

ANUARIO DE INVESTIGACIÓN DEL CICAJ 2015

AUTORES

Noemí Ancí Paredes

Mónica Barriga Pérez

Frank Espinoza Laureano

Carlos Glave Mávila

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Álvaro Ocampo Grey

Richard O'diana Rocca

Beatriz Ramírez Huaroto

José Miguel Rojas Bernal

Pablo Rosales Zamora

Abraham Siles Vallejos

José Enrique Sotomayor Trelles

Natalia Torres Zúñiga

Alejandra Zegarra Blanco

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE

DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PUCP

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del
Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Directora del CICAJ-DAD

Patricia Urteaga Crovetto

Comité Asesor del CICAJ

*César Landa Arroyo
David Lovatón Palacios
Rómulo Morales Hervias
Elizabeth Salmón Gárate
Abraham Siles Vallejos
Eduardo Sotelo Castañeda*

Equipo de Trabajo del CICAJ

*Frida Segura Urrunaga
Carlos Carbonell Rodríguez
Jackeline Fegale Polo
Mayra Sánchez Hinojosa
Enzo Dunayevich Morales
Teresa López Espejo*

*Anuario de Investigación del CICAJ 2015
CICAJ - DAD | editor*

*Primera edición: diciembre 2016
Tiraje: 500 ejemplares*

© *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Departamento Académico de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51 1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>*

*Corrección de estilo: Claudia Arbaiza Varela, Valeria Cáceres Bravo, Takeshi Kihara Falcón,
María Gracia Minaya Chávez, Carlos Ramos Lozano*

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso del editor.

*Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-18218
ISSN: 2414-0872*

Impreso en el Perú - Printed in Peru

LA REBELDÍA DEL LEGISLADOR

José Miguel Rojas Bernal
Facultad de Derecho, PUCP

Categoría egresados

A través del concepto de rebeldía legislativa, el presente trabajo analiza el fenómeno de la aprobación, por parte del Congreso de la República, de una ley cuya norma reproduce una previamente declarada incompatible con la Constitución por el Tribunal Constitucional (TC), en una sentencia de inconstitucionalidad. Para ello, se vale de una triple perspectiva de análisis, que acude al derecho constitucional, al derecho procesal constitucional y a la teoría general del derecho para explicar sus consecuencias y sus posibles fórmulas de solución. Finalmente, y a modo de contraargumento, defiende la posibilidad de que la reiteración legislativa de normas inconstitucionales resulte legítima cuando esta es portadora de una interpretación mutativa de la Constitución.

I. La función del control constitucional

I.1. La Constitución como norma jurídica y la idea de control constitucional.

Afirmar que la Constitución es una norma jurídica supone reconocer, como mínimo, dos postulados esenciales: en primer lugar, que aquella deja de ser entendida solo como una norma política, dado que una parte importante de su contenido se dirige no solo a organizar el poder y sus formas de control (parte orgánica), sino a garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (parte dogmática). En segundo lugar, que la Constitución goza de aplicación directa (como una norma) en todos los asuntos concernientes al accionar del Estado y a las relaciones entre particulares, lo cual equivale a negar que pueda entenderse como una simple declaración de buenas intenciones.

Pero, además, esta nueva idea de Constitución trae aparejada, como un correlato inevitable, la idea de control o garantía, que pasa a formar parte de su significado o contenido. Así, al asumir esta perspectiva, solo puede predicarse que exista Constitución en que la garantía de su supremacía normativa esté asegurada. O, en palabras de Hans Kelsen (1994), «una Constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico» (p. 40).

Naturalmente, el paulatino ascenso que ha experimentado la Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico y portadora de los valores que la sociedad idealmente comparte ha significado que la ley, obra por excelencia del legislador, opere también una mu-

tación en su enfoque, como consecuencia lógica de su subordinación a una norma jurídica inmediatamente superior a ella llamada Constitución. En primer lugar, se parte de la premisa (revolucionaria para la época en que fuera formulada) de que el legislador no es infalible y que, por lo tanto, una ley puede ser materialmente injusta, al igual que cualquier otro acto del Estado¹. En segundo lugar, para valorar esa injusticia, debe tomarse en cuenta no la propia ley objeto de valoración (ni estar encargada al órgano que la dictó), sino una norma jurídica superior, cuya compatibilidad será sometida por un órgano de control distinto.

Sin embargo, ejercer el control de la Constitución exige necesariamente dotarla de significado, es decir, interpretarla. Así, el control constitucional supone, a la vez, una actividad interpretativa y creadora de la Constitución, pues innova a través de sus postulados hermenéuticos el ordenamiento jurídico en su conjunto, de modo que comparte el mismo rango con el texto constitucional. Al ser creación judicial del derecho, no es creación arbitraria o dislocada, sino limitada en sus alcances por la propia Constitución.

Sin embargo, como ha enfatizado Manuel Aragón (2002), la cuestión fundamental de la teoría constitucional del control, cuando se trata de valorar la obra de legislador, radica en la contraposición que es posible establecer entre la Constitución como norma abierta (capaz de asegurar la libertad de todas las alternativas) y como sistema material de valores (sin los cuales la democracia resulta inconcebible e irrealizable) (p. 103). De allí que, así como la interpretación constitucional depende en buena cuenta de la noción de Constitución que el intérprete asuma, los alcances del control constitucional obedecen al concepto de democracia que se adopte en relación con el concepto de justicia constitucional.

El examen de esa relación (de tensión) entre justicia constitucional y democracia es fundamental para justificar el control de la constitucionalidad de las leyes en el escenario actual. Este hecho tiene dos motivos: en primer lugar, porque determina si el control constitucional debe ser adjetivo o instrumental a los fines de la democracia o, más bien, sustantivo y reaccional frente a la obra de las mayorías; en segundo término, porque permite afianzar la legitimidad de la justicia constitucional en un contexto en el que esta adolece de un déficit democrático de origen.

1.2. La función del control de constitucionalidad de las leyes en el escenario actual: La contraposición entre justicia constitucional y democracia.

A pesar de la trascendencia que en su momento ostentó la tradición francesa sobre la supremacía del control legislador, fueron el modelo americano y la filosofía de la *judicial review* que lo animaba los que gozaron de una mayor aceptación entre los sistemas jurídicos contemporáneos. En Europa, esa recepción adoptó la forma de un esquema orgánicamente distinto, cifrado en un TC independiente y volcado al control abstracto, pero, en el fondo, inspirado en la necesidad de mantener un control jurídico, antes que político, para garantizar la supremacía de la Constitución.

Sin embargo, la experiencia resultante de esa expansión fue demostrando paulatinamente —y para beneficio de los críticos— que el control judicial de la ley no era un esquema neutral a los excesos. Así, por ejemplo, el acuciante activismo exhibido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, sobre todo en la época del *New Deal*, hizo que pronto surgieran serios reparos al denominado gobierno de los jueces, reputado como un mal endémico por dejar las

¹ «En los ordenamientos del Estado constitucional de nuestro tiempo, la inconstitucionalidad de la ley no es raro suceso, sino riesgo inherente a la decisión mayoritaria» (Jiménez Campo, 1997, pp. 19 - 20).

trascendentales cuestiones políticas atinentes a las mayorías, en manos de una minoría de toga que no había sido electa en las urnas.

De toda esa experiencia acumulada emanaría la denominada objeción democrática al control judicial de constitucionalidad de las leyes, formulada originariamente por Alexander Bickel. Esta contrateoría, que ve en la rama judicial una elite desprovista de legitimidad democrática para decidir asuntos de interés público, tiene como punto de partida una distinción conceptual bastante clara y sugestiva: que no hay nada en la lógica de tener una Constitución por encima de las leyes, que obligue a tener el control judicial de constitucionalidad de tipo norteamericano (Nino, 1989, p. 82).

Jeremy Waldron (2005), el más influyente representante de la corriente objetora a la justicia constitucional, plantea que a los jueces les ha de corresponder una tarea básicamente componedora del procedimiento democrático. En efecto, este autor reconoce que, a pesar del desacuerdo existente en una determinada comunidad política en torno a los valores que deben guiar la conducta de las personas (singularmente, el alcance de los derechos), se torna necesario tomar decisiones de un modo concertado o colectivo. En ese contexto, es el foro legislativo el lugar funcionalmente adecuado para resolver esta clase de controversias. Para ello, según Waldron (2005), se requiere otorgar a cada ciudadano un igual derecho a la participación, al que encumbra como el «derecho de los derechos», pues permite participar a todos en condiciones de igualdad, hecho que se deriva de las iguales dignidad y autonomía personal que le asiste a cada quien.

Sin embargo, se ha hecho bien al afirmar que buena parte de la plausibilidad de la objeción democrática depende sustancialmente del concepto de democracia que ella maneja. Sobre la base de esta aclaración, Ronald Dworkin (2004), por ejemplo, ha destacado que los argumentos más poderosos a favor de la premisa mayoritarista implican una lectura constitucional de la democracia (p. 121), de modo que la noción de esta última presupone siempre a la idea de los derechos. En este punto, es conocida la distinción acuñada por el filósofo norteamericano entre los argumentos basados en principios (derechos individuales) y los basados en objetivos sociales colectivos (como el desarrollo económico o el bienestar general). Esta anotación le permite a Dworkin advertir que, mientras las discusiones basadas en objetivos colectivos corresponden a órganos políticos representativos como el Parlamento, el debate sobre los derechos individuales, en cambio, es atribución propia de los jueces. Por tanto, importa reconocer una serie de condiciones estructurales favorables a su labor de control constitucional de la ley: (a) los jueces están obligados a confrontar todos los reclamos que se les planteen; (b) los jueces tienen la obligación de justificar sus decisiones sobre la base del texto constitucional, que incluye principios; (c) el cargo de juez goza de numerosas garantías institucionales, que lo hace menos vulnerable a múltiples presiones o coacciones (Linares, 2008, p. 65).

En suma, la objeción democrática carece de una concepción clara y definitiva sobre las condiciones que permiten el buen funcionamiento del sistema democrático, cuya lógica se pretende salvaguardar como presupuesto para negar o relativizar la necesidad de un control judicial de constitucionalidad de las leyes. Como señala Prieto Sanchís (2000), si entendemos que los requisitos de la democracia deliberativa suponen cumplir con el procedimiento parlamentario y no coaccionar al diputado que vota, pero también que el elector tenga pleno acceso a la información, un nivel aceptable de existencia, de acceso a los bienes materiales y a la cultura, etc., entonces, resulta que, en verdad, las condiciones de la democracia son casi todas las

prescripciones constitucionales que diseñan un modelo social. Con ello, el propósito restrictivo de la objeción se esfuma en gran parte y la justicia constitucional recobra toda su competencia sobre el conjunto de la normativa constitucional» (p. 166).

1.3. La legitimidad democrática de la justicia constitucional: legitimidad de ejercicio.

A pesar de todo, es evidente que las razones para disponer del control judicial de constitucionalidad de la ley son perfectamente separables de las razones que justifican garantizar un coto vedado para los derechos básicos. Por lo tanto, es necesario reconocer que la adecuación o conveniencia de aquel mecanismo «depende de circunstancias históricas y contingentes» (Moreso, 2009, p. 38). Esta respuesta, contextual a la pregunta sobre la conveniencia del control judicial de constitucionalidad de la ley, se revela como un planteamiento razonable: si el análisis de las variables correspondientes obliga a examinar la cultura jurídica de una comunidad determinada o el grado de representatividad de sus instituciones políticas, forzoso será concluir que ningún modelo podrá presumir validez universal ni mucho menos forzar su permanencia en una sociedad para la cual ya no resulte, aunque temporalmente, funcional.

Sin embargo, existen algunos elementos que permiten afirmar la mayor plausibilidad teórico práctica del modelo de control judicial de la Constitución, situados en el contexto del Estado constitucional y en las premisas sobre las que este se asienta.

En buena cuenta, lo que define al control judicial de constitucionalidad de la ley, en su condición de mecanismo de control externo al legislador, es la premisa de que lo decidido bajo la regla de las mayorías, aun si se cuenta con un eventual control interno realizado de modo *ex ante*, no constituye un garantía suficiente para una adecuada defensa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Esto genera que tales decisiones no resulten vinculantes para la justicia constitucional.

La situación descrita se deriva no solo de la circunstancia de que los jueces constitucionales realicen un control eminentemente jurídico sobre la constitucionalidad de las leyes, al interior del cual no son de recibo argumentos de oportunidad o de conveniencia política (sino silo de regularidad constitucional), sino también porque, al ser un control externo al legislador, la vigencia efectiva de los derechos que garantiza no es un asunto extraño, sino, antes bien, totalmente conectado con una adecuada separación de poderes.

Así, este doble carácter de control externo y jurídico, que reviste el control judicial de constitucionalidad de la ley, imprime sobre este mecanismo varias de sus principales ventajas en relación con el diseño institucional que tiene al legislador por garante natural de la Constitución. En efecto, de aquella doble condición se desprenden dos características trascendentales: (a) que, al realizar un control independiente y autónomo respecto del legislador, su resultado goza de una innegable cuota de legitimidad *prima facie*, al que su función reparadora; (b) que, por ser un control jurídico, la decisión resultante se encuentra necesariamente asentada sobre la base de una adecuada justificación o motivación basada en razones, situación refuerza la legitimidad y la función reparadora. Al plasmar estas razones en opiniones descritas accesibles al público, los tribunales hacen un esfuerzo continuo para convencer a ese público de la legitimidad de sus decisiones (Cappelletti, 2007, pp. 324 - 330).

En suma, el hecho de que sea una autoridad jurisdiccional —y no (solo) política— la que se encargue de velar en última instancia por la garantía de la Constitución, conlleva a que el juicio sobre la constitucionalidad de la ley esté sujeto a ciertos estándares propios de toda

decisión judicial. Destaca, en primer lugar, que el juez constitucional, al momento de evaluar la compatibilidad constitucional de una ley determinada, no solo toma en cuenta la jerarquía normativa de la Constitución como parámetro de análisis, sino también la necesaria coherencia de su decisión hacia el pasado y el futuro. Así, a medida que los principios que utiliza para examinar la ley son vinculados por casos previos y para otros casos futuros, el juicio resultante de ese examen se ajusta a los requisitos mínimos de imparcialidad, de modo que el proceso judicial se convierte en un lugar adecuado para el debate sobre los derechos (Sager, 2007, p. 202).

Igualmente, hay otro factor decisivo que, proviniendo también del carácter jurídico del control judicial de constitucionalidad de la ley, viene a reforzar dicha imparcialidad en el resultado, aunque también a propiciar la apertura del proceso a las minorías —eventualmente— postergadas en las ramas políticas. En palabras de Sager (2007), «cuando alguien tiene una pretensión constitucional y apela a los tribunales, ese alguien puede ser cualquiera: puede representar a una minoría de uno, o pertenecer a un grupo que es ampliamente ridiculizado o discriminado» (p. 205). Es así como, para proteger a estos grupos, dirá Cappeletti (2007), los tribunales terminan por aumentar la representatividad global del sistema (pp. 324 - 330)².

En definitiva, la legitimidad democrática de la justicia constitucional, pese a tener su origen en la propia Constitución, se entiende mejor en los términos de una legitimidad de ejercicio, cuya adquisición y/o reforzamiento es gradual. Como bien apunta Ferreres Comella (2011), el juez constitucional tiene que ganarse, cada día, su razón de ser en el interior del sistema, contribuyendo con sus sentencias a una mejor interpretación y garantía de los derechos, y debe hacerlo en un grado suficientemente apreciable, para que resulte justificado mantener la sujeción del parlamento democrático al control judicial (p. 20). Esto implica que son las propias decisiones emitidas en los juicios sobre la constitucionalidad de la ley las que van moldeando el grado de legitimidad de la justicia constitucional, en tanto modelo adecuado o funcional a las contingencias históricas de una comunidad política, en un tiempo y espacio determinados.

Por ello, asumir que la legitimidad de la justicia constitucional no se crea *ex novo*, sino que su construcción es gradual o episódica, implica reconocer que son esas mismas circunstancias históricas las que, en una época, pueden coadyuvar a reforzar la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, pero, en otras, bien pueden aconsejar su revisión.

La justicia constitucional, al igual que la regla de la mayoría, no goza de un valor epistémico *a priori*. La imparcialidad de la que gozan sus decisiones, por ejemplo, podría originar en el juez un aislamiento pernicioso respecto de la sociedad y los cambios que reclama su evolución, además de petrificar un *status quo* que se considera valioso en sí mismo. La justicia constitucional, vista desde esa perspectiva, no estaría ajena al riesgo de convertirse en conservadora o elitista, lo que equivale a afirmar que su funcionamiento puede llegar a reproducir los mismos defectos que se enrostran al procedimiento democrático.

2 Esta tendencia de la justicia constitucional a subsanar los déficits representativos del sistema democrático, naturalmente, varía dependiendo del modelo de control constitucional que se acoga en un determinado ordenamiento jurídico, vale decir, dependiendo de si se trata del modelo difuso (o americano) o concentrado (propiamente kelseniano). Así, por ejemplo, en el modelo difuso de control judicial de la ley, los jueces constitucionales desarrollan lo que Sager (2007) ha denominado un 'equilibrio reflexivo', puesto que sus decisiones se mueven entre principios generales y casos específicos, en un proceso constante de ida y vuelta (pp. 202 - 203). En el modelo concentrado, por su parte, los tribunales constitucionales, al carecer de jurisdicción discrecional y ser la única institución competente y especializada para declarar en última instancia la inconstitucionalidad de las leyes (lo que concita la atención de los partidos políticos y de la opinión pública), están obligados a pronunciarse necesariamente sobre el fondo de la cuestión y, hasta cierto punto, mostrar un denodado activismo judicial (Ferreres, 2011a).

Es por ello que, como se verá al final de este trabajo, bajo determinados supuestos, la insistencia legislativa en una regulación que ha sido declarada inconstitucional por el TC bien puede ser entendida como un modo legítimo para impulsar una deseable evolución de la jurisprudencia, a fin de adecuarla a la realidad social.

En los últimos años, se ha insistido en que las relaciones entre justicia constitucional y democracia no pueden ser vistas más desde un enfoque excluyente, sino, en todo caso, desde un planteamiento de permanente colaboración interinstitucional, en un esquema idealmente orientado a mantener un sano equilibrio en el ámbito de la interpretación constitucional y en el ejercicio de poderes interpretativos definitivos. No se busca, por tanto, que el sistema jurídico ofrezca una única respuesta para todos los supuestos de conflicto, pero sí que mantenga abierta la posibilidad de que, ante la ausencia de legitimidad de uno de estos mecanismos de deliberación sobre los derechos, la competencia del otro pueda superar dicha falla del sistema.

A nuestro juicio, este esquema ideal de colaboración entre la justicia constitucional y el proceso democrático tiene una importancia práctica innegable, en la medida en que posibilita una mejor articulación de las tensiones institucionales a las que puede dar lugar la extralimitación o retraimiento de uno de estos dos frentes, pero también porque optimiza la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, favorece una mejor protección de los derechos fundamentales que son objeto de deliberación.

2. La rebeldía del legislador

1.1. Definición y características.

Un concepto preliminar acerca de lo que se debería entenderse por rebeldía legislativa puede ser el siguiente: la aprobación, por parte del Congreso de la República, de un precepto legal que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC, a través de una sentencia de inconstitucionalidad. De esto se deduce que el estado de rebeldía legislativa resultaría de la concurrencia sucesiva de los siguientes actos normativos:

- En primer lugar, el Congreso de la República sanciona una Ley A con un contenido X.
- En segundo lugar, el TC expide una sentencia, que declara la inconstitucionalidad del contenido X de la Ley A en un proceso de inconstitucionalidad y la expulsa del ordenamiento jurídico.
- En tercer lugar, el Congreso de la República sanciona una nueva Ley A, que reproduce el contenido X declarado inconstitucional por el TC.

Sin embargo, se trata de una definición a todas luces preliminar; cuya extensión o restricción semántica depende de las propiedades que se atribuyan a los elementos allí contenidos. A continuación, se desarrollan dichos factores:

(a) La sentencia de inconstitucionalidad, cuyas cualidades a analizar son las siguientes:

- El tipo de infracción constitucional sancionado (si la declaratoria de inconstitucionalidad fue también sancionada por la forma o por el fondo). De este modo, solo se producirá una rebeldía legislativa cuando el Congreso de la República apruebe un precepto legal, que reproduzca una norma previamente declarada inconstitucional por el fondo, en una sentencia de inconstitucionalidad del TC. En cambio, no estaremos ante

tal rebeldía si el precepto legal fuese declarado inconstitucional por la forma y, luego, reproducido en una nueva disposición normativa que supere, esta vez, el vicio formal inicialmente detectado en la sentencia.

- Su naturaleza (estimatoria simple, interpretativa, manipulativa o exhortativa). En este punto, se puede señalar que existirá rebeldía legislativa cuando el Congreso sancione una ley que, por vía directa o indirecta, reintroduzca una norma que haya sido declarada inconstitucional por el TC; altere el contenido normativo del precepto legal ampliado o reducido en virtud de una sentencia manipulativa; o, finalmente, no expida la ley sustitutoria compatible con la Constitución dentro del plazo concedido, en una sentencia exhortativa vinculante con *vacatio sententiae*.
- Los motivos determinantes de la inconstitucionalidad (fallo y *ratio decidendi*). En efecto, para apreciar un estado de rebeldía legislativa, corresponderá hacer una lectura integral de la sentencia de inconstitucionalidad, que incluya el fallo y su fundamentación relevante.

(b) El nuevo precepto legal, cuyas propiedades a tener en cuenta son las siguientes:

- Su naturaleza (activa u omisiva). Desde esta perspectiva, será rebeldía legislativa tanto aquella que se produce por acción (el Congreso sanciona una ley que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC) como aquella que se genera por omisión (el Congreso no emite la ley sustitutoria dentro de la *vacatio sententiae* concedida por una sentencia estimatoria exhortativa vinculante).
- Su grado de identidad con la antigua norma declarada inconstitucional (leve, medio o fuerte). En líneas generales, se podrá afirmar que estamos ante una rebeldía legislativa cuando el grado de identidad es fuerte o medio (en el sentido que ambos elementos utilizan los mismos términos o utilizan palabras distintas, pero que son sinónimas, o cuando el nuevo precepto genera la reproducción a través de la incorporación y/o derogación de un cierto enunciado normativo formalmente distinto). Esta apreciación queda en manos del órgano convocado para realizar el examen de identidad.
- Su modalidad de rebeldía (si reproduce la ley o solo restringe sus efectos). La rebeldía legislativa manifiesta del contenido normativo declarado inconstitucional por el TC en su sentencia (rebeldía legislativa típica o convencional) o de los efectos temporales de dicha declaratoria de inconstitucionalidad (rebeldía legislativa atípica).
- El motivo (expreso o tácito) de la rebeldía. Puede ser, entre otros, adecuar la Constitución a un nuevo escenario fáctico o jurídico o simplemente disentir de la postura del TC adoptada en su sentencia (lo cual se explica motivos técnicos, políticos, económicos, sociales, etc.).
- La extensión de la rebeldía (total o parcial). Se podrá decir que la nueva ley incurre en rebeldía legislativa total si el íntegro de su contenido normativo reproduce una o más normas declaradas inconstitucionales por el TC. En cambio, incurrirá en rebeldía legislativa parcial cuando solo algunos aspectos de su redacción o interpretación reproducen dichas normas inconstitucionales.
- Su dimensión temporal (vale decir, el periodo entre la sentencia de inconstitucionalidad y la aprobación del nuevo precepto legal). De este modo, si ese lapso es muy breve, será fácil deducir que nos encontramos ante una situación de rebeldía mani-

fiesta o patente. En cambio, si ese lapso es extenso o muy prolongado, dicho carácter manifiesto se desvanecería o, cuando menos, sería opinable.

Si esto es así, además de los supuestos analizados, es posible apreciar la existencia de tres actos normativos que tampoco se encuadran dentro del concepto de rebeldía legislativa, en los términos aquí planteados.

El primer caso que debemos mencionar es el de la reforma constitucional. En efecto, nada impide considerar que, en respuesta a la sentencia de inconstitucionalidad proferida por el TC, el Congreso reaccione a través de una reforma constitucional, que tenga por objeto cualquiera de estas dos finalidades: (a) modificar las normas constitucionales que sirvieron de parámetro en el proceso de inconstitucionalidad, que culminó con la sentencia estimatoria y habilitó, de ese modo, al legislador para reproducir la norma, en su día, declarada inconstitucional (modificación de la norma constitucional parámetro) o (b) introducir una norma expresa en la Constitución, que reproduzca el contenido de la norma declarada inconstitucional por el TC, en su sentencia (constitucionalización de la norma legal).

De prosperar una reforma constitucional con estas características, esta no podría ser considerada como una rebeldía legislativa, sino, en todo caso, una respuesta constitucional (y, ciertamente, democrática) a la sentencia expedida por el TC. A través del ejercicio del poder de reforma constitucional, un precepto legal, que antes era reputado inconstitucional, puede convertirse en constitucional, hecho que no implica rebeldía alguna. Por el contrario, como se verá, esta alteración de la norma constitucional, que sirvió de parámetro a la anterior sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, supondrá, necesariamente, la relativización de la cosa juzgada material de ella emanada, específicamente, de sus límites temporales³. Pero, además, la reforma constitucional como método de respuesta a una sentencia del TC, si bien en algunos casos puede resultar remota, constituye uno de los mecanismos legítimos para encauzar la discrepancia del legislador democrático respecto de la postura del supremo intérprete de la Constitución expresada en su sentencia⁴. Pensada en esos términos, la reforma constitucional, en vez de desmejorar, tiene por virtud elevar el nivel del diálogo entre el legislador y la jurisdicción constitucional, en un contexto en que la Constitución es siempre objeto de interpretación plural. Favorecer un mayor contrapeso democrático a la justicia constitucional supone admitir como legítima, y hasta natural, esta posibilidad.

El segundo supuesto, que tampoco cabe calificar como rebeldía legislativa, es el de la derogación de una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el TC. En efecto, una vez emitida la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad por el TC, el acto legislativo mediante el cual el Congreso derogara o modificara la ley en cuestión calzaría perfectamente dentro de las competencias que la Constitución le ha atribuido a dicho poder del Estado. Y es que la declaración de constitucionalidad de una ley (*rectius*, sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad) no la convierte en una súper ley, es decir, no le cambia su estatus. Lo mismo sucedería cuando una sentencia fuese desestimada por un sentido interpretativo de la ley que el propio Tribunal no haya calificado como único y exclusivo, pues el Congreso podría emitir una ley que adopte una interpretación igualmente constitucional, con excepción de la rechazada por el

3 De ahí que, con acierto, señalara Kelsen (1994) que la inconstitucionalidad material es, en última instancia, una inconstitucionalidad formal, pues una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución «dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional» (p. 21).

4 Véase, al respecto, Ferreres (2011a, p. 151).

Tribunal, en ejercicio de su libre configuración normativa. En ambos casos, carecería de sentido hablar de rebeldía legislativa alguna.

Finalmente, es también factible que la aprobación de la ley inconstitucional se reproduzca materialmente a través de instrumentos normativos distintos a la ley. En este caso, se habrían logrado los mismos objetivos que se querían evitar con la sentencia de inconstitucionalidad, pero, en este punto, el Congreso no tendría responsabilidad alguna, al menos formalmente, al no haber sido dicho poder del Estado el que reiterase el precepto cuestionado. De este modo, en estricto, en esta ocasión tampoco estamos ante un supuesto de rebeldía legislativa en los términos que plantea esta investigación.

1.2. La inconstitucionalidad de la rebeldía legislativa: perspectivas de análisis.

Una vez definidos los elementos de la rebeldía legislativa, se considera que un acercamiento integral a los problemas jurídicos que ella plantea requiere partir de los siguientes ejes de análisis:

- (a) En primer lugar, el punto de vista sustantivo sobre la interpretación de la Constitución. En este caso, el centro de atención gira, por un lado, en torno al cuadro de competencias que la Constitución establece con respecto a su interpretación y a quién debe ser su supremo intérprete, y, por el otro, al rededor del grado de presunción de constitucionalidad que es posible predicar de la ley resultante de una rebeldía legislativa (en adelante, ley reiterativa).
- (b) En segundo lugar, el punto de vista procesal sobre la cosa juzgada constitucional. A partir de este eje, podremos responder a la pregunta de si el legislador se encuentra vinculado o no a la cosa juzgada emanada de la sentencia de inconstitucionalidad y si, en consecuencia, la ley reiterativa vulnera dicha institución procesal.
- (c) En tercer lugar, el punto de vista teórico sobre la naturaleza jurídica de la ley reiterativa. Es decir, la pregunta por los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad y la incardinación de todo ello en el sistema de fuentes del derecho.

1.2.1. La perspectiva de la interpretación constitucional.

Como hemos afirmado, la función de control de la Constitución exige, necesariamente, dotarla de significado o, lo que es lo mismo, interpretarla. En el caso del control de constitucionalidad de la ley, esta actividad hermenéutica se materializa a través de la interpretación de dos textos: la Constitución (parámetro de enjuiciamiento) y la ley impugnada (objeto del juicio), con el fin de apreciar si las normas que se expresan en la segunda son compatibles con el sistema de normas que se expresa en la primera.

Sin embargo, la interpretación de la Constitución (no su control) no es una atribución exclusiva del TC, ya que, en una sociedad abierta de intérpretes del texto fundamental, dicha facultad la ostentan, comparten y practican también todos los poderes del Estado y los ciudadanos dentro de sus respectivos ámbitos y competencias (Häberle, 2005, p. 692).

En ese contexto, la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad bien podría ser entendida como el resultado de la adopción, por parte del Congreso de la República, de una tesis interpretativa de la Constitución discrepante o divergente (es decir, contraria) respecto de la adoptada en la sentencia de inconstitucionalidad.

En efecto, como parte de las competencias que la propia Constitución le asigna, el Parlamento se encuentra facultado para apreciar la inconstitucionalidad de sus propias leyes

y, eventualmente, también derogarlas. Pero, como parece evidente, para cumplir estas y otras competencias, dicho poder del Estado debe interpretar la Constitución; por eso, bien podemos considerar que el Parlamento es el intérprete primario de la norma fundamental (Díaz Revorio, 2004, pp. 254 - 255).

Sin embargo, una cosa es afirmar que el legislador deba interpretar la Constitución para cumplir con sus funciones constitucionales y otra, muy distinta, es concluir que dicha interpretación deba considerarse vinculante para todos los poderes del Estado y para los ciudadanos en general.

En efecto, en el específico caso de la dación de leyes por parte del Congreso de la República (1993, artículo 102, inciso 1), dicha interpretación legislativa, concretizada a través de la sanción de una ley, puede ser dejada sin efecto mediante una sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC, cuando este la considere incompatible con la norma fundamental (Congreso de la República, 1993, artículos 103 y 200, inciso 4). Por ello, en tanto intérprete primario de la Constitución, el Parlamento no podría aprobar una ley con el único objeto de precisar el sentido de una norma constitucional; de igual forma, tampoco le estaría permitido desconocer la interpretación de la Constitución efectuada por una sentencia del TC para hacer prevalecer su propia interpretación constitucional a través de una ley, so pena de vulnerar el principio de separación de poderes.

El Congreso de la República no es, pues, el órgano cuya interpretación constitucional está llamada a prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el fenómeno de la rebeldía legislativa (vale decir, el intento del legislador de imponer su tesis interpretativa sobre la Constitución, por medio de la aprobación de una ley que reproduce una anteriormente declarada inconstitucional) no se corresponde con las competencias que la Constitución le ha otorgado al Congreso de la República como poder constituido.

En cambio, a diferencia de lo que sucede con la posición institucional del legislador, la del TC es ser el intérprete secundario (y no cotidiano) de la Constitución, pues, como sostiene Díaz Revorio (2004), «su interpretación solo se produce en caso de conflictos constitucionales, y a instancia de parte legitimada» (pp. 256 - 257). A pesar de ello, se considera que el TC es el intérprete supremo de la Constitución, lo que trae como lógica consecuencia que su resultado interpretativo se imponga sobre los demás poderes del Estado y sobre los particulares.

En efecto, eso es lo que se desprende de la propia configuración normativa del TC como «órgano de control de la Constitución» (Congreso de la República, 1993, artículo 201) y «órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad» (Congreso de la República, 2011, artículo 1 y artículo 1 del Reglamento Normativo), lo cual justifica que las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad «vincul[e]n a todos los poderes públicos» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 82).

Así, por ejemplo, la supremacía interpretativa del TC sobre el Poder Judicial se encuentra asegurada por la previsión normativa según la cual los jueces y tribunales, por un lado, «no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad» y, por el otro, deben interpretar y aplicar las normas legales e infralegales según los preceptos y principios constitucionales «conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 6).

Pero, además de todo ello, la interpretación constitucional que presupone el control de constitucionalidad de la ley se convierte, ella misma, en fuente de derecho constitucional. De

este modo, dicha interpretación pasa a formar parte del parámetro de control del enjuiciamiento a la ley en el mismo nivel que el texto interpretado (la Constitución).

La sentencia constitucional manifiesta, como señala Balaguer Callejón (2008), una evidente función normativa: la interpretación que realiza la jurisdicción constitucional sobre el texto constitucional da lugar a la configuración de normas paraconstitucionales, es decir, «normas constitucionales de creación jurisprudencial», las cuales «pasan a formar parte del parámetro sobre cuya base la jurisdicción constitucional ejercita su control de constitucionalidad sobre los poderes públicos» (p. 31). Esto sucede porque las sentencias constitucionales desarrollan una función normativa, esto es, porque incorporan al ordenamiento jurídico no solo interpretaciones de los preceptos legales y constitucionales, sino que extraen normas de tales disposiciones, «que complementan el nivel constitucional y legislativo del sistema jurídico» (Castillo Córdoba, 2008, p. 112). Dicho en otras palabras, «las determinaciones que de las disposiciones abiertas, vagas e imprecisas realiza el Tribunal Constitucional [...] conforman en sí mismas derecho, y además, de rango constitucional» (Castillo Córdoba, 2008, p. 112).

En definitiva, la rebeldía legislativa, en tanto fenómeno constitucional, se revela como una afectación a la supremacía interpretativa del TC, en relación con su interpretación de la Constitución puesta de manifiesto en la sentencia de inconstitucionalidad. En ese sentido, supone también una afectación a la propia Constitución, concretizada a través de la interpretación de su supremo intérprete, la cual vincula a todos los poderes públicos y, por ende, al legislador también. Esta doble afectación se produce puesto que, al aprobar la ley reiterativa, el Congreso de la República desconoce dicho parámetro normativo (la Constitución y su interpretación por el TC), el cual le resulta plenamente vinculante.

Esta conclusión trae consigo importantes consecuencias no solo en lo que concierne a la pregunta sobre cuáles serían los mecanismos ideales para restablecer la supremacía normativa del TC vulnerada por la rebeldía legislativa (y, con ello, para garantizar la supremacía normativa de la Constitución), sino también por el mismo estatus que cabe atribuir a una ley reiterativa, de este modo aprobada, a partir del enfoque de la presunción de constitucionalidad de las leyes.

En efecto, si tenemos en cuenta que la presunción de constitucionalidad de las leyes puede valer como un criterio de interpretación (concretizado a través de los principios de interpretación conforme a la Constitución y de deferencia hacia el legislador democrático) y como una regla de acción (en el sentido de que los actos normativos deben ser tratados como válidos, mientras no haya declaración de invalidez), podremos apreciar que la ley reiterativa no goza de tal presunción por dos razones: (a) en primer lugar, por la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa en su contraste con la Constitución y su interpretación autorizada por el TC a través de la anterior sentencia de inconstitucionalidad, y, (b) en segundo lugar, porque la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica en combinación con el de separación de poderes.

En relación con lo primero (a), la manifiesta inconstitucionalidad de la ley reiterativa, derivada de su simple contraste con la sentencia de inconstitucionalidad del TC, se convierte en una prueba de cargo que derrota la presunción de constitucionalidad *prima facie* de dicha ley aprobada por el Parlamento. En ese sentido, al no existir duda, sino certeza, sobre su inconstitucionalidad, la ley reiterativa estaría afectada por una suerte de presunción de inconstitucionalidad, que la haría claramente vulnerable de cara a un futuro control de constitucionalidad efectuado bien por el Poder Judicial o bien por el propio TC.

Y en relación con lo segundo (b), se sostiene que la ley reiterativa vulnera el principio de concordancia práctica y de separación de poderes, en la medida que la interpretación constitucional que subyace en la nueva ley, además de discrepar de la sostenida por el TC, pretende primar sobre ella a través de la restauración de la norma previamente declarada inconstitucional. De este modo, contradice la supremacía interpretativa que sobre la Constitución ostenta el TC en nuestro ordenamiento jurídico e interfiere, además, en su competencia de control de constitucionalidad de la ley. Por el contrario, es posible afirmar que el principio de corrección funcional le impone al legislador el deber de asumir que, en nuestro ordenamiento jurídico, el TC es el supremo intérprete de la Constitución en materia de control de constitucionalidad de la ley, lo que le obliga a respetar dicha interpretación suprema al momento de ejercer su función legislativa.

1.2.2. La perspectiva procesal sobre la cosa juzgada constitucional.

Un primer acercamiento al tema planteado nos permite descartar, en principio, que el fenómeno de la rebeldía legislativa vulnere la cosa juzgada formal de la sentencia de inconstitucionalidad, ya que la ley reiterativa no ataca la firmeza de dicho pronunciamiento. De hecho, luego de ser aprobada una ley de estas características, la sentencia no pierde su condición de inimpugnable e irrecurable ante el propio TC. En cambio, sí reviste complejidad la respuesta a la pregunta de si el legislador vulnera o no la cosa juzgada material de la sentencia, por medio de la aprobación de una ley reiterativa.

En líneas generales, no parece haber mayor problema en admitir que la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad vincula, en primer orden y por definición, a los jueces y tribunales ordinarios del Poder Judicial. En efecto, en el desempeño de la función jurisdiccional, tales operadores jurídicos están necesariamente obligados, primero, a aplicar una norma cuya constitucionalidad, en relación con un cierto parámetro, haya sido declarada por el TC a través de una sentencia desestimatoria (Tribunal Constitucional, 2004, artículo 4 del Título Preliminar). Esto supone una clara limitación a su potestad constitucional de ejercer el control difuso (Congreso de la República, 1993, artículo 138). En segundo lugar, los operadores en cuestión están obligados a no aplicar una norma que ya ha sido expulsada del ordenamiento jurídico a través de una sentencia de estimación simple, precisamente en virtud del triple efecto que estas despliegan en nuestro ordenamiento: eficacia *erga omnes*, vinculación a todos los poderes públicos y cosa juzgada material.

En cambio, la vinculación del legislador a la cosa juzgada material de una sentencia de inconstitucionalidad constituye una hipótesis de trabajo que necesita una construcción teórica más compleja, para la cual conviene partir de lo que se dispone normativamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por un lado, mientras que la propia Constitución afirma que ella «prevalece sobre toda norma legal» (Congreso de la República, 1993, artículo 51) y reconoce que el TC es su órgano de control (Congreso de la República, 1993, artículo 201), el estatuto normativo de este último lo define como su supremo intérprete (Congreso de la República, 2011, artículo 1). El TC debe ostentar necesariamente esta condición en el cumplimiento de sus funciones, entre las cuales se encuentra, naturalmente, el control de constitucionalidad de las leyes a través del proceso de inconstitucionalidad (Congreso de la República, 1993, artículo 200, inciso 4).

Por otro lado, la norma fundamental fija como una de las atribuciones del Congreso de la República «[d]ar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las

existentes» (Congreso de la República, 1993, artículo 102, inciso 1). Pero también dispone que otra de tales atribuciones es «[v]elar por el respeto de la Constitución y de las leyes» (Congreso de la República, 1993, artículo 102), respeto que, por las razones jurídicas antes mencionadas, debemos entender como comprensiva también de las sentencias del TC. Dicho en otras palabras, el «respeto a la Constitución» que, en el ejercicio de su función legislativa, ha de observar el Congreso de la República supone necesariamente el «respeto a las sentencias del Tribunal Constitucional», que son normativamente la expresión de su interpretación suprema. De este modo, la genérica obligación de respetar la Constitución recibe una peculiar configuración de la cosa juzgada constitucional, «de modo que la relación bilateral Constitución-ley [...] se convierte en una relación trilateral (Constitución-sentencia-ley)» (Ruggeri, 1988, p. 23).

Situados en ese contexto, es posible concluir que la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad, por medio de la aprobación de una ley reiterativa, contraviene la cosa juzgada material de dicha sentencia estimatoria como acto procesal que es, pues desconoce el acto de autoridad del TC que expulsó la norma legal, debido a su incompatibilidad con la Constitución. Asimismo, al volver a introducir la norma que fuese dejada sin efecto en la sentencia, el legislador le resta eficacia al sistema de control de constitucionalidad de la ley que la propia norma fundamental establece en resguardo de su supremacía (artículo 200, inciso 4) y que le otorga al TC la última palabra en el proceso de inconstitucionalidad, del cual es instancia única (artículo 202, inciso 1).

Por ello, así como de la cosa juzgada material de una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad se deriva una serie de obligaciones para los jueces y tribunales del Poder Judicial, sucede lo mismo con el Congreso de la República, en cuya cabeza surge, en principio y en lo que aquí importa, la obligación jurídica negativa de no reproducir, con una ley ordinaria, la norma declarada inconstitucional en una sentencia estimatoria del TC. Todo ello se realiza sin perjuicio de que tal obligación jurídica no venga apoyada por una sanción ante su incumplimiento.

Por lo demás, la doctrina considera que el concepto de cosa juzgada material resulta plenamente aplicable a la sentencia estimatoria recaída en un proceso de inconstitucionalidad, precisamente para hacer frente a la reiteración de la norma considerada inconstitucional en una nueva disposición. Para lograrlo, considera necesario extender la eficacia de la cosa juzgada no solo respecto del fallo, sino también respecto de la norma concreta de la sentencia. Según Vogel, esta se entiende como «aquella consideración o afirmación jurídica que fundamenta el fallo, y que está formulada exactamente de tal modo general que, fuera de la decisión adoptada en el caso concreto, resultaría de ella una decisión igual en casos iguales» (Bocanegra Sierra, 1982, p. 205).

La importancia de esta extensión objetiva de la cosa juzgada constitucional, «más allá del estricto tenor literal del fallo», se explica, a su vez, por la necesidad de cubrir dos funciones capitales que el TC tiene encomendadas: por un lado, su condición de supremo intérprete de la Constitución (lo que conlleva la preeminencia de sus interpretaciones sobre otras posibles) y, por el otro, su función de pacificación, mediante la cual evita que las medidas o actuaciones proscritas por el Tribunal puedan volver a suscitarse (Bocanegra, 1982, p. 109). Por ello, en la medida en que «los fallos de las sentencias miran siempre al pasado, no al futuro» (Bocanegra, 1982, p. 64), la vinculación a la *ratio decidendi* permite que cada situación de la misma clase (*Sachverhalt*) tenga que ser juzgada, igualmente, inconstitucional (Bocanegra, 1982, p. 65). Por esta razón, el legislador «está obligado en el futuro a eliminar la insuficiencia inconstitucional en el caso decidido y a discurrir en casos idénticos por el auténtico camino jurídico marcado por el Tribunal» (Bocanegra, 1982, pp. 65 - 66).

(a) *El caso de la rebeldía legislativa a una sentencia exhortativa vinculante.*

Hasta aquí, hemos considerado únicamente la hipótesis de la rebeldía legislativa a una sentencia estimatoria simple de inconstitucionalidad (cuyo efecto es asimilable para cualquier pronunciamiento estimatorio de inconstitucionalidad). De esta, hemos concluido que, por imperio de la cosa juzgada que reviste, genera, para el legislador, una obligación negativa de no reproducción. Sin embargo, hemos dejado sin contestar la pregunta de si la rebeldía a una sentencia exhortativa vinculante (vale decir, aquella que declara la inconstitucionalidad de una norma legal, pero no la expulsa del ordenamiento jurídico, sino que llama a la colaboración del legislador para que este apruebe la ley reparadora) vulnera o no la cosa juzgada constitucional y, por ende, si de tal cosa juzgada es posible extraer también una obligación jurídica positiva para el legislador democrático.

En principio, y dado que la sentencia exhortativa vinculante encierra en sí misma un pronunciamiento estimatorio (si bien con efecto diferido), la primera obligación del legislador derivada de la cosa juzgada material de dicha declaración será una de signo negativo; es decir, no debe aprobar una norma idéntica a la ya declarada inconstitucional. Esta obligación, en principio, vale lo mismo cuando se legisla con el propósito de dar cumplimiento a la sentencia exhortativa y cuando se legisla en un momento distinto, ya sin dicho propósito específico.

Pero, además de ello, de lo que no puede haber duda es de que el emplazamiento al legislador, efectuado en una sentencia exhortativa, resulta jurídicamente vinculante. Esto se pone de manifiesto «si se acude al propio fundamento constitucional del modelo bilateral de reparación» de la inconstitucionalidad (González Beilfuss, 2000, p. 298), que presupone la colaboración del legislador para dar cumplimiento a la sentencia del TC.

Sin embargo, difícilmente se podría afirmar que la obligación del legislador de actuar en consecuencia con una sentencia exhortativa vinculante se derive de la cosa juzgada material de la misma. De hecho, esta solo podría vulnerarse por acción (vale decir, a través de la aprobación de una norma igual o similar a la que se declaró inconstitucional) y nunca por omisión, que es precisamente de lo que se trata en el caso de la rebeldía legislativa por omisión. Por esta misma razón, tampoco sería válido afirmar que la inercia del legislador frente a una sentencia exhortativa suponga una trasgresión de su efecto depurador; efecto que, por lo demás, cobra toda su plenitud precisamente a raíz de la no aprobación de la ley reparadora.

En realidad, lo que se puede afirmar de modo genérico es que la inacción del legislador frente a una sentencia exhortativa vinculante califica como una vulneración del principio de cooperación y lealtad constitucionales, que es un principio que se puede derivar de la Constitución, principalmente de sus artículos 51 (que reconoce el principio de supremacía normativa de la Constitución), 201 (que define al TC como su órgano de control) y 102 (según el cual una de las funciones del Congreso de la República es velar por el respeto de la Constitución y de las leyes). Con arreglo a dicha máxima, se entiende que, si el modelo de reparación bilateral de la inconstitucionalidad busca ser respetuoso de la libre configuración normativa del legislador democrático, lo mínimo que se le puede exigir a este último es prestar su colaboración diligente en el desempeño de su papel en dicho modelo, es decir, en la aprobación de la norma reparadora reclamada por la sentencia constitucional.

Esto sucede porque, a través de una sentencia exhortativa vinculante, el TC expresa la inconstitucionalidad no solo de la norma en cuestión (cuya expulsión del ordenamiento aplaza para posibilitar la actuación legislativa), sino también de la situación resultante a la cual se llegaría de apreciarse la inercia del legislador (o sea, de la situación de mayor inconstitucionalidad que ello acarrearía y que es lo que, precisamente, se busca evitar con la *vacatio sententiae*). La impe-

riosa necesidad de no llegar a dicha situación de vacío normativo incluso más inconstitucional, así valorada implícitamente en la sentencia (de otra forma, no se aplazaría su efecto depurador), es lo que justifica la obligación de legislar y su consecuente exigibilidad jurídica.

Ahora bien, en línea de principio, esta mayor inconstitucionalidad resultante de la desidia legislativa a una sentencia exhortativa vinculante habrá que presumirla en todas las sentencias de este tipo, ya que, en todas ellas, la actuación del legislador aparece como el único remedio posible para reparar la inconstitucionalidad detectada, mas no sancionada. Es así como, de toda sentencia exhortativa vinculante, se derivan siempre dos obligaciones específicas para el legislador democrático, adicionales a la que, como vimos, se desprende de la cosa juzgada material: por un lado, el deber de aprobar la ley reparadora dentro del plazo fijado en la sentencia constitucional y, por el otro, el deber de hacerlo siguiendo las directrices eventualmente establecidas por el TC en su sentencia.

Como señalan autores, esta obligación positiva del legislador respecto de la cosa juzgada constitucional se hace más evidente cuando de lo que se trata es de la anulación (bien que diferida) de las denominadas leyes constitucionalmente obligatorias, es decir, aquellas que, de acuerdo con una primera aproximación, «se presentan como instrumentos necesarios para dar cumplimiento inmediato a los fines y valores (u otras instituciones) constitucionales» (Ruggeri, 1988, p. 77). Este es el caso de las leyes que crean o regulan el estatuto de los órganos constitucionales o aquellas que afectan la materia organizativa del aparato estatal y que, no obstante, conservan su valor de ley. En ese contexto, Ruggeri (1988) afirma que el incumplimiento de la obligación de seguimiento (*seguito*) de la sentencia constitucional «no equivale a una mera desaplicación de una [...] norma constitucional, sino la violación de un principio fundamental inmanente al sistema, que llama a los órganos constitucionales a cooperar, cada uno dentro del ámbito de su propia competencia [...] a fin de asegurar el mantenimiento y el correcto funcionamiento del sistema mismo» (p. 86)⁵.

2.2.3. La perspectiva de la teoría general del derecho.

Como hemos afirmado, si la cosa juzgada material recae siempre sobre la norma concreta de la sentencia y, más específicamente, sobre la motivación que sostiene la declaración de inconstitucionalidad, entonces, en la medida que la ley reiterativa supone siempre una disposición formalmente nueva y distinta de la anulada, la solución a esta nueva afectación del orden constitucional no debe buscarse en el efecto depurador de la sentencia de inconstitucionalidad, que se agota con la expulsión de la concreta norma inconstitucional (de lo contrario, se requerirían tantos fallos y procesos de inconstitucionalidad como leyes reiterativas se aprobaran para restablecer el orden constitucional), sino en la cosa juzgada material de la sentencia, de cuyo análisis es posible concluir que la ley reiterativa, no obstante ser una nueva disposición, al denotar en realidad la misma norma anteriormente declarada inconstitucional, puede y debe ser enervada en vía de ejecución de la anterior sentencia de inconstitucionalidad (precisamente, en garantía de la cosa juzgada material que esta reviste).

De todo ello, surgen varias preguntas para cuya aproximación es menester salir del campo estrictamente procesal de la cosa juzgada e ingresar al ámbito propio de la teoría ge-

5 Asimismo, agrega Ruggeri (1988), la obligatoriedad en la actividad legislativa consecencial (*consequenziali*), en tal circunstancia, «responde a la misma *ratio* que prohíbe al legislador no predisponer nada *ab initio* o remover sin recambio la fuente en cuestión» (p. 86).

neral del derecho. Es decir, ¿qué tipo de fuerza despliega la norma concreta de una sentencia de inconstitucionalidad frente a la ley reiterativa?, ¿es suficiente como para afirmar que impide el ingreso de la ley reiterativa al ordenamiento jurídico? Finalmente, ¿resulta válido argumentar que la ley reiterativa no es anulable, sino nula?

Un capacitado sector de la doctrina opina que algunas leyes pueden calificar como inexistentes en ciertos casos tasados y excepcionales ante la «necesidad de reaccionar rápida, eficaz y vigorosamente contra los elementos extraños al ordenamiento» (Gascón Abellán, 1997, p. 149). Así, por ejemplo, autores como Gascón Abellán (1997) argumentan que «si 'la apariencia de validez' es una buena razón para separarse del régimen de eficacia (retroactiva) establecido en un sistema, la 'falta absoluta de apariencia de validez' podría ser también un buen argumento para impulsar una nueva figura: 'la inexistencia'» (p. 138).

En esa sentido, ha sido Riccardo Guastini (2000) quien, en relación con los supuestos de invalidez de las normas jurídicas y partiendo de la premisa de que el derecho moderno regula su propia creación y modificación, ha tomado como base de dicha regulación a las llamadas normas sobre la producción jurídica, que define como aquellas que señalan el órgano competente para crear la norma, el procedimiento para ejercer dicha competencia y, eventualmente, las normas que predeterminan el contenido de las normas futuras (p. 319). Señala que, para que una norma sea existente, basta que sea creada por la autoridad competente *prima facie*; por el contrario, será solo inexistente cuando sea creada en violación de todas sus normas sobre la producción jurídica; y será simplemente inválida si la norma en cuestión está afecta por uno o más vicios. En esa línea, el citado autor concluye que aquella pretendida ley que se encuentre viciada de incompetencia formal no será solo inválida, sino, además, inexistente en la medida que las normas de competencia expresan siempre una definición (Guastini, 2000, pp. 331 - 332). En otras palabras, una norma no alcanzará el estatus propio de una ley si viola una norma de competencia, pues precisamente el respeto de esta última es parte de la definición de ley.

Se considera, de este modo, que nada impediría afirmar que la ley reiterativa califica como una norma inexistente y, por tanto, nula en mérito a su inconstitucionalidad formal, al desconocer una norma sobre la producción jurídica.

En efecto, si la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad recae no sobre la disposición, sino sobre la norma, entonces, la ley reiterativa, si bien formalmente es una nueva disposición (una nueva fuente), denota, en sentido estricto, la misma norma que en su momento fue declarada como inconstitucional. En tal sentido, la ley reiterativa (en estricto, la norma que resulta idéntica a la declarada inconstitucional) es rechazada por la fuerza pasiva de la norma concreta que subyace a la sentencia de inconstitucionalidad.

Pero, además, en la medida que la sentencia de inconstitucionalidad (esto es, la norma concreta que de ella se deriva) constituye una auténtica fuente de derecho, que no solo innova el ordenamiento jurídico en forma negativa (expulsando la norma inválida) y positiva (ofreciendo una norma concreta que vincula *erga omnes*), sino que supone una definición de cualquier ley posterior que, sobre la misma materia, expida el legislador; cabe, razonablemente, concluir que dicha norma concreta constituye una auténtica norma sobre la producción jurídica, en los términos que plantea Guastini (2000).

De esta forma, cuando el TC declara la invalidez de una ley, si bien no define directamente cuál debiera ser el contenido de una ley arreglada a la Constitución (pues su labor se constriñe a declarar la invalidez de la disposición cuestionada), sin embargo, a causa de la cosa juzgada material de la sentencia, impone que el contenido futuro de la ley no puede ser igual

al ya declarado inconstitucional. Y en esa medida, si bien no realiza una definición positiva de la futura ley, sí realiza una definición negativa (es decir, sobre aquello que no debe contener)⁶.

En definitiva, por esta razón de orden teórico, la norma concreta de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el TC forma parte de la definición de la nueva ley. De este modo, si esta última no la respeta (lo que equivale a la emisión de una ley reiterativa), entonces no podrá ser llamada ley. Dicho en otras palabras, será una ley inexistente o nula. Ciertamente, esta conclusión tiene una importante consecuencia práctica, ya que la consideración de la ley reiterativa como una ley inexistente puede llevarnos directamente a plantear que su declaración de inconstitucionalidad debería tener efecto retroactivo al sancionarse su nulidad. Esto quiere decir que los actos realizados en aplicación de la ley reiterativa no estarían cubiertos por el principio de seguridad jurídica o de presunción de constitucionalidad, lo que resulta coherente con la finalidad de la reacción rápida y eficaz, que justifica, como hemos visto, la figura de las leyes inexistentes.

3. Rebeldía legislativa e interpretación evolutiva

Se ha afirmado que el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo el TC en el proceso de inconstitucionalidad presupone, necesariamente, la interpretación de dos textos: la Constitución y la ley impugnada. El objetivo es determinar si las normas que se desprenden de esta última compatibilizan o colisionan con las normas que se derivan de la primera. Asimismo, se ha demostrado que, por razones de tipo conceptual y normativo, la interpretación constitucional del TC está llamada a prevalecer sobre la efectuada por el legislador democrático. A partir de esto, se concluye que el fenómeno de la rebeldía legislativa, según la definición planteada, contradice esa supremacía interpretativa que la Constitución otorga al TC.

Sin embargo, al afirmar todo ello, hemos dejado de lado intencionadamente un aspecto de la interpretación constitucional llevada a cabo por ambos agentes que, como ahora veremos, presenta importantes consecuencias en la tarea de verificar la configuración de una situación de rebeldía legislativa: la especificidad de la interpretación constitucional y su reflejo en el ámbito de la cosa juzgada constitucional. Este asunto se desarrollará en esta parte final del trabajo.

3.1. La interpretación de la Constitución y el problema de su especificidad.

Existe un consenso en la doctrina en afirmar que, debido a la peculiar naturaleza de su contenido (es decir, a su especificidad)⁷, las normas constitucionales requieren criterios especiales de interpretación, distintos de los métodos tradicionales u ordinarios, cuya aplicabilidad no se niega, pero que se revelan como insuficientes⁸.

6 Por eso, lleva razón Jiménez Campo (1997) cuando afirma, respecto de la fuerza de ley de la sentencia de inconstitucionalidad, que «[e]l pronunciamiento de inconstitucionalidad ostenta así 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 quizá 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» (p. 29).

7 Las peculiaridades de la interpretación constitucional, a decir de Guastini (2000), provienen de tres factores ínsitos a su naturaleza: los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas de interpretación constitucional (pp. 77 - 78).

8 Esta peculiaridad de la Constitución, en relación con su interpretación, se resume, a su vez, en tres grandes rasgos: (i) su carácter abierto, es decir, la ambigüedad de su formulación, que expresa la falta de acuerdo y necesaria postergación de la decisión; (ii) su politicidad, ya que se conecta con diversos sujetos, grupos y órganos del Estado presentes tanto en la elaboración de la Constitución como en el desarrollo e interpretación de la misma; y (iii)

Así, pues, en el ámbito de la interpretación jurídica de la Constitución, si bien los agentes pueden utilizar los típicos criterios gramatical, sistemático, histórico y teleológico, al lado de ellos y cuando la especificidad de la norma constitucional así lo requiera, el intérprete tiene a su disposición las técnicas interpretativas propias y adecuadas a dicha especificidad en materia constitucional (que es, por tanto, una especificidad relativa y no absoluta). Entre ellas, hay que ubicar, naturalmente, a los conocidos principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de interpretación conforme a la Constitución, de fuerza normativa de la Constitución y de corrección funcional (Hesse, 2012, pp. 67 - 70).

Pero, además de todo ello, es igualmente cierto que la interpretación jurídica de la Constitución se guía siempre de una cierta doctrina o ideología que dirige la actividad de los intérpretes constitucionales. De esta manera, se puede considerar, según Guastini (2007), la oposición entre una ideología estática y otra dinámica; la adopción de una doctrina universalista frente a otra particularista; y, finalmente, la asunción de una actitud de *judicial restraint* y otra —opuesta— de *judicial activism* en los intérpretes constitucionales (p. 59).

3.2. Interpretación estática vs. interpretación dinámica de la Constitución.

Se dice que la Constitución demanda una interpretación evolutiva por parte del agente, en el sentido de la «atribución al texto constitucional de un significado diverso del histórico (diverso del significado que tenía en el momento de su creación), y también un significado siempre mutable, para adaptar así el contenido normativo a las cambiantes exigencias políticas o sociales» (Guastini, 2000, p. 86). El fundamento de este criterio hermenéutico se basa en la especial pretensión de permanencia y estabilidad que exhibe la Constitución como norma fundamental y suprema de un sistema político y social, permanencia que «no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase teniendo en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse» (Díaz Revorio, 2009, p. 13).

La denominada interpretación evolutiva, sin embargo, no es una técnica interpretativa específica —propiamente dicha— para atribuir significados a la Constitución, sino que consiste, más bien, en «utilizar una técnica interpretativa cualquiera con la finalidad de adaptar el texto —sobre todo si se trata de un texto 'viejo'— a las nuevas circunstancias» (Guastini, 2007, p. 61). Esto confirma, por lo demás, su carácter de ideología o doctrina —ya explicada— sobre la interpretación constitucional.

La adopción de un criterio evolutivo por parte del intérprete exhibe una gran utilidad e importantes ventajas para entender el significado de la Constitución, que se explican a raíz de la naturaleza y contenido normativo propios del texto constitucional visto desde una perspectiva axiológica. Sin embargo, algunos autores ven en este criterio como una grave amenaza a la propia naturaleza jurídica de la Constitución como norma imperativa. Sostienen que la interpretación evolutiva conlleva a un gran problema, pues las constituciones son reformables y, precisamente, «la reforma constitucional sirve para adaptar el texto normativo a las cambiantes circunstancias», cuya realización es «competencia exclusiva de ciertos órganos que operan de acuerdo con ciertos procedimientos»; en este contexto, se sostiene, la interpretación evolutiva «constituye una violación a la propia Constitución (a aquellas de sus normas que regulan la reforma constitucional)» (Guastini, 2000, p. 87).

su carácter axiológico o valorativo, al contener un buen número de valores y principios generales tales como la libertad, la igualdad, la justicia, la dignidad, etc. (Díaz Revorio, 2009, pp. 7 - 8).

Así, pues, la pregunta que debemos plantearnos en torno a la denominada interpretación evolutiva de la Constitución es doble: en primer lugar, ¿cuál es el fundamento de esta postura interpretativa?; en segundo lugar, ¿hasta dónde puede llegar el intérprete en su función actualizadora de la Constitución, a través de una interpretación evolutiva que no implique la sustitución de un texto constitucional por otro distinto?

3.2.1. Rigidez constitucional y apertura interpretativa.

Con respecto a su fundamento, es preciso empezar señalando que una de las características más resaltantes de una Constitución (no necesariamente en todos los sistemas jurídicos) es aquella que se refiere a su rigidez, esto es, la previsión de un procedimiento más complejo que el legislativo para efectuar la modificación de su texto⁹. A través de esta característica, se busca que la norma, al ser de carácter supremo dentro del ordenamiento jurídico, goce de estabilidad en el tiempo y, por ende, brinde esa misma cualidad al resto de normas jurídicas infraconstitucionales.

Sin embargo, se entiende también que esta característica puede llegar, a la larga, a generar una serie de dificultades, ya que, al convertir a la modificación de la Constitución en algo sumamente complejo y prácticamente inaccesible, terminará siempre por originar un divorcio entre el texto constitucional y la realidad. Por ello, se dice que, en toda Constitución, existe una suerte de tensión entre rigidez y apertura, como elementos cuya convivencia armónica resulta indispensable para que el texto constitucional logre eficazmente su cometido de normación de la vida social.

Como respuesta a este planteamiento, sin embargo, se aduce que la solución radica en la formulación abierta e imprecisa de las normas constitucionales, características que permiten la necesaria adaptación de la Constitución a la realidad sobre la cual actúa. En definitiva, es el ordenamiento el que confía esta operación al intérprete constitucional. La Constitución abierta, así comprendida, «permite (en términos regulativos) desarrollos constitucionales muy diferentes entre sí, que son la plasmación de opciones políticas e ideológicas muy diversas, sin que sea necesario para ello proceder a la modificación o reforma de la Constitución» (Aguiló Reglá, 2003, p. 304). A raíz de la apertura regulativa de sus normas, las Constituciones exhiben, además de su rigidez, una suerte de resistencia constitucional, que se entiende como la «adaptabilidad a la dinámica política [...], su capacidad para ser interpretada de forma flexible y, hasta cierto punto, cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados, pero no definidos» (Tomás y Valiente, 1994, p. 639). Para todo ello, no es necesario acudir a la reforma constitucional.

3.2.2. Mutación constitucional.

Por otro lado, preguntarse por los límites que toda interpretación evolutiva debe respetar equivale a interrogarse por los límites propios de la mutación constitucional. Así, por ejemplo, Konrad Hesse (2012) sostiene que tal modificación del contenido debe ser comprendida «como cambio 'en el interior' de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución» (p. 110). Desde esa perspectiva —y

⁹ En palabras de James Bryce (1988), son constituciones rígidas (y no flexibles) aquellas en que «las leyes principales y fundamentales denominadas Constitución, poseen una jerarquía superior a las leyes ordinarias y no son modificables por la autoridad legislativa ordinaria» (p. 13).

sobre la base de Müller—, propone que la estructura de las normas constitucionales exhibe dos partes bien diferenciadas: el ámbito normativo (entendido como la realidad constitucional o circunstancias de la vida social) y el programa normativo (el concreto mandato de la norma constitucional)¹⁰. En este contexto, según el autor, la mutación constitucional resultará lícita mientras no transgreda el programa normativo de la norma, que es materia de interpretación mutativa. Así, pues, colige, «[l]a problemática de la revisión constitucional comienza allí donde terminan las posibilidades de la mutación constitucional» (Hesse, 2012, p. 50).

3.2. Interpretación dinámica de la Constitución y cosa juzgada constitucional: los límites temporales de la cosa juzgada constitucional como de excepción a la rebeldía legislativa.

Situados en este contexto, es evidente que la particular ideología que reclama al intérprete constitucional una especial predisposición a ver en la Constitución no un texto anclado en el pasado, sino un texto vivo y actual, íntimamente conectado con la realidad social, ha de repercutir de algún modo en la comprensión que hemos expuesto en este trabajo sobre control de constitucionalidad de la ley en general y del llevado a cabo por el TC en particular.

En efecto, si, como hemos afirmado, el control de constitucionalidad de la ley presupone necesariamente la interpretación de la norma parámetro (la Constitución) y del objeto de impugnación (la ley cuestionada), a fin de determinar la compatibilidad de esta última en relación con la primera, no se podrá soslayar que, por su propia naturaleza, dicha interpretación de la Constitución puede sufrir cambios a lo largo del tiempo, fruto de la interpretación evolutiva a la que está necesariamente sujeta. Este hecho repercutiría, de alguna forma, en la cosa juzgada material de la sentencia de inconstitucionalidad.

3.3.1. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad.

El efecto de cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, reconocido en el artículo 104, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (2004), se encuentra sujeto a una serie de límites objetivos, según la propia definición brindada por el TC peruano, toda vez que el eventual juicio de constitucionalidad efectuado sobre una ley, cuya constitucionalidad ha sido confirmada previamente en una sentencia desestimatoria, debe tener en cuenta, necesariamente, cuatro circunstancias: (a) si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta; (b) si la norma constitucional, parámetro de juicio, ha variado en su sentido; si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; y, finalmente, (d) si la conclusión a la que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 9).

Es decir, por vía de esta limitación objetiva de la cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria, el TC admite que la norma parámetro puede cambiar en su sentido, como consecuencia de «una evolución de la jurisprudencia o una interpretación mutativa y dinámica de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional»; del mismo modo, puede variar el

10 En palabras del autor; las circunstancias de la realidad social «integran el 'ámbito normativo', el cual, a partir del conjunto de los datos del mundo social afectados por un precepto, y a través del mandato contenido sobre todo en el texto de la norma, el 'programa normativo' es elevado a parte integrante del contenido normativo» (Hesse, 2012, p. 54).

sentido de la disposición impugnada «como consecuencia de su aplicación por sus operadores y por los propios órganos jurisdiccionales» (Tribunal Constitucional, 2005, fundamento 9).

Un conocido ejemplo que puede ilustrar este punto, extraído de la experiencia comparada, se refiere al tema de segregación racial en Estados Unidos. En efecto, mientras en *Plessy vs. Ferguson* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1896), el Tribunal Supremo de ese país consideró que la cláusula de igual protección prevista en la Enmienda XIV de la Constitución era perfectamente compatible con la doctrina «separados pero iguales», consagrada en una ley del Estado de Louisiana, que establecía vagones específicos para negros. Mucho tiempo después, en *Brown vs. Board of Education of Topeka* (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1954), el mismo Tribunal dictaminó que dicha doctrina, aplicada en el ámbito de las escuelas públicas, se encontraba prohibida por la referida enmienda constitucional, pues generaba un sentimiento de inferioridad en las minorías sobre su lugar en la sociedad, y los privaba de la igualdad de oportunidades en materia educativa.

Con ello, se hace patente que la interpretación evolutiva de la Constitución puede tener por efecto la reversión del estatus constitucional de una ley (así declarada en una sentencia desestimatoria), fenómeno que bien puede explicarse a través del concepto de la inconstitucionalidad sobrevenida de la ley. Su definición atiende a dos factores clave: «La aparición en cierto momento de una nueva circunstancia que vuelve inconstitucional la ley, y el entendimiento de esta como una 'norma en el tiempo', sujeta a cambios sustanciales en su régimen constitucional» (Martín de la Vega, 2003, p. 357). Dicha nueva circunstancia, a su vez, podría ser una mutación que afecta a la norma impugnada, a la norma parámetro o al sistema legislativo en su conjunto (Martín de la Vega, 2003, p. 358).

No cualquier cambio en las circunstancias determinantes, sin embargo, debería poder desencadenar la atenuación de la cosa juzgada material de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad. No solo porque hablar de límites temporales como una categoría abierta podría resultar contraproducente a la razón de ser de la cosa juzgada (que no es otra que brindar certeza y predictibilidad sobre la interpretación de la Constitución), sino también por las evidentes consecuencias que una relativización podría suponer en las relaciones entre el TC y los demás poderes del Estado. Por ello, es muy importante que, una vez admitido que la interpretación evolutiva de la norma constitucional puede generar un impacto sobre la cosa juzgada material de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad a nivel de sus límites temporales, se delimiten seguidamente los cauces procesales que resultan necesarios para que tal incidencia se desarrolle de modo institucional.

En el caso de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, podemos señalar que las vías procedimentales para realizar el denominado principio de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales¹¹ sí existen. En efecto, la formulación, acogimiento y decisión sobre una fórmula interpretativa evolutiva de la norma constitucional parámetro, utilizada en una sentencia desestimatoria, resulta posible, debido a que la disposición legislativa en cuestión sigue vigente (precisamente, porque la sentencia fue desestimatoria). Justamente, es alrededor de dicho precepto que puede producirse o reanudarse esta suerte de conversación entre el TC y los demás poderes del Estado.

11 Esta noción pertenece a Jiménez Campo (1995), para quien tal principio se encuentra implícito en las disposiciones de la Constitución española, que ordenan la renovación periódica de la composición personal del Tribunal Constitucional y en la previsión de la publicación de los votos particulares a sus resoluciones (artículos 159, inciso 3, y 164, inciso 1, de la Constitución española) (pp. 82 - 83).

3.3.2. Interpretación mutativa de la Constitución y sentencia estimatoria de inconstitucionalidad.

En cambio, cuando lo que se trata de revertir es la interpretación constitucional afirmada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, ese factor de conversación no existe. En efecto, la ley que se declaró inconstitucional, y cuyo contenido normativo podría haber devenido constitucional con el paso del tiempo, no existe más, pues el dispositivo legal fue expulsado del ordenamiento jurídico.

Situados en ese contexto, la pregunta que surge inmediatamente es si la única vía para alegar una interpretación constitucional alterna a la utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que esta sea acogida por el TC y que, finalmente, sea la base para una nueva decisión (estimatoria o desestimatoria), es la vía de la aprobación de una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional. Y, en efecto, como se verá a continuación, esto es necesariamente así.

Una interpretación constitucional mutativa sobre la norma constitucional parámetro, utilizada en una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, podría arrojar como resultado un fallo distinto sobre una ley idéntica a la declarada inconstitucional, reintroducida en el ordenamiento jurídico. De forma simétrica a lo antes expresado en relación con la sentencia desestimatoria, sería válido concluir que una interpretación evolutiva sobre la Constitución puede tener como efecto la reversión de un anterior criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad del contenido normativo de una ley, posteriormente reintroducido por el legislador. De ser este el caso, dicha situación se explicaría como una suerte de constitucionalidad sobrevenida del contenido normativo de la nueva ley.

Sin embargo, lo cierto es que, luego de ser publicada una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, el TC, los sujetos legitimados para interponer una nueva demanda de inconstitucionalidad, los jueces y los tribunales del Poder Judicial se encuentran fácticamente imposibilitados para formular una interpretación alterna respecto de la utilizada en aquella sentencia estimatoria. La razón es que esta lectura no tendría un vehículo o soporte legal para ser formulada: el dispositivo legal en cuestión fue expulsado del ordenamiento jurídico, en virtud de la sentencia del TC, lo que impide cualquier tipo de diálogo entre dichos actores.

Es por ello que, en realidad, la única forma imaginable mediante la cual dicha interpretación mutativa podría tener lugar sería a través de la aprobación, por parte del legislador, de una ley de contenido normativo idéntico al declarado inconstitucional. En ese sentido, el legislador considera, ahora, sobre la base de dicha interpretación alterna, que el contenido se ajusta a la Constitución y exige que así sea reconocido por el TC.

Un ejemplo que puede ayudar a entender esta hipótesis es el caso del derecho al aborto en Alemania. La primera sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la materia, dictada el 25 de febrero de 1975 (BverfGE 39, 1), declaró la inconstitucionalidad del artículo 218 del Código Penal (tras su modificación por la Quinta Ley de Reforma del Derecho Penal, del 18 de junio de 1974), por incompatibilidad con el artículo 2, párrafo 2, inciso 1, en relación con el artículo 1 párrafo 1 de la Ley Fundamental (derecho a la vida, en conexión con la dignidad humana). Para este fallo, se consideró que dicha regulación excluía la punibilidad del aborto sin imponer restricción alguna durante las primeras doce semanas de embarazo. Sin embargo, en respuesta a esta sentencia, el legislador aprobó una nueva normativa (primero, la Decimoquinta Ley de Modificación del Derecho Penal, del 18 de mayo de 1976; luego, la Ley de Apoyo a la Maternidad y a las Familias, de 27 de julio de 1992), que creó un derecho de

asesoramiento a favor de la mujer embarazada, regulación sobre la cual el Gobierno bávaro interpuso un recurso de inconstitucionalidad. Así, en su segunda sentencia sobre el mismo tema (BverfGE 88, 203, del 28 de mayo de 1993), el Tribunal realizó un test de ponderación no efectuado en la primera oportunidad. Si bien declaró que las leyes cuestionadas eran parcialmente incompatibles con el derecho a la vida y la dignidad humana, reconoció que «[s]olo puede venir en consideración una causa justa de justificación del aborto cuando se da una situación de necesidad típica circunscrita con más exactitud [...] de tal gravedad [...] que no puede exigirse a la mujer embarazada que continúe el embarazo». Se estableció, por ello, una serie de medidas temporales en su sentencia, con el objeto de hacer frente a la inconstitucionalidad declarada en el fallo hasta que el legislador emitiera la normativa reparadora.

En definitiva, si existe un agente capaz de formular una interpretación evolutiva de la Constitución y, de este modo, intentar revertir el criterio jurisprudencial sobre la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal, ese no puede ser otro que el propio legislador democrático. Asimismo, solo será posible comprobar que el contenido normativo en cuestión ha devenido en constitucional si el legislador decide reproducirlo y reintroducirlo en el ordenamiento jurídico¹².

Entonces, solo mediante la reiteración legislativa del contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional el diálogo quedaría restablecido, pues, a través del cuestionamiento del nuevo precepto legal, la interpretación evolutiva en la que este se fundamenta llegaría a conocimiento del TC (ya sea a través de la activación de un nuevo proceso de inconstitucionalidad contra la nueva ley o a través de su cuestionamiento mediante un amparo contra dicha norma o contra la resolución judicial que aplicara el control difuso). Sin embargo, en cualquier caso, solo el TC tomará la decisión de acoger la tesis interpretativa planteada y decidir; basada de ella, la inconstitucionalidad del nuevo precepto legal (vale decir, llegar al mismo resultado que la anterior sentencia estimatoria) o, en cambio, declarar, esta vez, su arreglo a la Constitución.

3.4. El diálogo legislativo: la ley reiterativa como un modo de colaboración entre el Congreso de la República y el TC.

En definitiva, tanto la noción sustantiva sobre la interpretación evolutiva de la Constitución, así como el concepto procesal afín sobre los límites temporales de la cosa juzgada material de las sentencias de inconstitucionalidad, permiten inferir que la reproducción legislativa de un contenido normativo anteriormente declarado inconstitucional puede calificar, en determinados casos, ya no como un caso de rebeldía del legislador, sino más bien como uno de diálogo legislativo. Esto amerita, como es evidente, cierta matización de lo afirmado hasta el momento en este trabajo.

En efecto, si bien se ha afirmado que la aprobación de una ley de contenido idéntico a uno declarado inconstitucional resulta inadmisibles —pues supone una afectación manifiesta de la supremacía interpretativa que ostenta el TC y de la cosa juzgada *material* que revisten sus sentencias de inconstitucionalidad—, consideramos que tal afirmación debe ahora ser com-

12 Desde esta perspectiva, se afirma que la reiteración de enunciados legales anteriormente declarados inconstitucionales «es el procedimiento que mejor garantiza esta adaptación [de la Constitución a la realidad social] y que evita que la adecuación se realice por medio de instrumentos jurídicos o vías de hecho mucho menos seguras y razonables desde la perspectiva jurídica» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 21). En esa tarea, «el legislador se encuentra en una posición mejor que el Tribunal para valorar de forma global los cambios sociales y la influencia que puedan tener en el significado de la Constitución» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 21).

plementada con un supuesto excepcional que hace parte de los límites temporales de dicha cosa juzgada material. Este supuesto ocurre cuando la reproducción legislativa obedece a la adopción, por parte del legislador, de una interpretación evolutiva, efectuada sobre la norma constitucional parámetro, que fue utilizada en la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad¹³.

De este modo, así como la reforma constitucional de la norma parámetro de una sentencia de inconstitucionalidad podría atenuar la cosa juzgada material derivada de esta, debido a sus límites temporales, también debe admitirse que dicho cambio proviene de la formulación de una interpretación evolutiva de dicha norma constitucional efectuada por el legislador, sin que esta se vea alterada en su texto.

Es por ello que, para no pocos autores, el asunto de la reproducción de una ley declarada inconstitucional no admite respuestas dogmáticas. Casal Hernández (2004), por ejemplo, opina que, si bien tal actitud ha de considerarse en principio ilícita «por añadir al vicio de inconstitucionalidad antes advertido el desacato a un pronunciamiento del órgano supremo de la justicia constitucional» (p. 309), no menos cierto es que una reproducción tal será admisible «cuando ha ocurrido un cambio en las circunstancias imperantes, en el contexto normativo, o en las concepciones jurídicas predominantes» (p. 309). Mientras tanto, «[t]ampoco cabe descartar una rectificación de la jurisprudencia previamente establecida ligada a una alteración en la composición del tribunal competente» (p. 309), aunque, si bien el legislador puede provocar la revisión del criterio jurisprudencial asumido, solo el TC tiene la última palabra.

En ese sentido, Ahumada Ruiz (2012) reconoce que no es posible responder en abstracto a la cuestión de si es aceptable o no la repetición deliberada de una norma declarada inconstitucional, pues «el contexto en que la 'repetición' se produzca es determinante para juzgar su grado de legitimidad» (pp. 56 - 57). Así, por ejemplo, «la repetición de la norma declarada inconstitucional en los mismos términos (aunque no sea con efecto retroactivo) como inmediata reacción a la sentencia constitucional, debería considerarse como una manifestación abierta de desacato a la decisión del Tribunal y desafío a su autoridad, por tanto, un caso de crisis institucional» (Ahumada, 2012, pp. 56 - 57). Por el contrario, «en la medida en que el legislador apele al cambio de circunstancias o a la obligación de atender a nuevas necesidades para justificar la 'reintroducción' de la misma norma en el ordenamiento [...] no parece que pueda mantenerse la prohibición de repetición [...]» (Ahumada, 2012, pp. 56 - 57).

En líneas generales, se considera que las circunstancias determinantes que el legislador podría invocar a su favor para repetir una ley anteriormente declarada inconstitucional se reducen a aquellas que podrían representar una interpretación evolutiva de la Constitución, es decir, la necesidad de adaptar el texto constitucional a los cambios sociales o jurídicos propios del momento en el que se expide la nueva ley. De este modo, pesaría sobre el legislador una suerte de motivación reforzada de la ley reintroducida, en cualquier caso, ubicable en su exposición de motivos, en la que «el legislador debe identificar los datos que muestran la concurrencia de

13 Con ello, por lo demás, se demostraría que «la supremacía interpretativa del Tribunal [...] no es un valor absoluto e ilimitado que no se pueda y sea necesario cohonestar con otros valores también relevantes, como el de coadyuvar a una adecuada adaptación de la Constitución, del ordenamiento e incluso de la doctrina constitucional a los cambios de la realidad social o jurídica» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22). No obstante, se precisa también que, a través del cuestionamiento abstracto de la nueva ley, «el Tribunal Constitucional puede reivindicar con éxito la supremacía derivada de su calidad de órgano especializado en la tarea de llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22). Esto es así porque el TC «no está de ningún modo vinculado por la interpretación y concreción constitucional realizada por el legislador» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 22).

alguna de las referidas circunstancias y debe aportar los argumentos que avalen jurídicamente» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 33) su posición.

Ahora bien, siendo la interpretación mutativa de la Constitución una causal de algún modo genérica para autorizar la aprobación de una ley reiterativa, es conveniente que ella se concrete en causales más específicas, que permitan al legislador expresar un razonamiento justificativo suficiente para aprobar la nueva ley, así como facultar al TC para emitir una valoración adecuada sobre la constitucionalidad de aquella.

De una primera aproximación, se considera que, para lograr este fin, el legislador democrático podría aludir a cualquiera de las siguientes circunstancias, de forma individual o concurrente:

(a) Un cambio en el ámbito normativo (la realidad constitucional) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria, que puede afectar a cualquiera de sus dos elementos: el componente fáctico o el componente ideológico (López Cadena, 2007, p.187).

- Cambio en el componente fáctico. Es decir, la apreciación de una cierta evolución o modificación de las circunstancias históricas, sociales, políticas y/o económicas, que rigen al interior de una determinada comunidad política. Estas circunstancias son afectadas por la norma constitucional materia de interpretación.

Por ejemplo, este sería el caso (hipotético) de una ley electoral que hubiera sido declarada inconstitucional por no prever la cuota de género. Sin embargo, posteriormente, el legislador volvería a aprobar el mismo texto normativo aduciendo que, en los últimos años, el rol de la mujer en la sociedad ha llegado a ser el mismo que el del hombre (cambio en las circunstancias histórica, social y política de la mujer). Este hecho haría que sea innecesario insistir en una acción afirmativa sobre dicha materia.

- Cambio en el componente ideológico. Es decir, la constatación de un cambio en la cosmovisión que tiene la sociedad sobre aquellas circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas, cambio que puede darse incluso si tales circunstancias no han variado en su configuración fáctica¹⁴.

Este sería el caso, por ejemplo, del concepto de matrimonio como institución social, que el legislador podría entender como comprensivo no solo de la unión estable entre un hombre y una mujer (criterio que podría haber servido para declarar la inconstitucionalidad de una ley contraria a ese contenido), sino también de la unión entre personas del mismo sexo (cambio en la cosmovisión sobre las circunstancias históricas y sociales de las parejas homosexuales), y, en base a ello, aprobara una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional.

(b) Un cambio en el programa normativo (lo jurídicamente positivado) de la norma constitucional utilizada como parámetro en la anterior sentencia estimatoria. Este programa puede ser jurídicamente ampliado o restringido a través de cualquiera de las siguientes fuentes:

14 Por ello, se hace bien en afirmar que lo verdaderamente determinante en el ámbito de la realidad constitucional, de cara a generar una mutación constitucional, es el elemento ideológico, pues «cuando este cambia puede producir cambios en los hechos prácticos, o cuando los hechos prácticos han cambiado éste los puede avalar» (López Cadena, 2007, p. 187).

- Cambio a nivel de tratados internacionales y su interpretación autorizada efectuada por los órganos competentes. Teniendo en cuenta que, en nuestro ordenamiento, los derechos y libertades consagrados en la Constitución se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos «y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú» (Congreso de la República, 1993, Cuarta Disposición Final y Transitoria), y de conformidad con «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte» (Tribunal Constitucional, 2004, artículo V del Título Preliminar), nada puede extrañar que un cambio en cualquiera de estos dos elementos traiga, como corolario, una modificación en el programa normativo de la norma constitucional, que sea utilizada por el TC en su sentencia estimatoria. Esto es lo que sucedería si, luego de emitida una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad del TC, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adoptara un estándar interpretativo distinto o superior al asumido por el TC en su sentencia, y tal estándar fuera adoptado por el legislador democrático. Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (Corte IDH, 2012) condenó al Estado costarricense por violación de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de considerar que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, que había declarado inconstitucional un decreto ejecutivo que autorizaba la práctica de la fertilización *in vitro* para parejas conyugales y regulaba su ejecución (Corte IDH, 2012, párrafo 73 - 75), «implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia». El caso concluyó en que la Sala Constitucional «partió de una protección absoluta del embrión» sin ponderar ni tomar en cuenta los otros derechos en conflicto (Corte IDH, 2012, párrafo 317)¹⁵. Por ello, se hace bien en afirmar que la proyección de la eficacia interpretativa de las sentencias de la Corte IDH obliga a todas las autoridades nacionales a aplicar no solo la norma convencional, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*), de modo que «si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte IDH para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de 'adecuación' prevista en el artículo 2° del Pacto de San José» (Ferrer Mac-Gregor, 2014, p. 1041).
- *Cambio a nivel de leyes aprobadas por el Congreso de la República*. No se alude a la emisión de una simple ley reiterativa, sino a la aprobación paulatina por el Congreso de una o más leyes que, al estar íntimamente relacionadas con la materia que fue objeto de inconstitucionalidad, manifiestan —vistas en conjunto— un cambio real en

15 Ciertamente, también se podría dar el otro caso: cuando el estándar interpretativo de la Corte supera una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad del TC. Por ejemplo, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte condenó al Estado uruguayo por violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978, artículos 8.1 y 25.1), luego de determinar que la Ley de Caducidad (de amnistía), que impedía la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos, «carece de efectos jurídicos [...] dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana» (Corte IDH, 2011, párrafo 232), a pesar de que dicha ley había sido confirmada en su constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (Corte IDH, 2011, párrafo 146) y había superado el referéndum celebrado en su contra en dicho país (Corte IDH, 2011, párrafo 147).

la comprensión del legislador democrático, sobre el fenómeno jurídico (el programa normativo) que fuera abordado por el TC en su sentencia.

- *Cambio a nivel de la interpretación efectuada por los jueces y tribunales del Poder Judicial.* En efecto, ya que es posible que la materia abordada por el TC en su sentencia estimatoria sea objeto de una interpretación dinámica por parte de los jueces y tribunales del Poder Judicial, en los casos concretos que están llamados a resolver, tales interpretaciones judiciales podrían ser invocadas por el legislador democrático como denotativas de un cambio real en el programa normativo relevante y, por tanto, como sustento para la aprobación válida de una ley reiterativa.
- *Cambio a nivel de la interpretación efectuada por el propio TC.* Debido a múltiples factores, que van desde el cambio en la composición del TC hasta la recepción en su seno de las interpretaciones alternas del Congreso o del Poder Judicial, el propio Tribunal puede convertirse en el principal agente de un giro en su jurisprudencia sobre la inconstitucionalidad de una norma, a través de la simple revocación de su anterior criterio o por medio de interpretaciones conexas a la materia que fue objeto de su anterior pronunciamiento.

Por último, se considera que, en el supuesto en que el TC se enfrentara al control de constitucionalidad de una ley reiterativa portadora de una interpretación constitucional mutativa (por ejemplo, a través de un proceso de amparo contra dicha ley o en la vía abstracta del proceso de inconstitucionalidad), el enjuiciamiento del Tribunal debe tomar en cuenta dos particularidades. Por un lado, en relación con la norma parámetro del nuevo juicio de constitucionalidad, el TC «debe utilizar la Constitución como canon prioritario de control, no su jurisprudencia previa o no solo esta, y debe realizar un nuevo enjuiciamiento congruente con las nuevas circunstancias y los nuevos argumentos» (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 32). De otro lado, el juicio de constitucionalidad debe tomar en cuenta, entre otros, ciertos factores especiales: (i) si la Constitución deja un amplio margen a la libre configuración legal en virtud de la apertura o ambigüedad de sus enunciados; (ii) si el TC, en la sentencia a la que no se ajusta el legislador, admitió de entrada la posibilidad de que existan varias interpretaciones constitucionalmente legítimas; (iii) la existencia de votos particulares en la sentencia; (iv) un cambio en la composición del TC o en la composición del legislador (Viver Pi-Sunyer, 2013, p. 38)

De este modo, si el TC se apropia de dicha interpretación mutativa ensayada por el legislador, podrá utilizarla como norma parámetro de su nuevo juicio y decidirá, basado en ella, que la ley reiterativa es inconstitucional (con lo que la expulsaría del ordenamiento jurídico) o, como en su caso, declarará su constitucionalidad. De este modo, motivará, en relación con su anterior sentencia, que la nueva decisión se fundamente en los límites temporales de la cosa juzgada material de la primera sentencia (aunque nada impide que se expida una sentencia interpretativa o atípica).

3. Conclusiones

- (a) La Constitución, al ser una norma jurídica, presupone necesariamente la noción correlativa de su control o garantía. La función del control constitucional exige, a su vez, la interpretación de la Constitución, labor que, al igual que la hermenéutica, es también creadora, ya que la interpretación resultante de dicho control adquiere rango constitucional, de modo que se integra en la propia norma fundamental.

Sin embargo, en la medida que los límites del control constitucional guardan directa relación con el concepto de democracia que se adopte, es muy importante tener en cuenta el debate que actualmente existe entre justicia constitucional y democracia. De la revisión de esta controversia, se concluye que, sin gozar de un valor epistémico *a priori*, la justicia constitucional posee una mayor plausibilidad teórico-práctica, situados en el contexto del Estado constitucional y en las premisas sobre las cuales este se asienta. En ese sentido, el doble carácter de control externo y jurídico, que reviste el control judicial de constitucionalidad, imprime al mismo varias de sus principales ventajas (entre otras, la legitimidad de su resultado y su justificación o motivación basada en razones). Sin embargo, esta es una respuesta siempre contextual, ya que las mismas circunstancias históricas que coadyuvan a reforzar la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, en otra ocasión, pueden recomendar su revisión. Por ello, se ha insistido en que las relaciones entre justicia constitucional y democracia deben estar basadas no en una óptica excluyente, sino en un contexto de permanente colaboración interinstitucional.

- (b) La rebeldía legislativa puede ser entendida, preliminarmente, como la aprobación, por parte del Congreso de la República, de un precepto legal que reproduce una norma previamente declarada inconstitucional por el TC en una sentencia de inconstitucionalidad.

Sin embargo, para configurar los alcances de este concepto, es necesario analizar los dos factores principales comprometidos: la sentencia de inconstitucionalidad y el nuevo precepto legal aprobado por el Congreso de la República. Del primero (la sentencia de inconstitucionalidad), hemos rescatado la necesidad de analizar el tipo de infracción constitucional detectado por el TC, su naturaleza (estimatoria simple, interpretativa, manipulativa o exhortativa), así como los motivos determinantes de la inconstitucionalidad (que incluye el fallo y la *ratio decidendi*). Mientras que, en relación con el segundo elemento (el nuevo precepto legal), hemos comprendido que el análisis debe tomar en cuenta su naturaleza (activa u omisiva), el grado de identidad con la antigua norma declarada inconstitucional, su modalidad (si reproduce la norma o restringe los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad), el motivo de la rebeldía (que, como vimos, puede revestir importancia de cara a una reiteración legislativa legítima), su extensión (rebeldía total o parcial) y, finalmente, su dimensión temporal.

Sobre la base de esta definición más profunda, se ha concluido que la rebeldía legislativa se distingue claramente de otras figuras afines como la reforma constitucional, la derogación de leyes confirmadas en su constitucionalidad y la aprobación de fuentes normativas distintas a la ley.

- (c) Entendida dentro de estos alcances, se ha defendido la tesis de que la rebeldía del legislador afecta la supremacía interpretativa que ostenta el TC en relación con la interpretación de la Constitución. Si bien el Congreso de la República es también un intérprete constitucional, normativamente, el TC es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución, por lo que sus sentencias de inconstitucionalidad revisten una auténtica función normativa. Como consecuencia de ello, la ley reiterativa no goza de presunción de constitucionalidad, precisamente porque se encuentra, de manera manifiesta, en contraste con la Constitución (y su interpretación autorizada por el TC) y porque vulnera, por derivación, el principio de concordancia práctica en combinación con el de separación de poderes.

Pero, además de todo ello, la rebeldía legislativa a una sentencia de inconstitucionalidad contraviene la cosa juzgada material de dicha sentencia, ya que de esta (que cubre a la norma concreta de la decisión) se puede desprender, para el legislador, una obligación negativa de no reproducir, con una ley ordinaria, la norma declarada inconstitucional por el TC. Esto sucede así puesto que la cosa juzgada constitucional se forma siempre sobre la(s) norma(s) impugnada(s) y no sobre el texto legal en sí mismo considerado.

Asimismo, se ha explorado, la posibilidad de que la ley reiterativa pueda ser considerada no solo anulable, sino también nula, en la medida que se entienda que la norma concreta, cubierta por la cosa juzgada de la sentencia, forma parte de la definición misma de la nueva ley que es aprobada (es decir, como si aquella fuera una auténtica norma sobre la producción jurídica). Esto otorga importancia para sostener que la declaración de inconstitucionalidad de una ley reiterativa tiene efectos retroactivos.

- (d) Finalmente, se ha establecido la posibilidad de que la reiteración legislativa de normas inconstitucionales sea legítima cuando esta es portadora de una interpretación mutativa de la Constitución (en estricto, de la norma constitucional que fue utilizada como parámetro en la anterior sentencia de inconstitucionalidad). Así, pues, se ha comprobado que, así como el propio TC peruano ha admitido que la cosa juzgada material de las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad están sujeta a determinados límites objetivos (en nuestro concepto son temporales), sucede lo mismo con las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad. En el primer caso, un cambio en la interpretación constitucional puede originar un supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida, mientras que, en el segundo, puede generar de uno de constitucionalidad sobrevenida.

Por ello, se ha advertido que, a diferencia de lo que sucede con una sentencia desestimatoria, que no anula la posibilidad de seguir discutiendo la constitucionalidad de un precepto legal que sigue y seguirá vigente, en el caso de una sentencia estimatoria, tal discusión no existe, porque la ley que se declaró inconstitucional, no existe más en el ordenamiento jurídico. De ahí, se ha extraído la conclusión de que la única vía para alegar una interpretación constitucional alterna a la utilizada en una sentencia estimatoria, acogida por el TC y, finalmente, que sea la base para una nueva decisión, es una y solo una: la aprobación de una ley idéntica a la anteriormente declarada inconstitucional. Tal circunstancia se ha encuadrado dentro de los denominados límites temporales de la cosa juzgada constitucional material.

Así, pues, considerando que una ley reiterativa portadora de una interpretación constitucional mutativa, esta no ofende la supremacía interpretativa del TC, sino que impulsa a este a avanzar hacia una evolución legítima de su jurisprudencia. Hemos señalado que la aprobación de una ley de tales características refleja un diálogo legislativo que, debido a sus peculiares características, merece, llegado el caso, un control de constitucionalidad particular o idóneo, distinto del que opera en el régimen general del proceso de inconstitucionalidad.

En tal sentido, y situados en dicho contexto, mientras el legislador tiene el deber de expresar nítidamente las razones (fáctica y jurídicas) que avalan su interpretación mutativa de la Constitución, el TC también ha de efectuar el control de constitucionalidad de una ley dialogante, sobre la base de un parámetro y procedimiento distintos, que tengan en cuenta la Constitución como canon prioritario y atienda las circunstancias históricas, sociales y políticas que invoca el legislador.

REFERENCIAS

- Aguiló Reglá, J. (2003). Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa*, (26).
- Ahumada Ruiz, M. (2012). Cómo vincula la jurisprudencia constitucional a los legisladores. En Ahumada, M., Ferreres, V., López, L. y Viver, C., *Com vinculen les sentències constitucionals el legislador?* [Seminario realizado en Barcelona el 28 de octubre de 2011]. Barcelona: Generalitat de Catalunya/Institut d'Estudis Autònomic.
- Aragón Reyes, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México D.F.: UNAM. Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica, página del volumen de la fuente, 28 de noviembre de 2012.
- Balanguer Callejón, F. (julio 2008). La función normativa de las sentencias constitucionales. *Criterio y conducta*, (4).
- Bocanegra Sierra, R. (1982). *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Brice, J. (1988). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cappelletti, M. (2007). *Obras: La justicia constitucional - Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. México D.F.: Porrúa/UNAM.
- Casal Hernández, J. (2004). Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Montevideo: Konrad Adenauer.
- Castillo Córdova, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. México D.F.: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Congreso de la República (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso de la República (2011). Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Artavia Murillo vs. Costa Rica.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1896). Plessy vs. Ferguson.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (1954). *Brown vs. Board of Education of Topeka*.
- Díaz Revorio, F. (2004). *La 'Constitución Abierta' y su interpretación*. Lima: Palestra.
- Díaz Revorio, F. (2009). *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*. México D.F.: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Dworkin, R. (2004). La lectura moral y la premisa mayoritaria. En Hongju, H. y Slye, R. (ed.). *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2014). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferreres Comella, V. (2011a). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferreres Comella, V. (2011b) "El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas". En *Jurisdicción constitucional y democracia. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gascón Abellán, M. (1997). Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes. *Doxa*, (20).
- Gelman vs. Uruguay, página del volumen de la fuente, 24 de febrero de 2011.
- González Beilfuss, M.(2000). *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: Porrúa/UNAM.
- Guastini, R. (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. [trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2005). Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. En Ferrer Mac-Gregor, E. (ed.). *Interpretación constitucional*. México D.F.: Porrúa/UNAM.
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (trad.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Jiménez Campo, J. (1995). Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español. En Rodríguez Piñero, M. (ed.). *La jurisdicción constitucional en España: la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 1979-1994* [Coloquio internacional, Madrid, 13 y 14 de octubre de 1994]. Madrid: Tribunal Constitucional/Centro de Estudios Constitucionales.
- Jiménez Campo, J. (1997). Qué hacer con la ley inconstitucional. En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Kelsen, H. (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *Ius et veritas*, 5(9).
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- López Cadena, C. (2007). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites* (Tesis doctoral, Universidad Carlos III). Recuperado de: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/2534U0T> (recuperado el 3 de abril de 2014).

- Martín de la Vega, A. (2003). *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nino, C. (setiembre 1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4).
- Prieto Sanchís, L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, (23).
- Ródenas Calatayud, Á. (2009). Los enredos de la validez: tres distinciones para no perderse. *Teoría & derecho: revista de pensamiento jurídico*, (6).
- Ruggeri, A. (1988). *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il legislatore (premesse metodico-dogmatiche ad una teoría giuridica)*. Milano: Università di Catania/Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza/Giuffrè editore.
- Sager, L. (2007). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- Tomás y Valiente, T. (1994). Sobre la resistencia constitucional. *Doxa*, (15-16).
- Tribunal Constitucional (2004). Código Procesal Constitucional.
- Tribunal Constitucional (2005). Resolución del Tribunal Constitucional N° 0025-2005-PI/TC.
- Viver Pi-Sunyer, C. (enero 2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, (97).
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Jose Luis Martí y Águeda Quiroga (trad.). Madrid: Marcial Pons.

COMENTARIOS

*David Lovatón**

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Quiero felicitar al autor por su excelente trabajo. Su propuesta va más allá de lo obvio. La primera reacción cuando uno piensa en rebeldía legislativa, como me comentaba un colega, es pensar en el amparo contra el amparo, no parece haber mucha discusión en ello. Sin embargo, lo que hace el trabajo de José Miguel es abrir una serie de posibilidades y supuestos que van de lo general a lo específico.

Dicho esto, quisiera presentar algunas observaciones. Una primera cuestión, metodológica, sería que, a veces, en el texto uno se pierde un poco en los diversos supuestos ensayados por el autor; por lo que sería de mucha ayuda sistematizar los supuestos (decisión formal, de fondo o estimatoria, desestimatoria) en un cuadro u otro recurso similar.

En cuanto al fondo, creo que el trabajo debería explorar un poco más en torno a la tensión entre control constitucional y representación democrática. Uno de los últimos trabajos escritos al respecto en América Latina corresponde a Roberto Gargarella. Si bien no comparto necesariamente los planteamientos de Gargarella, considero que es bueno que cada cierto tiempo haya una voz en la región que, frente al entusiasmo sobre el control constitucional y el Tribunal Constitucional, reflexione, cuestione y se pregunte sobre el lugar de la representación democrática en el Estado constitucional.

De la lectura del presente trabajo, se desprende que el autor admite una excepción: la mutación constitucional o la mutación en la interpretación constitucional para ser más precisos. Al respecto, creo que habría que ponerle algunos candados, ya que, como menciona el autor, su aplicación puede variar ante la evolución de las condiciones políticas, sociales y económicas del país. Cambios que no ocurrirán en uno o dos años, sino que se podrían dar en una década o más tiempo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional anterior usó el argumento de la mutación para cambiar, sin un sustento real, la jurisprudencia de la justicia militar.

En ese sentido, sería bueno también sustentar esa parte en las propuestas de la escuela de Alicante, específicamente en la de Josep Aguiló, que nos hablan de una interpretación constitucional dinámica, una que tenga presente la idea de «vivir la Constitución» como un proceso social. Esa dinamicidad, que se vincula con la idea de mutación desarrollada por el autor, permitiría tal vez que, en determinados supuestos excepcionales, el Tribunal Constitucional realice una mutación, pero cuyo primer impulso no provenga del órgano constitucional de control máximo, sino del órgano legislativo.

Lo anterior facilitaría aplicar algunos candados. Por ejemplo, algo que no vi en el texto es si esta posibilidad de que el órgano legislativo pueda tomar la iniciativa de una diferente interpretación constitucional debería tener algún antecedente, algún requisito previo en la jurisprudencia

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/miguel-lovaton-palacios/publicacion/10>

constitucional. Tomemos como modelo la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Universitaria. Esta ha sido aplaudida por todo el mundo; no obstante, deja abierta la posibilidad expresa de que, si la Sunedu se extralimita en el control ideológico de las universidades, cabe la posibilidad de que los jueces, vía control difuso, puedan mutar la interpretación realizada. Ciertamente, ello podría darse solo en un contexto democrático y no autoritario, en el que —como todos ya sabemos en el Perú— la justicia suele ser capturada por el poder de turno.

Hay que considerar, por cierto, que el caso que propongo no es el supuesto planteado en el texto, sino una sentencia que declara constitucional la norma. En el supuesto de mutación planteado por el autor, lo que se declara es una inconstitucionalidad.

Otro candado, a pesar de tratarse de un excelente trabajo, podría darse pensando en los lectores e intérpretes futuros más allá de la obra. Por ejemplo, César Landa tiene un trabajo publicado —no recuerdo exactamente en qué año— en el que habla de cómo hay una etapa del Tribunal Constitucional anterior, donde claramente existió una demagogia interpretativa constitucional. Una etapa en la que se habló de temas importantes como la mutación, el estado constitucional, el control de convencionalidad, pero con una demagogia frente a la que hay que tener mucho cuidado y reparos. Sería recomendable revisar también estas circunstancias de posible demagogia frente a las propuestas del presente artículo.

Respecto a los efectos de la sentencia, yo sugeriría enmarcarlo dentro de la institución de la autonomía procesal desarrollada por el Tribunal Constitucional, debido, básicamente, a la idea de flexibilidad y sujeción de las formalidades procesales a los fines del proceso constitucional, que se encuentran en el artículo tercero del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Esto en el sentido que, si hay una ley que repite un contenido esencialmente inconstitucional según una sentencia previa, esta no debería tener efectos.

Luego, hay un asunto que me genera dudas y para el que aún no encuentro una respuesta: el juego de mayorías y minorías del que tanto alertan Atienza y Ferrajoli. Sea desde la perspectiva de la constitución rígida o del pospositivismo, el Estado siempre debería proteger a sus minorías. Por ello, el matiz que mantengo con posiciones que reclaman que la representación democrática debe mantener un peso importante en el Estado constitucional es respecto a la invocación de una mayor representación democrática frente a algunas decisiones constitucionales, porque, claro, yo podría tener 70% de aprobación, tener mayoría parlamentaria y generar una serie de cambios mutaciones constitucionales. Ante ello, considero válida esta pregunta: ¿cuál es el límite de ese equilibrio?

Finalmente, quería plantear una interrogante para la cual sospecho la respuesta: ¿esa mutación constitucional, en un caso justificado luego de haber pasado una década o más, también sería aplicable al legislador delegado, como en el caso de un decreto legislativo? Me da la impresión de que no, porque el tema de conciliar una nueva interpretación de la Constitución supone un debate democrático, público, con varias posiciones. Es un tema que el autor debería plantearse considerando que, en el Perú, existe la figura de legislador delegado.

RESPUESTA DEL AUTOR

Los comentarios del profesor David Lovatón, a quien agradezco la gentileza de haber leído acuciosamente mi trabajo y formular sus valiosas críticas, me permitirán complementar algunas de las ideas que, formuladas hace ya más de dos años, seguramente son merecedoras de alguna revisión o replanteo. Este ejercicio me parece del todo pertinente luego de la discusión abierta durante el evento de presentación de este trabajo y, ciertamente, a propósito de los nuevos textos que he podido revisar luego de la sustentación de mi tesis de licenciatura.

Si pudiera resumir las principales observaciones del profesor Lovatón, considero que estas podrían ser agrupadas en tres bloques: (a) la tensión entre el control constitucional y la representación democrática, y la protección a las minorías, que resulta deseable en dicho escenario; (b) los candados a la mutación constitucional, a fin de evitar que cualquier cambio en las condiciones políticas, sociales y económicas de una comunidad pueda ser utilizado para invocar una nueva tesis interpretativa de la Constitución; (c) el encuadre de los efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad dentro de la autonomía procesal, como vía para fundamentar la nulidad de una ley inconstitucional reiterativa. A continuación, repasaré estas tres cuestiones en el mismo orden propuesto.

Sobre el primer punto, considero que el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad de la ley no debería ser, en realidad, un obstáculo para la construcción social de sentidos interpretativos sobre la Constitución. La posición que sostengo en mi trabajo reconoce que una sentencia (estimatoria o desestimatoria) de inconstitucionalidad no clausura la conversación sobre los posibles significados que pueden adjudicarse al texto de la Constitución. Antes bien, la justicia constitucional estaría llamada a ser el cauce institucional a través del cual ese diálogo fluya con sentido y en la que los actores sociales formulan sus interpretaciones con miras a que estas sean acogidas o reconocidas oficialmente por el órgano jurisdiccional. Desde ese punto de vista, es posible que una decisión judicial signifique un golpe duro para una determinada causa, pero «no puede aniquilar la narrativa que la sustenta»¹. La última palabra del Tribunal Constitucional sería, desde esta óptica, tan solo un espejismo.

Por ello, la justificación del control judicial de la legislación no ha de encontrarse en una hipotética superioridad de la rama judicial sobre el legislador o en la calidad de su razonamiento en materia de derechos, sino, más bien, en la apertura que el propio proceso judicial favorece como mecanismo de interpretación dinámica (y no estática) sobre la Constitución. Y esta es, ciertamente, una ventaja intrínseca que se puede encontrar en la justicia constitucional, pues el proceso judicial, entendido como expresión genuina de un derecho de audiencia, no solo brinda la posibilidad de que los individuos presenten una queja y desafíen una decisión, sino que, además, abre la puerta para que esta sea reconsiderada y, finalmente, revertida².

1 Álvarez Ugarte, R. (diciembre, 2012). El constitucionalismo popular y los problemas de la 'última palabra': apuntes para un contexto latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), p. 83.

2 Harel, A. y Kahana, T. (2015). El centro de la argumentación fácil a favor del control de constitucionalidad de la legislación. En Fabra, J. L. y L. García (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. México D.F.:

Ahora bien, situados en ese contexto, uno podría preguntarse si no sería más democrático que ese proceso de construcción social de significados constitucionales se desarrolle y fortalezca a través de los órganos legislativos, en los que la regla de la mayoría siempre garantizará la imparcialidad o dignidad democrática de la decisión resultante. El problema, sin embargo, radica en que, precisamente, la regla de la mayoría no es un procedimiento de decisión intrínsecamente equitativo, pues, como refiere Dworkin, esta forma parte de una concepción simplemente estadística de la democracia, en la que las decisiones políticas se toman en función de los votos de los ciudadanos individualmente considerados y no como parte de un grupo en que sus miembros se aceptan como seres merecedores de igual respeto y consideración (concepción asociativa de la democracia) y, por ende, con pleno respeto hacia las minorías³.

Por ello, parecería que el lugar ideal para la protección de esas minorías postergadas en el juego democrático, sea, precisamente, el ámbito judicial (entendido como un foro de los principios, donde las cuestiones de moral política son por fin planteadas y debatidas como cuestiones de principio o de justicia, y no solo de poder político)⁴. Sin embargo, esta conclusión dista de ser tan clara como parece. Por ejemplo, no ha faltado quien replique que, en realidad, en los órganos judiciales, se reproducen las mismas divisiones ideológicas que presiden la política ordinaria, pues también en ellos la formación de una mayoría se consigue a través de la negociación y el compromiso⁵. De otro lado, algunos argumentan que, por lo general, las altas cortes no se distancian del poder de turno, como lo demuestra el caso estadounidense, en el que varias leyes del Congreso en defensa de los derechos civiles fueron dictadas en respuesta a una Corte Suprema conservadora⁶.

Sin embargo, sería una conclusión apresurada afirmar que, por esta razón, el control judicial de constitucionalidad ya no juega ningún papel relevante en la protección de los derechos de las minorías o, peor, que esta forma de control constitucional debería desaparecer, tal como lo plantean los defensores del constitucionalismo popular. Antes bien, y como lo señalo en mi trabajo, me parece que la conveniencia del control judicial (y, sobre todo, su adecuado diseño institucional) dependerá del contexto en el que se plantea dicha interrogante. Es decir, dependerá de qué tan democrática y bien ordenada sea una sociedad, qué tan abiertos estén sus canales de representación por un lado y, por el otro, qué tan sensibles o receptivas sean las decisiones de los tribunales a las voces disidentes. Por ello, no sorprende que el propio Waldron, sin dejar de defender el carácter no representativo del control judicial, haya admitido que puede existir casos no centrales en los que su objeción contramayoritaria no prevalece. Por ejemplo, cuando los legisladores son inadecuadamente representativos o deliberativos o cuando el sistema de elecciones no les

UNAM (p. 320).

- 3 Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. Horacio Pons (trad.). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica (p. 470).
- 4 Dworkin, R. (2012). El foro de los principios. En *Una cuestión de principios* (pp. 101-102), Victoria Boschirolí (trad.). Buenos Aires: Siglo XXI.
- 5 Bayón, J. C. (2010). "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo". En Carbonell, M. y L. García Jaramillo (eds) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (p. 445). Asimismo, sobre la reproducción del mayoritarismo democrático en los tribunales judiciales, véase: Waldron, J. (2014). Five to four: Why do bare majorities rules on courts? *The Yale Law Journal*, 123 (6), pp. 1692-1730.
- 6 Moreno, D. (2011). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (p. 321).

otorga legitimidad política⁷. Esta, me parece, es una pregunta central que no puede eludirse en el marco de este debate.

Pasemos ahora a la cuestión de la mutación constitucional y de los peligros que su ejercicio supone en los comentarios del profesor Lovatón. Lo que defiendo en mi trabajo es que, frente a una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de la ley, el legislador podría reproducir válidamente dicha disposición legal si esta es portadora de una interpretación constitucional mutativa, que afecte al ámbito normativo de la norma constitucional o a su programa normativo (en la terminología de Hesse). Sin embargo, como también enfatizo, no cualquier cambio en las circunstancias históricas, sociales o políticas debería poder desencadenar la atenuación de la cosa juzgada de una sentencia de inconstitucionalidad. La preocupación es legítima, pues, finalmente, se trata de aceptar que lo fáctico puede estar por encima de lo normativo, lo que siempre causará desconcierto en un sistema de Constitución rígida y escrita como el nuestro.

Pues bien, ¿cuál es el papel que debería asumir un Tribunal Constitucional al formular una interpretación constitucional mutativa o, en su caso, al validar la efectuada por el órgano legislativo u otros agentes sociales? Me atrevería a señalar que ese papel variará dependiendo de si la interpretación mutativa recae sobre el programa normativo, en el que la labor del TC será, por así decirlo, más técnica o jurídica o si recae sobre el ámbito normativo, en el que, como se ha dicho con razón, el juicio del TC será una «valoración acerca de si las condiciones en que se ha expresado la mayoría social permiten reconocer eficacia jurídica a la mutación»⁸. Es decir, verificar si la transformación social o ideológica que sustenta el cambio ha sucedido en la práctica, y si su relevancia es tal que justifica esa nueva interpretación. Todas estas cuestiones, como se podrá apreciar, exigen del Tribunal una fuerte carga de argumentación y prueba, y que esté en condiciones de defender públicamente en su sentencia.

Por supuesto, nada de esto asegura que un Tribunal desbocado pueda recaer en esa demagogia interpretativa a la que alude el profesor Lovatón, lo que nos lleva a la pregunta de si una mutación constitucional, sobre todo cuando esta se produce o tiene su origen en un cambio en la realidad constitucional alegada por el legislador, puede tener algún tipo de límite para considerarse legítima o auténtica. En este punto, me parece que siguen siendo esclarecedoras las palabras de Konrad Hesse, para quien una mutación constitucional será válida mientras no se transgreda el programa normativo de la Constitución, que se convierte en un límite infranqueable, ya que «la instancia que decide si el cambio fáctico puede ser relevante para la norma, es decir, si el hecho modificado pertenece al ámbito normativo, es el programa normativo que se contiene sustancialmente en texto de la norma constitucional (y que debe ser interpretado con los instrumentos tradicionales)»⁹.

Finalmente, mi propuesta para que la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley reiterativa en vía de ejecución goce de efecto retroactivo, ciertamente, no tiene asidero legal, pues tanto la Constitución así como en la legislación procesal constitucional queda claro que las sentencias de inconstitucionalidad no tienen tal efecto en nuestro ordenamiento jurídico.

7 Waldron, J. El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación. En Fabra, J., Zamora L., y L. García (eds.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*. México D.F.: UNAM (pp. 213-214).

8 Rollnert Liern, G. (mayo, 2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (101), pp. 142-143 .

9 Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte Sánchez (trads.). Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (pp. 111-112).

En tal sentido, si se quisiera encauzar esta posibilidad dentro de la autonomía procesal del TC, considero que ella podría derivarse del artículo 82 del Código Procesal Constitucional, que establece la cosa juzgada de las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad y que sin duda alcanza también al legislador democrático imponiéndole la obligación de no aprobar una ley de contenido idéntico. Por lo demás, no sería la primera vez que este proceso constitucional es rediseñado en nombre de la autonomía procesal. Prueba de ello son las figuras del partícipe o litisconsorte y del incidente de ejecución de las sentencias de inconstitucionalidad.