

SENTENCIA DESESTIMATORIA Y REVERSIBILIDAD DEL PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO COMPARADO

Augusto MARTÍN DE LA VEGA*

El sistema de efectos de la sentencia constitucional no es, obviamente, un tema menor dentro de la teoría del control de constitucionalidad de las leyes. La eficacia del pronunciamiento se convierte en piedra de toque, no sólo de la capacidad real del tribunal para cumplir sus funciones constitucionales, sino del “status” que el propio órgano constitucional asume en el esquema de poderes y en el sistema político en el que actúa. En este sentido, la determinación de una mayor o menor vinculación de sus decisiones, o el desarrollo de ciertas tipologías de sentencias, servirán a los tribunales constitucionales para definir y, a lo largo de su historia, reestructurar sus relaciones con el órgano legislativo y con la magistratura. Y es gracias a la eficacia de sus pronunciamientos por lo que el tribunal podrá realizar una determinada “política constitucional” que contribuya a legitimarlo ante los ojos de la opinión pública.¹

* Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Salamanca; doctor en derecho con premio extraordinario profesor invitado a las universidades de Bolonia, UNAM, UBA, Externado, y otras de México, Colombia y Argentina.

¹ Véase en la doctrina alemana, Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, pp. 823 y ss., Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, Munich, 1994, pp. 271 y ss., Häberle, P., “Grundprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 4 y ss., o Hesse, K., “Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Recht als Prozess und Gefüge* (Festschrift für Hans Huber zum 80 Geburtstag) Berna, 1981, pp. 270 y ss. En Italia valgan autores como Cappelletti, M., *Giudici Legislativi?*, Milán, 1984; Crisaffulli, V., “La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento”, *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padua, 1958 y Modugno, F., “La Corte costituzionale italiana oggi”,

Son también conocidas las dificultades que encierra cualquier intento de reconducir el valor de la sentencia constitucional a rígidas categorías dogmáticas o legales. Como pronto se subrayará en la literatura jurídica española, el concreto alcance de las prescripciones normativas dependerá, en cierta medida, de la propia actividad del tribunal constitucional y, por lo demás, la verdadera eficacia de la sentencia constitucional “no se acaba jugando en el plano escuetamente jurídico de la determinación de sus “efectos”, sino en el mucho más polémico de su “efectividad” frente a los demás poderes, esto es, en el plano de su entidad como acto de poder.²

Por otra parte, si siempre es arriesgada la transposición de instituciones y principios de un ordenamiento a otro, en el campo de la justicia constitucional el intento ha de realizarse con especial cautela. Los sistemas de jurisdicción constitucional son precisamente eso, sistemas, y responden por tanto a una lógica propia, no siempre suficientemente reconocida por quienes, recurriendo a un uso indiscriminado del derecho constitucional positivo, pretenden ir más allá de la determinación de unos principios generales y de unas categorías jurídicas comunes al fenómeno del control de constitucionalidad de las leyes.³

Respecto al sistema español, probablemente uno de los rasgos que haya caracterizado a su literatura jurídica sobre la eficacia del pronunciamiento constitucional sea el de la combinación entre el escaso interés por profundizar en los aspectos más dogmáticos de cada efecto en

Scritti sulla giustizia costituzionale in onore de V. Crisafulli, Padua, 1985. Véase también Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, 2002; Rubio Llorente, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder*, Madrid, 1993; Garrorena, “Artículo 164”, en Alzaga, O. (dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. XII, 1999, pp 33 y ss., o Jiménez Campo, “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, 1977, entre otros muchos.

² Garrorena, A., “La sentencia constitucional”, *RDP*, 1981, p. 22.

³ Véase sobre este riesgo en el derecho comparado, las lúcidas reflexiones de Biscretti di Ruffia, *Introducción al derecho comparado*, México, 1975, p. 29, o bien Vergottini, “Balance y perspectivas del derecho constitucional comparado”, *REDC*, núm. 19, 1987, pp. 169 y ss. Para Europa véase, en el campo específico de la jurisdicción constitucional, Rubio Llorente, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1988, pp. 158 y 159, o Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, 1998.

concreto⁴ y la compatible reafirmación del trascendental papel interpretativo y creador de derecho del tribunal constitucional.⁵ Una función que resulta ilusorio negar a la luz de la labor efectiva de un órgano que, en apenas dos décadas de actividad, ha consolidado plenamente su papel de “intérprete supremo de la Constitución” (artículo 1.1 LOTC), contribuyendo de manera decisiva a la reafirmación del valor normativo del texto de 1978. De la propia conciencia del papel jugado por el tribunal en las primeras fases de desarrollo constitucional deriva, también sin duda, el escaso eco que tradicionalmente han encontrado en España las actitudes doctrinales más críticas ante la imposición de los criterios interpretativos del tribunal constitucional o el uso flexible por el mismo de toda una gama jurisprudencial de pronunciamientos entre los que no se excluyen aquellos que modulan la eficacia temporal de la nulidad o simplemente prescinden de ella a la hora de declarar inconstitucional la norma legal.

En todo caso, el estudio de la regulación de los efectos de la sentencia constitucional sobre la ley en España adquiere una importancia específica que no deriva tan sólo de la trascendencia normativa propia de esta competencia del tribunal constitucional. Así, en el artículo 164 de la Constitución y, especialmente, en el artículo 38 de la LOTC se recogerá una tríada de efectos: cosa juzgada, eficacia general y vinculación a los poderes públicos que, con una indudable influencia alemana, resumen, sin embargo, los ejes en torno a los cuales se plantean las dudas centrales sobre el valor del pronunciamiento constitucional en los sistemas de ga-

⁴ Véase así, sobre la necesidad de una verdadera “dogmática” sobre la sentencia constitucional Garrarena, “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, *cit.*, nota 1, pp. 333 y ss.; Jiménez Campo, J., “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pp. 72 y 73; Gómez Montoro, “Artículo 38”, en Requejo Pagès (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, entre otros muchos. Sobre la ausencia de una elaboración teórica más adecuada para la jurisdicción constitucional, Rubio Llorente, “Tendencias actuales...”, *cit.*, nota 3, y en un plano más general, Gomes Canotilho, “Jurisdicción constitucional y nuevas inquietudes discursivas. Del método a la mejor teoría”, *Fundamentos*, Oviedo, núm. 4/2006, pp. 425 y ss.

⁵ Esta visión de las funciones y el papel del Tribunal Constitucional es claramente predominante en la literatura jurídica española. Valgan como ejemplo tan sólo tres autores: Cascajo Castro en su precursor artículo “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *REP*, 1975; Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 1, o López Guerra, “Tribunal Constitucional y creación judicial del derecho”, *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Valencia, 2000.

rantía europeos más consolidados.⁶ Si la sentencia constitucional está dotada de una cierta naturaleza “poliédrica”, donde se funden su carácter de acto procesal, acto de poder normativo y forma de creación del derecho,⁷ parece indudable que, en un paralelismo imperfecto y siempre simplificador, a esta triple naturaleza corresponden, en principio, los tres efectos anteriormente mencionados. Quizá por ello, cosa juzgada, eficacia *erga omnes* y vinculación estén permanentemente en el centro de un debate doctrinal que, aún cuando sea para negarlos o redimensionarlos, no suele prescindir de estas categorías a la hora de abordar el estudio de la concreta normativa nacional. Y de ahí, también, que la exposición de este debate general pueda tener algún interés comparatístico.

Nos centraremos aquí en la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento constitucional, lo que implica como veremos analizar fundamentalmente la reversibilidad del pronunciamiento desestimatorio en el marco del conjunto de sus efectos jurídicos. Creemos que una mayor delimitación del concepto no sólo puede servir de punto de apoyo para comprender más nítidamente los perfiles del resto de los efectos del “*dictum constitucional*”, sino que también, y a la inversa, sólo una exposición más general de la pluralidad de efectos permite entender en sus justos términos la eficacia de cosa juzgada. Esta exposición general no pretende, sin embargo, ser exhaustiva. En rigor, tampoco podría serlo. En torno al complejo tema del valor de la sentencia sobre la ley existe ya en España y, ante todo, en los países de su entorno, una literatura notablemente amplia y diversificada que resulta prácticamente inabarcable. En este trabajo, por tanto, tan sólo se pretende realizar una aproximación, necesariamente esquemática, a los sistemas de efectos de algunos países europeos y aportar alguna sugerencia personal acerca de las conclusiones a las que llega la doctrina española sobre el tema.

A diferencia de la mayoría de los países de su entorno⁸ la Constitución Española recoge expresamente en su artículo 164 el efecto de cosa juzga-

⁶ Aja, Eliseo *et al.*, *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, 1998, con la colaboración de P. Bon, Jiménez Campo, Nunes Almeida, Roberto Romboli, H. Schäffer y Albrecht Weber.

⁷ Seguimos así en parte el concepto de sentencia constitucional que adopta Garrorena ya en su artículo “La sentencia constitucional”, en *RDP*, 1981, y que mantiene en su “Artículo 164”, *cit.*, nota 1, p. 303.

⁸ El efecto de “cosa juzgada” de la sentencia del TC no se encuentra, así, en las constituciones alemana, italiana o portuguesa. Ni tampoco, como efecto explícitamente recogido en general para el pronunciamiento sobre la ley en sus leyes de desarrollo.

da de la sentencia constitucional en general, y así afirma que éstas “tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas”.⁹ Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal, ya en el específico capítulo de los efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de las normas con rango de ley, mantiene en su artículo 38.1 el efecto de cosa juzgada junto con el de vinculación a los poderes públicos y sus efectos generales. Más allá de la posible interpretación del artículo 164 CE, cabe destacar que éste supone, en primer lugar, la “constitucionalización” de uno de los efectos tradicionales de la sentencia judicial, que aparece de este modo curiosamente referida al pronunciamiento del TC sin que se mencione en el capítulo dedicado al poder judicial. Por otra parte, su inclusión implica un evidente punto de contacto con la dogmática del derecho procesal, volviendo a replantear la problemática cuestión acerca de la autonomía del derecho procesal constitucional y de la siempre polémica transposición de conceptos procesales al campo de la jurisdicción constitucional, temas sobre los que debemos inolvidables páginas al maestro Fix-Zamudio.

Es cierto, sin embargo, que la configuración de los modernos sistemas de justicia constitucional como verdaderas jurisdicciones sobre la ley implica, al menos, una presunción a favor de la aplicación del instituto, que va más allá de las siempre imprecisas prescripciones normativas.¹⁰ En todo caso, el argumento más firme a favor de la existencia, con todas las particularidades necesarias, de un efecto de cosa juzgada en la sentencia constitucional puede extraerse de la propia finalidad del instituto. La necesidad de alcanzar un cierto grado de seguridad jurídica, que se plasma

⁹ Sobre el proceso de elaboración del artículo 164 de la Constitución Española, Bocanegra, Raúl, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional*, Madrid, 1982, pp. 36 y ss.

¹⁰ De hecho, de este razonamiento parten implícitamente aquellos autores que intentan refutar la existencia de cosa juzgada cuestionando la naturaleza litigiosa del juicio sobre la ley. Véase por ejemplo, en Italia, Cappelletti *La Giurisdizione costituzionale della libertà*, Milán, 1955, pp. 11 y ss., donde se defiende la concepción de la jurisdicción voluntaria, y su *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, donde afirma que nos encontramos ante un proceso de “status”, el de la sujeción de los ciudadanos a la ley; o la posición en Alemania de autores como Friesenhahn “Zum Inhalt und zur Wirkung der Entscheidung des deutschen Bunderverfassungsgerichtes”, *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini I*, Milán, 1970, pp. 346 y ss., o el mismo Geiger, “Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *NSW*, 1954, pp. 1057 y ss., quienes insisten en el carácter de “derecho objetivo” del procedimiento, y en la inadecuación de un concepto vinculado a la “pretensión” para un juicio sobre la validez de la norma.

en la prohibición de volver a conocer de nuevo sobre lo ya conocido, evitando a su vez sentencias contradictorias, se corresponde perfectamente con la función pacificadora que el tribunal constitucional debe asumir, junto con otras, en su labor de control de la constitucionalidad de las leyes.¹¹ Como señala Bocanegra, el Tribunal está obligado por la Constitución no sólo a resolver con arreglo a criterios estrictamente jurídicos las dudas constitucionales, sino a resolverlos definitivamente, pues, “de otro modo la posibilidad permanentemente abierta de replantear la misma cuestión indefinidamente supondría un claro incumplimiento por parte del tribunal constitucional de sus propias funciones, que le obligan a impedir la repetición de los mismos conflictos, a crear claridad jurídica, a garantizar la paz y seguridad jurídicas, como parte esencial del principio del Estado de derecho”.¹² En definitiva, y más allá del fundamento último de la necesidad de certeza y seguridad jurídicas, parece claro que, en principio, no resulta lógico que el Tribunal haya de pronunciarse reiteradamente sobre cuestiones idénticas. No sólo un criterio de economía procesal, sino también de “estabilidad constitucional” del ordenamiento y de eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley, entre otras razones, aconsejan establecer un punto de firmeza en el “*dictum*” constitucional. Como señala Garrorena, “la reiteración de procesos ya vistos por el juez de la constitucionalidad de la ley debe tener un freno, y ese freno —en puro respeto a las categorías procesales acuñadas— no puede ser otro que la cosa juzgada material”.¹³

¹¹ Otto, I., “El valor de las sentencias del tribunal constitucional de R. Bocanegra”, *REDC*, 1982, p. 333. Jiménez Campo hablará de tres funciones esenciales de la jurisdicción constitucional sobre la ley: la función de valoración, la pacificadora y la ordenadora, incluyendo, con múltiples matices y no siempre coincidiendo con la exposición que aquí se realiza, al fenómeno de la cosa juzgada dentro de la fuerza pacificadora, véase “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, *cit.*, nota 1, pp. 26 y ss.

¹² “El valor de las sentencias...”, *ibidem*, p. 27. Esta relación entre cosa juzgada y Estado de derecho es remarcada por autores como Rupp o Scheuner, citado por Bocanegra, o más recientemente, por el prestigio comentario a la BverfGG de Maunz *et al.*, “Artículo 31”, *Bundesverfassungsgesetz*, Munich, 1995, pp. 10 y 11, donde se mantiene que garantizar la estabilidad, certeza y seguridad del derecho a través de la cosa juzgada se convierte en “elemento esencial del Estado de derecho”. De ahí que, aunque el efecto de cosa juzgada no esté previsto en la Constitución o en la BverfGG para la sentencia constitucional, sea “deducible directamente del artículo 20 Ley Fundamental” (principio del Estado de derecho).

¹³ “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, *cit.*, nota 1, p. 344.

El problema de la cosa juzgada constitucional no es, pues, un problema de fines sino, como siempre sucede con la aplicación de este instituto, un problema de límites. No obstante, es evidente que estos límites adquieren en el marco de la jurisdicción constitucional una importancia decisiva. Y ello porque frente a la firmeza y seguridad jurídicas que garantiza la cosa juzgada, deben asegurarse los valores de apertura, cambio y flexibilidad inherentes al propio concepto de Constitución. Sin ser éste el momento de profundizar en la cuestión, no es posible olvidar que junto a la función pacificadora y de control que realiza la jurisdicción constitucional, ésta desempeña un papel decisivo en la interpretación concretizadora del texto fundamental. Y esta interpretación debe necesariamente estar abierta a una posibilidad de cambio y adaptación que permita a su vez reafirmar la fuerza normativa de la constitución a lo largo del tiempo.¹⁴

Permanencia del “*dictum*” constitucional y apertura a la posibilidad de un nuevo juicio sobre la constitucionalidad de la ley, configuran así los dos criterios sobre los que la concreta regulación de la causa juzgada ha de encontrar una “concordancia práctica” en términos constitucionales, que más allá de rígidos esquemas doctrinales, resulte a la postre funcionalmente eficaz. De ello se deriva la importancia de determinar la concreta eficacia de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria. Más allá de las consideraciones en torno a la cosa juzgada del pronunciamiento estimatorio, parece claro que, en general, la eficacia “*erga omnes*” del mismo, en la mayoría de los casos traducida en la nulidad/anulación de la norma, reduce de manera decisiva la utilidad del instituto en estos supuestos.¹⁵ No ocurre así cuando el Tribunal desestima la demanda de in-

¹⁴ Véase el clásico estudio de Hesse, “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1992, pp. 31 y ss.

¹⁵ Lo que no implica que no pueda afirmarse su existencia. Gómez Montoro, “Artículo 38”, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, cit., nota 4, p. 562. Para el autor no sólo las previsiones normativas lo imponen, sino que es posible mantener que ante la sentencia estimatoria que expulsa a la norma legal, “la fuerza de esa expulsión y su no revisabilidad no es sino una manifestación de la causa juzgada material” (*Ibidem*, p. 562), con amplia jurisprudencia del tribunal constitucional donde, aunque ante cuestiones no acumuladas, y ya resuelta positivamente la primera, se alude a “la desaparición sobrevenida del objeto”; pero también se mantiene la existencia de una cosa juzgada. A pesar de estas afirmaciones del tribunal constitucional, autores del prestigio de Jiménez Campo, “Sentencia constitucional”, en Aragón, M. (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, 2001, p. 97, o Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional en España”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., nota 1, pp. 12 y 13, y con ellos la mayoría de la doctrina insiste en la inutilidad del efecto de cosa juzgada tanto en el caso

constitucionalidad. Se abre en este momento la cuestión de si es posible volver a replantear la duda sobre la conformidad a la Constitución de la norma legal ya examinada. Por su parte, la existencia en ocasiones de dos mecanismos de impugnación acrecienta de hecho los problemas en torno a la permanencia del “*iudicato*”.

Una ojeada al derecho comparado permite observar dos grandes respuestas generales a esta tensión entre cosa juzgada y replanteamiento. En algunos países, la aceptación del nuevo cuestionamiento de la ley ha llevado a la doctrina y a la propia jurisprudencia constitucional a negar

anteriormente descrito, como en el supuesto de reiteración de la “norma” en otra “disposición”, supuesto en el que debe procederse a un nuevo juicio de constitucionalidad (de igual modo, para este último caso, Gómez Montoro). Una postura próxima pero no equivalente a la línea mayoritaria es la de Garrarena, *op. cit.*, nota 1, pp. 342 y ss. Aún sosteniendo la escasa eficacia del efecto, no niega su existencia y, por otra parte, destaca un supuesto donde puede resultar útil: en los fallos estimatorios que contengan un pronunciamiento interpretativo o de “mera inconstitucionalidad”. Al permanecer el enunciado de la ley, en estos casos la cosa juzgada podría actuar ante una posible nueva impugnación de la “norma” ya declarada inconstitucional. En Alemania, donde en general se acepta la cosa juzgada de la sentencia estimatoria sin mayores precisiones, algunos autores lo han relacionado con la prohibición dirigida al legislador de reproducir la ley declarada inconstitucional, así Detterbeck, “Normenwiederholungsverbote aufgrund normenwerferde Entscheidungen des Bunderverfassungsgerichts”, *A.Ö.R.*, 1991, pp. 411 y ss. La mayoría de la doctrina alemana prefiere, sin embargo, encuadrar este supuesto dentro de la vinculación, Véase, Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, nota 1, pp. 275 y ss. Por otra parte, una corriente minoritaria identifica los efectos generales del pronunciamiento estimatorio (la “*Gesetzeskraft*”) con una extensión “*erga omnes*” del efecto de cosa juzgada: así, en parte Benda y Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrecht*, Heilderberg, 1991, pp. 509 y ss., o más claramente Kerbusch, H., *Die Bindung Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Colonia, 1982. En Italia, el término “*giudicato costituzionale*” adquiere curiosamente un significado extraordinariamente reducido, y alude (desde los trabajos de Cheli o Barbera en *Giur. Cost.*, de 1963) a la vinculación del artículo 136 CI (los efectos generales de la sentencia estimatoria) hacia el legislador, al que impedirá convalidar o intentar sanar retroactivamente con una nueva ley los efectos que, en las relaciones “no agotadas”, produjera la sentencia de inconstitucionalidad. Véase, el clásico estudio de Crisafulli, “Riproduzione o «conferma» di norme dichiarate inconstituzionali”, *Giur Cost.*, 1966, pp. 1109 y ss., donde, por otra parte, ya se subraya la incorrecta o impropia utilización del concepto procesal de cosa juzgada para abordar este fenómeno. En igual sentido, Zagrebelsky, “Processo costituzionale”, *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, Milán, 1987, pp. 672 y ss., entre otros muchos. En Portugal, por su parte, autores que niegan, como es general, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, sostienen, sin embargo, su utilidad en el pronunciamiento estimatorio, Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Coimbra, 1999, pp. 791 y ss., con abundante bibliografía al respecto.

que pueda hablarse de un efecto de cosa juzgada para la sentencia desestimatoria en el control de la ley. En otros, la también posibilidad de replanteamiento se ha entendido compatible con una institución que connaturalmente tiene unos límites de eficacia suficientes para permitir el dinamismo constitucional.

Un claro ejemplo del rechazo a considerar cualquier posible efecto de cosa juzgada en la sentencia desestimatoria lo constituye la jurisdicción constitucional italiana y, ante todo, el debate doctrinal que precedió a la adopción de esta postura. Este debate está determinado, en un principio, por la ausencia de previsiones normativas específicas, más allá de la genérica atribución de efectos generales a la sentencia estimatoria por el artículo 136 de la Constitución. Pero también, por la inicial falta de consenso acerca de la naturaleza del órgano de control y del procedimiento incidental que domina la práctica de la Corte, así como el retraso en la entrada en funcionamiento de ésta. En este contexto, la polémica suscitada en los años cincuenta acerca de la eficacia del pronunciamiento de desestimación adquirirá una relevancia importante para el futuro diseño de los efectos de la sentencia constitucional.¹⁶

La mayoría de la literatura jurídica italiana adoptará una postura que puede considerarse “reactiva” frente al primer planteamiento de Calamandrei.¹⁷ Su concepción de la jurisdicción constitucional próxima al ejercicio de un poder paralegislativo, implicaba atribuir al pronunciamiento desestimatorio una inatacabilidad general que le dotaba de una eficacia similar al de la interpretación auténtica de la ley.¹⁸ Frente a ello, se reafirmará, en general, la naturaleza jurídica del sistema, salvaguarda-

¹⁶ Esposito, “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia”, *La Costituzione Italiana, Saggi*, Padua, 1954, así como Cappelletti, “Spunti di una discussione su problemi attuali della giustizia costituzionale”, *Giur. Cost.*, 1967.

¹⁷ Expuesto en la primera monografía importante sobre la justicia constitucional en Italia, su *L’illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile*, Padua, 1950.

¹⁸ En el fondo Calamandrei no alude a la cosa juzgada. Partiendo de la concepción de la cuestión de inconstitucionalidad como una especie de “referè legislatif”, mantendrá que el juez que duda de la constitucionalidad de la ley, al no poder acudir al órgano constituyente, se dirige a la Corte como custodio e intérprete de la Constitución, y “la Corte constitucional aclarará oficialmente su duda como ocurriría con una aclaración que emanase del propio poder constituyente”. De ahí que dicte una resolución con carácter general “que si declara que la ley es legítima, tendrá la eficacia de una interpretación auténtica”, por ello “y no porque puedan verse aquí efectos de cosa juzgada”, es por lo que la cuestión no podrá ser repropuesta en otros procesos (*op. cit.*, nota 1, pp. 94-96).

da por la conexión entre sentencia constitucional y juicio *a quo*. De ahí que los efectos generales previstos por el artículo 136 CI se consideren una eficacia extraordinaria y “añadida” a los normales efectos de la sentencia estimatoria, consecuencia, pues, de su naturaleza declarativo-constitutiva y, en absoluto, aplicables a los pronunciamientos desestimatorios.¹⁹ En estos, la Corte no declara la constitucionalidad de la norma legal, sino simplemente la inexistencia del vicio de inconstitucionalidad alegado. De ahí que en procesos futuros los jueces puedan replantear la constitucionalidad de la ley, aun cuando el anterior pronunciamiento deba ejercer una notable “influencia de hecho” en su valoración de la “no manifiesta falta de fundamento” de la duda constitucional que se va a elevar al Tribunal.²⁰ Tan sólo el primer juez *a quo* quedará vinculado en el juicio concreto por la decisión de la Corte, y con un efecto meramente preclusivo.²¹ Las críticas a la hipotética eficacia de “interpretación auténtica” de

¹⁹ Véase, la significativa postura de Azzariti, quien tras la dimisión de De Nicola, se convertirá en el primer presidente efectivo de la Corte, así, “Il sindacato di costituzionalità delle leggi”, *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 97-98, y 105 y ss., o “Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi”, *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 184 y 193 y ss. Los argumentos de Azzariti motivaron la rectificación del propio Calamandrei en su conocida “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Riv. Dir. Proc.*, 1956, donde adopta la mera autoridad *de facto* de la sentencia desestimatoria. Véase también Garbagnati, “Sull’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale”, *Scritti Giuridici in Onore di F. Carnelutti*, Padua, 1950 y Pierandrei, “Le decisioni degli organi della «giustizia costituzionale» (Natura-eficacia-esecuzione)”, *Riv. It. Sc. Giur.*, 1950, pp. 190 y ss., o Crisafulli, “La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento” *Scritti giuridici in memoria de P. Calamandrei*, t. IV, Padua, 1958.

²⁰ Véase y ya posteriormente como tema no polémico, Liebman, “Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale”, *Riv. Dir. Proc.*, 1957, pp. 412 y ss., o Gionfrida, “Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale”, *Studi in Onore di Ernesto Eula*, Milán, 1957, pp. 107 y ss.

²¹ Ya defendido en 1957 por Liebman, “Contenuto ed efficacia delle decisioni...”, *Idem*, y Gionfrida, “Giudizio di legittimità...”, *idem*. En estos mismos años hay posturas coincidentes en autores como Allorio, Abbamonte, Satta o Pergolessi. La tendencia se reforzará con el posicionamiento de Crisafulli, “Le funzioni della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive”, *Riv. Dir. Proc.*, 1966, y con el abandono del concepto de cosa juzgada por el de preclusión realizado por Sandulli en su *El giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte Costituzionale e i suoi limiti*, Milán, 1967, pp. 54 y ss. A partir de la década de los 70 adquirirá el carácter de verdadera “*communis opinio*” (Zagrebelsky, Biscaretti, Cerri, Romboli...), tras el refuerzo que implicó el pronunciamiento de la Corte en la ST 54/61 y la Ordenanza 90/64, donde se declaraba la inadmisibilidad de una cuestión idéntica a otra declarada, elevada por el mismo juez *a quo*.

la sentencia de “*rigetto*” iban a terminar identificando, por otra parte, cualquier pretendida eficacia general con la incontestabilidad de la legitimidad de la ley y, por tanto, con el cierre de una posible evolución jurisprudencial. Se rechazará así implícitamente también cualquier efecto de cosa juzgada en cuanto este “*iudicato*” se presuponia con eficacia *erga omnes*.²² Por último, cuando la Corte entre en funcionamiento el debate ya estará cerrado y ésta adoptará, reforzándola, la posición mayoritaria.²³ No debe olvidarse, sin embargo, que siempre existió un sector minoritario que, manteniendo una cosa juzgada con límites objetivos o subjetivos, defendía que entonces era posible afirmar tanto la existencia de “*iudicato*”, como el replanteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y el consiguiente dinamismo constitucional.²⁴

Se impuso, pues, muy pronto en Italia un rígido modelo “bipolar” entre el sentido del fallo y los efectos de la sentencia.²⁵ Esta tendencia que remarcaba la ausencia de cualquier eficacia externa de la sentencia desestimatoria, unida a las reticencias en torno a un poder interpretativo general de la Corte, marcarán la suerte de las sentencias desestimatorias interpretativas. Convertidas en mero “precedente autorizado” frente a la magistratura ordinaria, forzarán al Tribunal a recurrir a la sentencia estimatoria interpretativa,²⁶ es decir, a fórmulas de estimación parcial que

²² Esposito, “Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia”, *La Costituzione Italiana...*, cit., nota 16, pp. 279 y ss., y especialmente Cappelletti, en su “Pronunzie di ripetto nell processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata”, *Riv. Dir. Proc.*, 1956, pp. 155 y ss.

²³ Véase ST 7/58 de 27 de enero, y antes, las “Ordenanzas” de 21 de julio de 1956, núms. 23, 24, 25, 27 y 28, especialmente las tres primeras. Sobre la interrelación entre doctrina y Corte constitucional en este tema, véase Ruggieri, A., *Storia di un “Falso”. L’efficacia inter pares delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale*, 1990, pp. 29 y ss.

²⁴ Así, entre quienes defendían una cosa juzgada *erga omnes* pero con límites objetivos para la sentencia desestimatoria, véase los precursores trabajos de Lignola, “Il tema di sindacato dell’ autorità giudiziaria sulla costituzionalità delle leggi” y Favara, “Res iudicata sulla costituzionalità delle leggi?”, *Foro Padano*, 1950. La acentuación de que el vinculado es el propio tribunal constitucional en Costa, S., “Decisión di rigetto della Corte costituzionale e preclusione”, *Riv. Dir. Proc.*, 1957. Un cuestionamiento de toda la postura mayoritaria en Ruggieri, *Storia di un “falso”...*, *idem*.

²⁵ Por todos, Pizzorusso, “La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?” *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1963, o más recientemente Ruggieri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, 2004, pp. 133 y ss.

²⁶ Crisafulli, “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte costituzionale”, *Riv. Trim. Dir e Proc. Civ.*, 1967; Zagrebelsky, “Proceso costituzionale”, *Enciclopedia del diritto*, t. XXXVI, Milán, 1987, y Modugno, *op. cit.*, nota 1.

darán paso, en su momento, y debido ante todo a las peculiares circunstancias del sistema político italiano en los años sesenta y setenta, al uso muy notable de la sentencia aditiva, algo que en último término caracterizará, en parte, su sistema de jurisdicción constitucional.²⁷

La negación del efecto de cosa juzgada en la sentencia desestimatoria es también *communis opinio* en un sistema como el portugués donde, al igual que el italiano, la única base de derecho positivo es el artículo 282.1 de la Constitución, en el que tan sólo se menciona a la sentencia estimatoria y para atribuirle una “fuerza obligatoria general”.²⁸

En principio, los argumentos utilizados por la doctrina portuguesa no difieren sustancialmente de los primeros argumentos italianos contra el “fantasma” de la interpretación auténtica. La implícita identificación de un valor de cosa juzgada del pronunciamiento desestimatorio con el otorgamiento de una “eficacia general” a este tipo de sentencias, lleva a defender la polaridad de efectos y, por ende, la ausencia de cosa juzgada, con argumentos como la necesaria evolución de la jurisprudencia constitucional o el hecho de que se atribuiría a la corte la posibilidad de “convalidar” normas inconstitucionales.²⁹ Por otra parte, esta es la posición básica mantenida por la jurisprudencia, que refuta incluso que pueda hablarse de una cosa juzgada para el caso *a quo*, optando por un concepto próximo a la preclusión.³⁰

²⁷ Dentro de la inmensa literatura sobre el tema, los clásicos trabajos de Elia, “Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre-luglio, 1985)”, *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padua, 1985, t. I; Zagrebelsky, “La Corte costituzionale e il legislatore”, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, y Modugno, *op. cit.*, nota 1.

²⁸ Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 277, y Nunes Almeida, “Portugal”, *Las tensiones entre...*, *cit.*, nota 6, pp. 244 y 245, con referencia a la STC 85/85 donde, ante todo, se mantiene la posibilidad de replanteamiento de la constitucionalidad de la ley examinada. En igual sentido las SSTC 15/88 y 473/92.

²⁹ Véase la importante aportación de Medeiros, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 836 y ss., y las afirmaciones allí citadas de Galvão Teles, M., “A concentração da competência para o conhecimento jurisdiccional da inconstitucionalidade das leis”, *O Direito*, 1971.

³⁰ Por todos STC 452/95. Nunes Almeida, *Las tensiones...*, *cit.*, nota 6, p. 245, donde aunque se mantiene que las SSTC “tienen efectos de cosa juzgada en el procedimiento en cuanto a la cuestión suscitada”, se afirma luego que si bien la disposición no puede dejar de ser aplicada en el procedimiento en curso, en base a su inconstitucionalidad, de todas formas fuera del procedimiento “ni siquiera tienen efectos de cosa juzgada *inter partes*”.

La reafirmación de que el pronunciamiento desestimatorio carece de eficacia general no sólo acarreará la negación de una cosa juzgada que siempre se presupone *erga omnes*, sino que va a conllevar iguales consecuencias que en el modelo italiano para las sentencias desestimatorias interpretativas. Así, se descartará claramente que el tribunal constitucional, en el control abstracto, pueda “imponer” una interpretación de la ley a través de la desestimación y se entenderá, por lo común, que éste debe recurrir a la fórmula estimatoria si quiere eliminar, con efectos generales, la interpretación considerada inconstitucional.³¹ No se producirá en Portugal, sin embargo, un paso tan frecuente de la sentencia estimatoria parcial a la sentencia “manipulativa-aditiva”. Las diferencias con el modelo italiano surgen aquí no sólo por el distinto periodo histórico en el que ambas jurisdicciones se desarrollan, sino quizás, ante todo, por las amplias facultades concedidas al tribunal constitucional portugués para modular los efectos temporales de sus pronunciamientos.³²

Existe, sin embargo, un segundo modelo en el derecho comparado sobre la forma de compatibilizar la estabilidad del “*dictum*” constitucional y la necesaria apertura de la jurisprudencia del TC a la evolución interpretativa. Dicho modelo encuentra, quizás, su mejor expresión en el sistema de jurisdicción constitucional alemán. Éste parte de una previsión de efectos para la sentencia sobre la ley más amplia, en cuanto consagra,

³¹ Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5a. ed., Coimbra, 2002, pp. 1010 y ss. y 1294 y ss., y Medeiros, Rui, *op. cit.*, nota 29, pp. 378 y ss. De todas formas, en Portugal el artículo 80.3 LOTC mantiene para el control concreto que “en caso de que un juicio de constitucionalidad o de legalidad sobre una norma que la decisión tuvo que haber aplicado o que tuvo que rechazar su aplicación se funde en una determinada interpretación de esa misma norma, ésta debe ser aplicada con tal interpretación, en el proceso de causa”. Y, en consecuencia, el tribunal constitucional Portugués (STC 163/95) declaró que puede emitir sentencias interpretativas, en estos supuestos, determinando “que una cierta norma sea interpretada y aplicada, a la hora del juicio *a quo*, con el sentido que se define como sentido conforme a la Constitución”. El pronunciamiento y la propia constitucionalidad del artículo suscitan, de todas formas, dudas en la doctrina, Canotilho, *ibidem*, pp. 1295 y 1296.

³² Así el artículo 282.4 de la Constitución, que faculta al Tribunal para limitar el efecto retroactivo incluso por razones de interés público de excepcional relieve. En todo caso, se produce una falta de armonía entre una doctrina que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, dada la clara opción del artículo 282.1 por la eficacia “*ex tunc*” de la declaración de inconstitucionalidad, y el uso generoso (casi un tercio de sus sentencias en los últimos años) con que el tribunal constitucional recurre a su potestad. Medeiros, Rui, *op. cit.*, nota 29, pp. 535-762.

junto con un efecto general polémicamente identificado con una “fuerza de ley” (*Gesetzeskraft*), una eficacia de vinculación para los poderes públicos (*Bindungswirkung*). Sin poder entrar aquí en la difícil descripción dogmática de ambos efectos,³³ sí es posible, no obstante, remarcar alguno de los rasgos entre los que se encuadra el efecto de cosa juzgada de la sentencia.

En primer lugar, y más allá de lo que concretamente pueda representar la atribución de una fuerza de ley al pronunciamiento constitucional y, en especial, el desestimatorio,³⁴ el sistema de efectos girará en torno al concepto de vinculación.³⁵ La extensión jurisprudencial de este efecto a los

³³ Sobre sus dificultades dogmáticas, su problemática diferenciación y su relación con los artículos constitucionales y legales que los contemplan, una buena introducción en Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, pp. 5 y ss.

³⁴ Es problemático el significado general que tenga la atribución de fuerza de ley a las sentencias del Tribunal, prescindiendo de su posible forma desestimatoria. Para Maunz *et al.*, *ibidem*, pp. 25 y ss., en las sentencias donde se afirma la constitucionalidad de la norma, esta fuerza de ley tiene que significar algo distinto a una “calidad de ley” que ya tenía la norma y, por tanto, sólo puede entenderse como que la constitucionalidad de la ley está fijada y es vinculante para todos. Löwer, W., “Zuständigkeiten und Verfahren der Bundesverfassungsgericht”, *Handbuch des Staats Rechts*, t. II (Isensee/Kirchhof, Hrsg), Heidelberg, 1987, p. 800, insiste en este aspecto de la extensión subjetiva, pero remarca que no puede suponer que los defectos hipotéticamente existentes mas no reconocidos fueran “sanados”, ni que impidan un nuevo examen de la ley, una vez las circunstancias del caso hayan cambiado. El tribunal constitucional, por otra parte, siempre ha subrayado ampliamente los límites temporales del reconocimiento de la constitucionalidad de la ley, Jochen Frowein, V., “Änderungen des Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsproblem”, *DÖV*, 1971, pp. 794 y ss. No cabe olvidar que en el proyecto del gobierno que sirvió de base para la reforma de la Ley del Tribunal de 1993 se proponía limitar la atribución de “fuerza de ley” a la sentencia estimatoria. Se consideró, sin embargo, finalmente que esta distinción implicaría a su vez la necesidad de una serie de regulaciones específicas que conllevaría nuevos problemas. Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, p. 26.

³⁵ Dejando aparte las dificultades de su diferenciación con la prevista “fuerza de ley”, puede, en principio, aceptarse que en su versión más clásica la vinculación implica que la fuerza obligatoria del pronunciamiento se extiende más allá de los participantes en el juicio de constitucionalidad, afectando a todos los órganos estatales, esto es, a las autoridades y a los tribunales. Se trataría de un efecto de derecho material con límites objetivos, en cuanto que sólo vincularían las concepciones del tribunal constitucional sobre la interpretación constitucional, y las consideraciones sobre la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones de la ley, en cuanto esta interpretación legal está ligada a la constitución. Se predicaría sólo de las sentencias sobre el fondo, e implicaría la obligación por parte de los poderes públicos de adecuar su actuación/omisión y su comportamiento general en los casos futuros al sentido en que el tribunal constitucional ha resuelto

fundamentos jurídicos de la sentencia (*tragende Gründe*), es señal inequívoca de una autocomprensión del tribunal constitucional, marcada por su determinante papel de “intérprete definitivo” del derecho constitucional.³⁶

Por otra parte, tanto normativa como jurisprudencialmente se produce una equiparación, en el orden de los efectos, del pronunciamiento estimatorio y desestimatorio. Salvo la posible anulación de la norma (o su mera declaración de inconstitucionalidad) ambos vinculan igualmente y ambos tienen efectos generales. Ello implica una concepción de la sentencia desestimatoria muy lejana a la de la mera “*infondatezza*” de la cuestión italiana. Pero, ante todo, plantea en toda su extensión el problema del dinamismo interpretativo en el sistema de control. Vinculación y efectos generales y, sobre todo, la ampliación del primer efecto a la moti-

“una cuestión litigiosa de derecho constitucional”. De esta vinculación quedaría excluido el propio tribunal constitucional, que puede “replantarse” sus concepciones del derecho. Por otra parte, el efecto de “*Bindungswirkung*” estaría sometido también a unos límites temporales, ya que la vinculación desaparecería cuando, a juicio del tribunal constitucional, se dieran cambios considerables en los hechos, en las leyes o en el concepto de derecho que ha sido la base del pronunciamiento constitucional. Maunz *et al.*, *ibidem*, pp. 14 y ss. El punto más polémico, sin embargo, se encuentra en la constante jurisprudencia que incluye dentro de este efecto vinculante a los fundamentos jurídicos de la sentencia.

³⁶ En una línea jurisprudencial constante, iniciada en la *BverfGE*, 1, 14 (37), la llamada *Südweststaaturteil*. Así, vincularía “las causas de la decisión cuando el propio Tribunal quiere abiertamente conceder a ciertos razonamiento un concreto carácter regulativo y los fundamenta detalladamente”, Maunz, *et al.*, *ibidem*, p. 15. El concepto presenta, sin embargo, dificultades evidentes de individualización y el propio Geiger, firme defensor de la vinculación, en ocasiones, define ésta como aquellas afirmaciones “con las que el fallo se encuentra en una relación de tal modo intrínseca y estrecha que, al ser imprescindibles en el razonamiento, el fallo no puede mantenerse si una de ellas no es tenida en cuenta” y a veces como aquéllas “que el tribunal tiene por necesarias para justificar su sentencia, y que por tanto son consideradas a fondo y su formulación bien sopesada, y así constituyen los elementos fundamentales de la motivación”. Schlaich, *op. cit.*, nota 1, p. 279. No hay duda, sin embargo, de que con ello el tribunal constitucional refuerza su propia posición en el sistema. El propio órgano, defendiendo esta vinculación, se ha calificado como “*massgeblichen Interpretier und Hüter der Verfassung*” y como “*verbindliche Instanz in Verfassungsfragen*” (*BverfGE* 40, 88 (93)). La concepción del tribunal constitucional como cuarto poder está ya en Geiger y en Doehring, y un autor como Böckenförde, “Die Methoden der Verfassungsinterpretation”, *NJW*, 1976, p. 2099 (citado por Schlaich), habla de su participación “en la expresión del poder constituyente”. Un entendimiento más restringido de este papel puede verse en Simón, H., “La jurisdicción constitucional”, *Manual de derecho constitucional*, *cit.*, nota 1, pp. 823 y ss., con amplia bibliografía sobre el tema en la nota 38 de la obra citada.

vación de la sentencia de rechazo, plantean riesgos a los que no es ajena la literatura jurídica más reciente. La predicada no vinculación del tribunal a su doctrina es una respuesta dogmática establecida que empieza a considerarse insuficiente.³⁷

Sin embargo, el problema de la apertura constitucional al cambio no se relaciona, por lo general, en Alemania con la institución de la cosa juzgada. Y ello es así porque la adopción de un concepto rigurosamente clásico y restrictivo de la institución, donde se remarcan sus límites objetivos y subjetivos pero, ante todo, sus límites temporales, deja, en parte, al descubierto cómo, aún en un sistema con fuerte tendencia a la rigidez, el efecto de cosa juzgada no tiene por qué impedir el replanteamiento de la duda de constitucionalidad y el cambio jurisprudencial.

De hecho, aún cuando ni el recurso directo ni, obviamente, la cuestión de inconstitucionalidad, están sometidos a un plazo de presentación, la jurisprudencia y la doctrina alemana siempre han admitido la posibilidad de replanteamiento.³⁸ Para ello no es obstáculo la vinculación de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia constitucional, en cuanto esta sujeción se limita a la interpretación que deba darse a la constitución y a las interpretaciones de la norma legal que hayan sido consideradas contrarias a la ley fundamental por el tribunal constitucional.³⁹

Pero tampoco es un impedimento general el reconocimiento de que la sentencia desestimatoria goza de fuerza juzgada. Sin estar este efecto contemplado en el derecho positivo, la jurisprudencia del Tribunal y la doctrina son prácticamente unánimes en aceptar el instituto,⁴⁰ superadas pronto ciertas reticencias que giraban básicamente en torno a la naturaleza objetiva del juicio a la ley.⁴¹ Y quizá, porque inmediatamente surgía el

³⁷ Para las críticas más actuales al concepto de vinculación y, muy especialmente, a la inclusión en el mismo de la *tragende Gründe*, véase capítulo II, nota 30 de la obra citada.

³⁸ Maunz *et al.*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *cit.*, nota 12, pp. 12 y ss, y Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, *cit.*, nota 1, pp. 273 y 274 y nota 77 de la obra citada, con amplia jurisprudencia en tal sentido.

³⁹ Schlaich, *ibidem*, p. 254.

⁴⁰ La jurisprudencia del tribunal constitucional afirmando la existencia de un efecto de cosa juzgada en la sentencia constitucional es constante, y así también lo mantiene la inmensa mayoría de la doctrina, vid una amplísima reseña de ambos en Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, Munich, 1991, p. 304, nota 156 de la obra citada.

⁴¹ Geiger, “Die Grenzen de Bindungsverfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *NJW*, 1954, p. 1057, y Kriele en su *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, pp. 295 y ss.,

problema de delimitar esta eficacia respecto a la también común de la vinculación y los efectos generales, o, más probablemente, por el grado de estabilidad que estos efectos ya producían, desde sus inicios en la literatura jurídica alemana optó por una configuración estrictamente procesal del instituto.⁴²

Así, frente a la vinculación, la cosa juzgada tendrá un límite objetivo identificado con el contenido concreto del “fallo” (con el “tenor” de la sentencia) aún cuando la motivación puede servir para su mejor comprensión. Frente al efecto de “fuerza de ley” del pronunciamiento, la cosa juzgada afectará únicamente a las partes procesales, diferentes según sea el procedimiento que dé origen a la sentencia.⁴³ Y, al igual que la vincu-

quienes consideraban que no podría darse el efecto de cosa juzgada allí donde los ciudadanos no intervenían directamente como partes estrictamente procesales. Por otro lado, autores como Friesenhahn en “Zum inhalt und zur wirkung der Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes”, *Scritti in Onore di Gaspare Ambrosini*, Milán, 1970, t. I, p. 698, o el propio tribunal constitucional de Baviera (BayVGHE TS, p. 166 (p. 183)), entendía que en el control de normas faltaba una “controversia concreta sobre la concreta relación jurídica entre las partes procesales”. Un buen estudio sobre estas posturas, en Wischermann, *Rechtskraft un Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, Berlín, 1979, pp. 30 y ss., y Bocanegra, *op. cit.*, nota 9, pp. 51 y ss. En un sentido inverso, algunos autores, incluso utilizan el concepto de cosa juzgada de la sentencia constitucional para intentar cuestionar la amplia vinculación que la jurisprudencia atribuye a los pronunciamientos, ex artículo 31 BverfGG, así Vogel en “*Rechtskraft und Gesetzeskraft...*” (obra citada por Bocanegra, *op. cit.*, nota 9, véase la recepción de esta postura en España) o más recientemente Detterbeck, “Normenwiedesholungsverbote aufgrund normverweferender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?”, *AÖR*, 1991, pp. 411 y ss.

⁴² Benda y Klein, *Jahrbuch der Verfassungsprozessrechts*, Heidelberg, 1991, pp. 502 y ss., Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, pp. 13 y ss.; W. Löwer, “Zuständigkeiten und Verfahren der Bundesverfassungsgericht”, *Handbuch des Staats Rechts*, t. II (Isensee/Kirchhof, Hrsg) Heidelberg, 1987, pp. 794 y 795; Schlaich, *op. cit.*, nota 1, pp. 272-274, o la monografía de Wischermann, *ibidem*, pp. 19-38.

⁴³ Wischermann, *ibidem*, pp. 36 y 37, o Schlaich, *ibidem*, p. 273. Más dudosa es la posición de Pestalozza, *op. cit.*, nota 40, pp. 307 y ss., que sin embargo, habla de cosa juzgada “frente al Tribunal constitucional, a jueces posteriores y frente a terceros en el sentido de que la decisión que los vincula tiene carácter decisivo o definitivo”. La mayoría de la doctrina, no obstante, subraya que la admisión de una “obligación general” de las sentencias sobre normas como elemento de la cosa juzgada es innecesaria, ya que esta obligación se produce a través de su “fuerza de ley”, vía artículo 31.2 BverfGG, véase Schlaich, *idem*, o Löwer, *op. cit.*, nota 34, p. 795 y, anteriormente, K. Lange, “Rechtskraft, Bindungswirkung und Gesetzeskraft der Entscheidungen der Bundesverfassungsgerichts”, *JUS*, 1978, pp. 2 y ss.

lación y la fuerza de ley, la cosa juzgada estará sometida a un límite temporal entendido en un sentido amplio, es decir, cuando se produzcan “nuevos hechos, transformaciones en el derecho o en las condiciones jurídicas generales” la identidad entre *res iudicata* y *res iudicanda* desaparece y no se produce, por tanto, el efecto obstativo del instituto.⁴⁴

Se salva así la posibilidad de volver a cuestionar la constitucionalidad de una ley, permitiendo de este modo al TC realizar una reformulación evolutiva de su jurisprudencia. Pero, a la vez, se considera que el Tribunal no puede jurídicamente conocer de nuevo una duda idéntica a la que ya previamente rechazó. Son, pues, los límites de la cosa juzgada los que en último término definirán si nos encontramos ante esta identidad y si la sentencia desestimatoria anterior despliega frente al caso su eficacia de *iudicato*.⁴⁵ Una sentencia desestimatoria que, en el nivel hermenéutico, y no en el procesal de la cosa juzgada, sí se encuentra siempre dotada de fuerza vinculante. De ahí también que en Alemania la polémica entre la forma desestimatoria o estimatoria de la sentencia interpretativa carezca de la trascendencia del caso italiano o portugués, prevaleciendo de hecho las fórmulas desestimatorias más acordes, quizá, con algunas de las finalidades del principio de interpretación conforme a la Constitución.⁴⁶ De ahí también las reticencias hacia las fórmulas de “estimación parcial

⁴⁴ Schlaich, *ibidem*, pp. 273 y 274, con notas 76 y 77 de la obra citada, donde se da amplia bibliografía y jurisprudencia constitucional en este sentido. Muy claro también Maunz *et al.*, *op. cit.*, nota 12, “Artículo 31”, pp. 11 y ss.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, BverfGE 33, 199; 82, 19; 86, 341.

⁴⁶ En Alemania prácticamente no existen dudas sobre el hecho de que la sentencia desestimatoria interpretativa supone una implícita declaración de inconstitucionalidad con alcance general de la “norma” contenida en el pronunciamiento, véase, por todos, Löwer, *op. cit.*, nota 34, pp. 779 y 811, quien habla de “veredicto de inconstitucionalidad relativo a una variante normativa concreta de la interpretación”. Para Maunz, *op. cit.*, nota 12, p. 19, la vinculación de este tipo de sentencias implica, por una parte, que el tribunal constitucional debe determinar las normas o límites que se desprenden del derecho constitucional a la hora de interpretar la ley ordinaria y, por otra, que si el Tribunal decide en este marco que una posible interpretación de la ley no es compatible con la Constitución, la magistratura ordinaria no puede considerar jurídicamente fundada dicha interpretación en su labor jurisdiccional posterior. Cuestión distinta es la vinculatoriedad de la interpretación que el tribunal constitucional considera constitucional. Respecto a ello, la mayoría de la doctrina entiende que el juez, si bien no puede considerar inconstitucional la interpretación acogida por el tribunal (salvo que los límites temporales difuminaran dicha vinculación), sí puede, en cambio, considerar una tercera interpretación de la norma como constitucional y aplicable. Véase, el clásico estudio de Bettermann, *Die Verfassungskonforme Auslegung, Grenzen und Gefahren*, Heidelberg, 1986, pp. 44 y ss.

cualitativa”, y la solución al problema de la reparación de la desigualdad normativa a través de la ruptura del binomio inconstitucionalidad/nulidad, en las sentencias de “inconstitucionalidad sin nulidad” o de “mera inconstitucionalidad”.⁴⁷

Desde la perspectiva del ordenamiento y la doctrina española, una primera reflexión parece evidente. Nuestro sistema de efectos del pronunciamiento constitucional no sólo tiene una influencia original, sino un claro paralelismo con el esquema alemán. Más allá de la mayoritaria negación de efectos generales para la sentencia desestimatoria, y de la no exacta identificación de éstos con el concepto de “fuerza de ley” alemán, lo cierto es que en nuestro país también desempeña un papel fundamental la idea de vinculación a los poderes públicos de la actividad interpretativa del tribunal. Y que como es sabido, la positivización de ese efecto en el artículo 38.1 de la LOTC, así como también en los artículos 11 y 40.2 y, ante todo, en el decisivo artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha determinado una concepción de la función hermenéutica del TC, que si bien no es llevada a los extremos funcionales de la doctrina y la jurisprudencia alemana, sí es claramente superior como “idea-fuerza” a la de otros países de nuestro entorno. Es este efecto de vinculación el que ha permitido, a pesar de otras posibles explicaciones doctrinales quizás más correctas, superar la fuerte dicotomía entre sentencia estimatoria y desestimatoria en el campo de la interpretación conforme a la Constitución y reafirmar, sin prácticamente contestación, la eficacia de la sentencia interpretativa en su forma desestimatoria.⁴⁸ Es significativo por otra

⁴⁷ Véase, en relación con este tema, los trabajos de González Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional, 2000, especialmente pp. 194-204 y 237 y ss., y López Bofill, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Valencia, 2004, pp. 96 y ss., con una amplia bibliografía y jurisprudencia al respecto.

⁴⁸ Es prácticamente unánime la concepción de que la superioridad interpretativa del tribunal constitucional se traduce en una vinculación general de sus pronunciamientos sobre la Constitución y sobre la constitucionalidad de la ley, independientemente del tipo de sentencia en que se plasmen: véase por ejemplo, Rubio Llorente, “Sobre las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *La forma del poder*, cit., nota 1; Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, o López Guerra, “El Tribunal Constitucional y el principio «stare decisis»”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, t. II, entre los estudios iniciales. Posteriormente, véase por ejemplo, Punset, “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, cit., nota 1; Jiménez Campo, “Qué hacer con la ley

parte que se hayan producido reacciones críticas frente al fenómeno de las sentencias “manipulativas” desde la perspectiva de los límites funcionales de la jurisdicción constitucional, pero que, en general, no se haya radicalmente cuestionado la eficacia frente a la magistratura de la “reconstrucción” normativa que estos pronunciamientos implican.⁴⁹

En este contexto, no deja de resultar curioso que las conclusiones doctrinales acerca de la permanencia del *dictum* constitucional y su compatibilidad con la evolución de la jurisprudencia del tribunal constitucional hayan terminado acercándose a las mantenidas en países como Italia o Portugal. La práctica desaparición del efecto de cosa juzgada en los estudios sobre la eficacia de la sentencia, o más directamente, la línea doctrinal que niega la existencia de este efecto en el pronunciamiento desestimatorio a causa de la posibilidad de replantear la constitucionalidad de la norma legal, son buenos ejemplos de este acercamiento de posturas, que ya se inició cuando en algunos de los primeros estudios sobre el tema se

inconstitucional”, *cit.*, nota 1, o Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, 2001. Esta acentuación de la función hermenéutica del Tribunal (el inicial trabajo de García Pelayo, “El *status* del tribunal constitucional”, *REDC*, 1981), que lleva a hablar del artículo 5.1 de la LOPJ como de “una auténtica revolución normativa”, que “viene a equiparar la doctrina del tribunal constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria” (López Guerra, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, 1997, e Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional*, Barcelona, 1987, respectivamente) siempre ha levantado, no obstante, objeciones en una corriente claramente minoritaria de la doctrina. Véase, prontamente, Elizalde y Aynerich, “El Tribunal Constitucional y la jurisprudencia” o Pastor Ridruejo, “Aplicación de la ley y control de constitucionalidad”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, vol. I, o, fundamentalmente, Santos Vijande, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, su eficacia respecto a los tribunales ordinarios*, Granada, 1995. Este último autor, sintetizando toda esta corriente, pretende reducir la eficacia propiamente vinculante de las sentencias sobre la ley a los pronunciamientos interpretativos con fallo expresamente de tal carácter, a los que únicamente se referiría el artículo 40.2 LOTC. El artículo 5.1 LOPJ quedaría diluido en un deber general de interpretación conforme a la constitución, que reconduciría la primacía exegética del tribunal al marco en cuanto a su naturaleza y efectos del artículo 1.6 CC (valor de la jurisprudencia ordinaria en el ordenamiento). La eficacia real de la interpretación del tribunal constitucional quedaría así, en último término, en manos del Tribunal Supremo, con la excepción del ámbito protegido por el recurso de amparo.

⁴⁹ Rubio Llorente, “La jurisdicción constitucional como forma...”, *op. cit.*, nota 1; González Beilfuss, *op. cit.*, nota 47, con un posicionamiento más favorable que los anteriores autores, Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, 2001, y la amplia bibliografía allí citada.

tendió a identificar el efecto de cosa juzgada con la eficacia general de la sentencia de rechazo, y a denunciar los riesgos de “petrificación” de la jurisprudencia y el peligro de consagrar una “interpretación auténtica” de la Constitución.⁵⁰

Quizá sea posible, no obstante, entender el efecto de cosa juzgada de la sentencia constitucional sobre la ley en línea con el modelo alemán. De ahí que optemos por entender que la cosa juzgada, prevista constitucional y orgánicamente, se configura como el efecto procesal típico de la sentencia como acto de jurisdicción. Un efecto que no es obviamente exclusivo, que debe ser compatible con la vinculación y el posible efecto general del pronunciamiento, pero que despliega tan sólo una eficacia obstativa frente al resto de los tribunales del mismo orden y, por tanto aquí frente al tribunal constitucional, lejos de cualquier efecto jurídico material.

Como instituto de configuración legal, la cosa juzgada constitucional podía haber sido específicamente modulada en la Constitución o en la LOTC. Creemos, sin embargo, que no lo ha sido. Puede mantenerse que los artículos 28.2 y 38.2 LOTC tan sólo regulan el régimen de compatibilidad entre las dos vías de impugnación de la ley. De la jurisprudencia constitucional sobre este aspecto se pueden deducir dos conclusiones: que pese a la inicial intención del legislador orgánico, se reafirma la compatibilidad entre el recurso y la cuestión, y que, en ningún momento, se postula claramente la posibilidad de replantear dudas idénticas sobre la constitucionalidad de la norma legal.⁵¹ De ahí que sea posible defender la existencia de una eficacia de cosa juzgada de la sentencia desestimatoria, pero también que haya que precisar con especial rigor los límites del instituto para hacerlo compatible con una efectiva posibilidad de replanteamiento. En el fondo, vuelve a aparecer la constante tensión entre la finalidad de la cosa juzgada, en cuanto a seguridad y certeza, y las especiales características de flexibilidad y apertura del derecho constitucional. Y de ahí también que pensemos que un concepto de *res iudicata*

⁵⁰ 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 y 11, 2002-2003, pp. 368 y ss.

⁵¹ Martín de la Vega, “La compatibilidad entre los dos procedimientos de declaración de inconstitucionalidad del título II de la LOTC. Los artículos 29.2 y 38.2 LOTC y la eficacia de la sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, núm. 57, 2003, pp. 113 y ss.

próximo al entendimiento clásico que del mismo se tiene en la teoría procesal, es el que, como demuestra el modelo alemán, mejor se adapta a esta tensión.

Quizá, no obstante, el límite objetivo de la cosa juzgada deba entenderse con una cierta flexibilidad en los procesos de control de leyes. La estricta reducción al tenor literal del fallo obviamente no puede en ocasiones aportar el sentido concreto de la decisión del Tribunal, lo cual, por otra parte, es algo aceptado unánimemente en cualquier estudio sobre la cosa juzgada en general.⁵² Pero en el juicio a la ley esta realidad adquiere una dimensión más concreta. Como ya tempranamente subrayó Rubio Llorente,⁵³ los sistemas europeos de jurisdicción constitucional nacieron, y básicamente permanecerían configurados, en torno al pronunciamiento sobre el texto legal, único al que en principio se entendió aplicable la sanción de nulidad/anulabilidad. Dejando aparte las tensiones técnicas y funcionales que esta concepción “formal” del juicio implica,⁵⁴ lo cierto es que las nuevas tipologías de sentencias, fruto de las necesidades prácticas de actuación de los tribunales constitucionales obligan a distinguir, al modo de Jiménez Campo,⁵⁵ entre un objeto de la impugnación, un objeto del juicio, y un objeto del pronunciamiento. En este último, en el objeto del pronunciamiento, la tensión entre una impugnación textual, y un juicio de carácter predominantemente material o sobre la “norma”, encuentra, en ocasiones, fórmulas mixtas que van más allá del clásico supuesto de la sentencia interpretativa. Cuando se pretende determinar la eficacia de cosa juzgada de un pronunciamiento, y a salvo de meras especulaciones teóricas, se procede de hecho a comparar entre dos realidades jurídicas: la *res iudicata* y la *res iudicandi*. Si la segunda vendría determinada por la que puede considerarse, en propiedad, el “objeto de la impugnación” del nuevo recurso o cuestión, no cabe olvidar que para determinar la *res iudicata*, para precisar lo efectiva y previamente juzgado, hay que tener en cuenta este carácter mixto del objeto del pronunciamiento anterior. Por ello no es casi nunca suficiente el mero tenor literal

⁵² De la Oliva, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal)*, Madrid, 1991, pp. 61 y ss., así como 73 y ss.

⁵³ Rubio Llorente, “La jurisprudencia constitucional...”, *cit.*, nota 1, pp. 506 y ss.

⁵⁴ González Beilfuss, *op. cit.*, nota 47, especialmente el capítulo primero, pp. 11 y ss.

⁵⁵ Entre sus otros muchos trabajos donde se recoge la distinción, véase “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1995, pp. 89-93.

del fallo. Pero en lo concretamente decidido juega también siempre ese factor formal que define el *petitum* y la *causa petendi*. El problema de conceptos como el de la “concreta norma de decisión” que adopta Bocanegra de Vogel es que parecen ir más allá, incluyendo las razones que justifican el pronunciamiento, y no los elementos que lo definen más perfectamente. Con ello, se entra en el ámbito de la vinculación, que lo es a la “norma interpretativa” que se deduce de la sentencia, y nos alejamos de lo estrictamente necesario para precisar la *res iudicata* frente a la *res iudicandi*. Otra cosa es que éste sea el concepto más adecuado para quien pretende prescindir del efecto vinculante.

La identificación, que realiza la doctrina alemana, entre límites subjetivos de la cosa juzgada y participantes en el proceso constitucional nos parece adecuada. Es evidente que el concepto de parte procesal presenta peculiaridades importantes en el juicio sobre la ley frente a la teoría general procesalista.⁵⁶ Sin embargo, a los efectos de determinar la existencia de un efecto de cosa juzgada de una primera sentencia del TC estas peculiaridades y, ante todo, los problemas que plantea el límite subjetivo pueden probablemente relativizarse. Semejante criterio delimitativo desempeña de hecho un papel menor en el sistema de control constitucional, en cuanto que sus potencialidades a la hora de determinar la identidad de la duda constitucional son prácticamente irrelevantes. En el caso español, un análisis de la legitimación procesal en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad nos lleva a observar una práctica coincidencia en los intervinientes en el proceso ante el Tribunal Constitucional.⁵⁷ En estrictos términos jurídicos el vinculado por la cosa juzgada es el tribunal que conoce en el juicio posterior. Es, así, el alto tribunal el verdadero sujeto de la vinculación y de ahí las posibles paradojas del efecto de cosa juzgada de las sentencias, pero también la relativización del límite subjetivo, convertido en mero criterio instrumental al servicio de la determinación de la identidad de la duda sobre la constitucionalidad. Debe quedar claro, en todo caso, que siempre debe distinguirse, como vimos que acentúa Garrorena en la doctrina española,⁵⁸ entre una vinculación del tribunal

⁵⁶ Sobre la legitimación en el proceso constitucional, véase Sánchez Morón, “La legitimación activa en los procesos constitucionales”, *REDC*, 1983, y Aragón, M., “artículo 162. Legitimación en los procesos constitucionales”, *Comentarios a la Constitución Española*, *cit.*, nota 1, pp. 258 y ss. y bibliografía allí citada.

⁵⁷ Véase artículos 162 C, 32-33 y 37 LOTC.

⁵⁸ “Artículo 164”, *Comentarios a la Constitución...*, *cit.*, nota 1, pp. 348 y ss.

constitucional a la cosa juzgada que le impide jurídicamente conocer de un problema de constitucionalidad idéntico, mientras considere que lo es, de una rechazable vinculación del tribunal constitucional a sus precedentes, algo subrayado por la doctrina alemana al negar la “autovinculación” del Tribunal en el ámbito de la *Bindungswirkung*.

Por último, el límite temporal es evidentemente decisivo a la hora de determinar la existencia de la cosa juzgada constitucional. En nuestro país, los estudios de un procesalista de la categoría de Guasp⁵⁹ ya remarcaron, desde muy pronto, la importancia de este factor en el juicio civil. Sin embargo, en el ámbito del proceso constitucional no siempre ha recibido la atención que le corresponde, en parte porque relativiza muchas de las objeciones que contra el *iudicato* se han presentado en este campo. No puede olvidarse tampoco que este límite no sólo resulta funcionalmente imprescindible para asegurar el dinamismo de la jurisprudencia constitucional, sino que enlaza con una reformulación del concepto de “inconstitucionalidad” y, por tanto, de “constitucionalidad” en su aspecto “diacrónico”, que se corresponde con las exigencias más actuales de la jurisdicción constitucional.⁶⁰

A lo largo del estudio se ha señalado ya la particular aporía de la cosa juzgada constitucional. Ni nuestro tribunal constitucional ni, en general, cualquier otro, define claramente los criterios ni los límites de este efecto, aún cuando lo mencione a la hora de rechazar el conocimiento de alguna cuestión. Por otra parte, ni siquiera los tribunales que parecen negarlo, lo suelen hacer directamente, sino que se limitan a la aceptación de dudas idénticas, aun con “matizaciones” siempre equívocas, o a reafirmar la posibilidad genérica de replanteamiento. Así las cosas, la búsqueda doctrinal de los límites de la cosa juzgada corre el riesgo de parecer una mera entelequia teórica. En los países en donde se rechaza, siempre es posible mantener que no hay “identidad” entre los supuestos comparados; en aquellos donde mayoritariamente se afirma, la construcción doctrinal siempre debe hacerse cargo de que en último término está definiendo un efecto vinculante cuya apreciación real en el caso concreto está lejos de poder fijarse con criterios objetivos y, en todo caso, le corres-

⁵⁹ Así, su precursor trabajo, *Los límites de la cosa juzgada*, Madrid, 1948.

⁶⁰ Jiménez Campo “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *cit.*, nota 1, pp. 19 y ss., y Spadaro, A., “Dalla Costituzione como ‘atto’ (puntuale nel tempo) alla Costituzione como processo (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità”, *Quaderni Costituzionali*, 1998.

ponde hacerlo al propio Tribunal del que se afirma la vinculación. No obstante, en la medida en que la reflexión teórica pueda aportar elementos clarificadores sobre este aspecto de la justicia constitucional, contribuirá a la explicación, justificación o crítica de las decisiones del Tribunal Constitucional y con ello, quizá, al mejor desempeño de la función de máximo intérprete de la Constitución que éste tiene encomendado.