de Castilla y León, 2005.

MCCLOSKEY (ed.), *The works of James Wilson*, Cambridge, Harvard University Press, 1967.

MCGINNIS y SOMIN, «Federalism vs. State's rights: a defense of judicial review in a federal system», *Northwestern University Law Review*, vol. 99, núm. 1, 2004.

MELLADO PRADO, «El sistema de representación del Parlamento Europeo cuestionado: La ausencia de un procedimiento electoral uniforme», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 33, 2014.

MENÉNDEZ REXACH, *Los convenios entre Comunidades Autónomas: comentarios al artículo 145.2 de la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza, 2015.

MONTILLA MARTOS, «Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, 2015.

MORENO, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales: una perspectiva crítica*, Tesis doctoral dirigida por MARTÍN DE LA VEGA, A., Salamanca, Universidad de Salamanca, 2008.

MORESO, «Derechos y justicia procesal imperfecta», *Discusiones*, núm. 1, 2000.

* «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 1993.

MORILLO-VELARDE, «El contenido del Estatuto», en PÉREZ MORENO, A. (dir.), *Comunidades Autónomas. Solidaridad, Estatutos*,

organización, convenios, Sevilla, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1980.

MORTATI, «Comentario al art. 2 de la Constitución italiana», en VV.AA. *Commentario Della Costituzione*, Bolonia, Zanichelli, 1975.

MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las comunidades autónomas*, Tomo II, Madrid, Iustel, 2ª ed., 2007.

* *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del , 2015.

NIEMBRO ORTEGA, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis doctoral dirigida por TORRES MURO, I. y VELASCO ARROYO, J. C., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

NIETO, «Entes territoriales y no territoriales», *Revista de Administración Pública*, núm. 64, 1971.

* «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.

NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

NOHLEN, «Un sistema electoral europeo: la ley electoral europea y el problema de las circunscripciones», en VV.AA., *La crisis del y Europa: (actas del Congreso sobre la Crisis del y Europa celebrado en el seno del II Congreso Mundial Vasco en Vitoria-Gasteiz, entre los días 19 y 23 de octubre de 1987)*, Oñati, Gobierno Vasco - Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

PARDO FALCÓN, «Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del consejo constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 72, 1991.

PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984.

PÉREZ ROYO, «La regulación de algunos aspectos del recurso de inconstitucionalidad: su influencia sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978», en VV.AA. *El Tribunal Constitucional*, Vol. III, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del , 1981.

* «Crónica de un error: el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.

* *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 4ª edición, 1993.

* *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 15ª ed., 2016.

PÉREZ SERRANO, «Naturaleza jurídica del reglamento parlamentario», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1959.

PÉREZ TREMPES, *Constitución española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1994.

* «La integración europea desde la perspectiva constitucional española», *Pensamiento Constitucional*, núm. 5, 1998.

* *Sistema de justicia constitucional*, Civitas, Madrid, 2010.

PISARELLO PRADOS, «Derechos y garantías jurisdiccionales en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista catalana de dret públic*, núm. extra 1, 2010.

PITKIN, *El concepto de representación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1985.

PORTERO y MÁIZ, *As institucións políticas no Estatuto de Autonomía para Galicia*, Santiago de Compostela, Parlamento de Galicia, 1988.

PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría*, Madrid, Cívitas, 2ª edición, 1981.

PRIETO SANCHÍS, «Dos años de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre cuestiones constitucionales (I)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

* «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», *Doxa*, núm. 23, 2000.

* «Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley», *Fundamentos*, núm. 4, 2006.

PULIDO QUECEDO, «Artículo 95», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

PUNSET, «En el constitucional hay soberano. (Reflexiones para una teoría jurídica de la soberanía nacional)», *Fundamentos*, núm. 1, 1998.

RAGUÉS I VALLÈS, «La guerra de la prescripción. Crónica y crítica del conflicto entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a propósito del artículo 132.2 del Código Penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2015.

RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

REMIRO BROTONS, en «Artículos 93 y 94: Tratados internacionales», en ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, vol. VII, Madrid, Cortes Generales: EDERSA, 1998.

REQUEJO PAGÉS, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, págs. 102 y ss.

* «Comentario al artículo 167 CE», en CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Kluwer, Madrid, 2008.

REQUEJO PAGÉS (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE-Tribunal Constitucional, 2001.

RIDAO MARTIN, «Las nuevas facultades ejecutivas del Tribunal Constitucional como sustitutivo funcional de los mecanismos de la coerción estatal del artículo 155 de la Constitución», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 106, 2016.

RODILLA GONZÁLEZ, «¿Soberanía popular en el constitucional? A partir de Rousseau, más allá de Rousseau», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XXX (Nueva Época), 2014.

RODRÍGUEZ, «¿Quién debe ser el defensor de la Constitución española? Comentario a la DTC 1/2004, de 13 de diciembre», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 3, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del , Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018.

RONALD y HONGJU KOH (Coords.) *La democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

ROSADO IGLESIAS, «La suspensión de la ley autonómica», *Revista de Derecho Político*, núm. 69, 2007.

ROUSSEAU, *El contrato social*, Madrid, Akal, 2017.

RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente de Derecho», en VV.AA., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Tomo I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

* «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983.

* «El procedimiento legislativo en España: el lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 16, 1986.

* «La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.

* «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989.

* «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en España», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992.

* «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa» en VV.AA. *Manuel Fraga. Homenaje Académico*, Tomo II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997.

* *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

RUBIO LLORENTE y JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.

RUIPÉREZ Y ALAMILLO, «Algunas cuestiones sobre el régimen constitucional de los Estatutos de Autonomía: naturaleza jurídica y peculiaridades de la norma institucional básica de las comunidades autónomas. Especial consideración a su carácter consensual», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001.

* «Algunas consideraciones sobre la reforma constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 75, 1992.

RUIZ MIGUEL, «Problemas de ámbito de la democracia», *Doxa*, núm. 6, 1989.

RUIZ-RICO RUIZ, *Los límites constitucionales del Autonomismo*, Madrid, CEPC, 2001.

SALAS y PALOMINO, «La ejecución de Sentencias del Tribunal Constitucional. (Especial referencia a las relativas a la Administración)», *Documentación Administrativa*, núm. 207, 1987.

SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editorial Nacional, 1980.

SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.

SANTAOLALLA LÓPEZ, «La ley y la autorización de las cortes a los tratados internacionales», *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981.

* «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA», *Revista de Derecho Político*, núms. 18-19, 1983.

* «Tribunal constitucional y control de legalidad de los decretos legislativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 132, 1993.

* *Por un nuevo procedimiento legislativo*, Madrid, Dykinson, 2015.

SARTORI, «Representational systems», en *International Encyclopedia of the social sciences*, Macmillan and Free Press, New York, vol. 13, 1968.

SASTRE ARIZA, «Hacia una teoría exigente de los derechos sociales», *Revista de Administración Pública*, núm. 112, 2001.

SCALIA, *A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1ª ed., 6ª reimpr., 2009.

SIEYÈS, *¿Qué es el Tercer ? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza, Madrid, 2019.

SIMON, *La directive européenne*, Dalloz, Paris, 1997.

SOLÓZABAL ECHAVARRÍA, «Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el autonómico español», *Revista de Estudios Políticos.*, núms. 46-47, 1985.

SPADARO, «La motivación de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, 2005.

SUNSTEIN, «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review*, vol. 58, núm. 2, 1991.

TARELLO, «Orientamenti analítico-linguistici e teoría dell'interpretazione giuridica», en SCARPELLI, U., (ed.) *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976.

* *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980.

TOMAS VILLARROYA, «Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Vol. 1, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

TORNOS MAS, «Los Estatutos de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento jurídico español», *R.A.P.*, núm. 9, 1980.

* El Estatuto de Autonomía como norma jurídica», en AAVV, *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Vol. 1, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 1990.

TORRES MURO, «Actos internos de las Cámaras y recurso de amparo. Un comentario al auto del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1984», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, 1984.

* *La legitimación en los procesos constitucionales*, Editorial Reus, Madrid, 2007.

* «Problemas de legitimación en los procesos constitucionales», *Revista de Derecho Político*, núms. 71-72, 2008.

TROPER, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.

TRUJILLO, «Los Estatutos de Autonomía como “Leyes Orgánicas reforzadas”», en AAVV, *Los procesos de formación de las Comunidades Autónomas. Aspectos Jurídicos y Perspectivas Políticas*, Vol. 1, Parlamentos vasco, catalán gallego y andaluz, Granada, 1984.

TUDELA ARANA, *Derechos constitucionales y autonomía política*, Madrid, Civitas-IVAP, 1994.

VECCHIO, *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, BOE, 2015.

VILLAR PALASÍ y SUÑÉ LLINAS, «Artículo 9.º: El de Derecho y la Constitución», en ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, vol. I, Madrid, Cortes Generales: EDERSA, 1998.

* VILLAR PALASÍ, «Artículo 150: Leyes marco, leyes orgánicas de transferencia o delegación y leyes de armonización», en ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, vol. XI, Madrid, Cortes Generales: EDERSA, 1998.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, «Lo que cuestan los derechos fundamentales. Una revisión de su tutela ante los Tribunales Constitucionales», *Fundamentos*, núm. 4, 2006.

* «El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oximoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012.

* «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm 49, 2014.

* «Cumplir o ejecutar. La ejecución de sentencias del tribunal constitucional y su reciente reforma», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016.

VÍRGALA FORURIA, «La delegación legislativa. Los decretos legislativos», en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y CASAS BAAMONDE (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018

VIVER PI-SUNYER, «Los efectos vinculantes de las sentencias del tribunal constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013.

WALDRON, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993.

* «Freeman's Defense of Judicial Review», *Law and Philosophy February*, vol. 13, núm. 1, 1994.

* *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999

* «The core of the case against judicial review», *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006.

WHITTINGTON, «An "indispensable feature"? Constitutionalism and judicial review», *Journal of legislation and public policy*, vol. 6, núm. 1, 2002.

WROBLESKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988.