

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jesús M. Casal* (Venezuela)

Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución efectuada por la jurisdicción constitucional

RESUMEN

La constitucionalización del ordenamiento, junto a la profundización de la reflexión sobre los procesos democráticos de toma de decisiones, ha reavivado los debates en torno a la objeción contramayoritaria y ha estimulado el estudio de los modelos llamados débiles de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Después de aproximarse a estos últimos aportes, este trabajo pone de relieve la necesidad de identificar las fórmulas dialógicas de revisión judicial que se desarrollan o pueden desplegarse en diversos sistemas de control judicial de la constitucionalidad, en lugar o antes de contraponer dicotómicamente los modelos denominados fuertes a los calificados como débiles. Además, analiza dos formas de respuesta del legislador ante la interpretación judicial vinculante de la constitución: la reconfiguración legislativa de soluciones jurisprudenciales adoptadas en casos concretos al resolver colisiones, y la reiteración, en determinadas condiciones, de una regulación antes declarada inconstitucional.

Palabras clave: diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador, respuestas legislativas, reedición normativa, configuración legal, colisiones constitucionales.

* Abogado egresado con la mención *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; actual director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miembro de la Comisión Andina de Juristas y del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Universidad de Chile y la Fundación Konrad Adenauer. jcasal@ucab.edu.ve

ZUSAMMENFASSUNG

Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung hat im Zusammenspiel mit der Vertiefung der Überlegungen zu den demokratischen Entscheidungsprozessen die Debatte um die Verweigerung des Mehrheitswillens belebt und Anstöße zur Untersuchung von Modellen einer sogenannten schwachen gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen gegeben. Im Anschluss an eine Diskussion dieser jüngsten Beiträge unterstreicht die vorliegende Arbeit die Notwendigkeit, dialoggestützte Formeln zur gerichtlichen Revision zu identifizieren, die sich in unterschiedlichen Systemen der gerichtlichen Verfassungskontrolle anstelle einer dichotomischen Gegenüberstellung von als stark oder schwach bezeichneten Modellen entwickeln oder entfalten können. Darüberhinaus analysiert der Beitrag zwei Formen, mit denen der Gesetzgeber auf die rechtsverbindliche gerichtliche Verfassungskontrolle reagieren kann: die Gesetzesform von Lösungen, zu denen die Rechtsprechung bei der Entscheidung über Kollisionen in konkreten Fällen gelangt ist, und, unter bestimmten Umständen, die erneute Verabschiedung von bereits für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen.

Schlagwörter: Dialog zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber; Reaktionen des Gesetzgebers; erneute Verabschiedung einer Norm; gesetzliche Gestaltung; Verfassungskollisionen.

ABSTRACT

The constitutionalization of the legal order, together with a more profound reflection on democratic decision-making processes, have reignited debate with regard to the counter-majoritarian objection and have stimulated the study of so-called weak models of judicial control of the constitutionality of laws. After examining these contributions, we show the need for identifying forms of judicial review based on dialogue mechanisms for the different systems of judicial control of constitutionality, instead of resorting to a dichotomy between strong and weak models. We also analyze two types of responses provided by lawmakers to the binding judicial interpretation of the constitution: the legislative reformulation of judicial remedies adopted for specific cases to avoid collisions, and the reiteration, in certain circumstances, of a rule previously declared unconstitutional.

Keywords: Dialogue between constitutional courts and the legislator, legislative responses, reformulation of norms, legal configuration, constitutional collisions.

1. Respuestas legislativas ante la interpretación judicial de la constitución y diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador

En la democracia constitucional es primordial el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la legislación y entre los órganos que ejercen las respectivas fun-

ciones, ya que a estos debe interesar tanto la preservación de la supremacía constitucional como el saludable desenvolvimiento del proceso democrático. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes suscita tensiones con la democracia, pues implica la posibilidad de remover el producto normativo de la voluntad popular representada en el parlamento, si entra en contradicción con la constitución. Pareciera que, desde la óptica de la democracia constitucional, ello no debería ser un problema, ya que la constitución se origina en la soberanía del pueblo e impone límites a las decisiones mayoritarias, pero una amplia literatura existente en la materia ha señalado que esta génesis democrática de las constituciones es muchas veces precaria y que, en todo caso, la base popular del texto constitucional no convierte en democrática a una institución que por su naturaleza fuera contramayoritaria, como lo sería, según una extendida opinión, el control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud del cual los jueces están facultados para hacer prevalecer sobre el legislador su interpretación acerca de la compatibilidad de una ley con disposiciones de la generalidad o indeterminación que caracterizan a las contenidas en la constitución.¹ Estas últimas apreciaciones ponen de manifiesto algunos fundamentos del debate en torno a la objeción contramayoritaria, pero no bastan para perfilar el control judicial de constitucionalidad de las leyes como antidemocrático, ya que permanece abierta la cuestión de cómo velar por el respeto de los condicionamientos que la propia democracia impone a la construcción de la voluntad colectiva.

No es la finalidad de este trabajo examinar los argumentos que pueden aducirse para desvirtuar dicha objeción. Solo interesa ahora apuntar que, si se la entiende dirigida a negar la justificación o legitimidad de la jurisdicción constitucional en un sistema democrático, puede decirse que es sumamente discutible, pues el control judicial de constitucionalidad de la ley se perfila como un mecanismo al menos útil para mantener el proceso político dentro de los linderos trazados por los presupuestos sustantivos y adjetivos de la democracia, generalmente constitucionalizados, es decir, como una opción por lo menos válida de diseño institucional, que podría ser incluso necesaria desde otros puntos de vista a los que no es preciso referirnos. Sin embargo, la consideración de tal objeción es pertinente cuando esta apunta o es reconducida a poner de relieve que en dicho control judicial confluyen fuerzas encontradas de la democracia constitucional, orientadas a hacer efectiva la voluntad popular del presente, por un lado, y a sujetarla a los parámetros constitucionales, por otro.

Una forma de mitigar la confrontación entre estas fuerzas es el desarrollo de fórmulas de diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador, así como el afianzamiento de los vínculos democráticos de la justicia constitucional. Ello no con el propósito de que sean pocos los casos en los que un tribunal o sala constitucional

¹ Ver, en relación con esta temática, Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 42 y ss.

desautorice al legislador, sino con el objeto de articular mejor el funcionamiento de la jurisdicción constitucional con la dinámica político-legislativa y de consolidar el control judicial de constitucionalidad de las leyes mediante su enriquecimiento democrático. Esta mayor articulación es necesaria porque los jueces constitucionales y el legislador ejercen funciones diferentes, pero concurren en un mismo ámbito: el de las materias constitucionalmente enmarcadas. Son muchos los asuntos en que coinciden desde su específica mirada y papel funcional, y respecto de los cuales los mecanismos de diálogo pueden ser fructíferos. Así, hay zonas intermedias entre lo que la constitución claramente ordena, prohíbe o permite y lo que deja a la discrecionalidad legislativa, en las cuales los instrumentos dialógicos facilitan que se obtenga la solución más idónea.

En este contexto, el funcionamiento de la jurisdicción constitucional ha conducido a que se hayan hecho realidad diversas formas de diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador. Parte de la doctrina tiende además a propiciar el estudio de esos procesos dialógicos y la incorporación de variados mecanismos de cooperación e intercambio jurisdiccional-legislativo en el control de constitucionalidad de las leyes.²

Sin pretender siquiera enunciar todas esas vías institucionales dialógicas, conviene aproximarnos, desde una perspectiva de derecho comparado, a una de ellas, relativa a las posibles respuestas del legislador ordinario a la interpretación de la constitución realizada por la jurisdicción constitucional. Su análisis presupone aludir al alcance con el cual la interpretación de la constitución llevada a cabo por la jurisdicción constitucional vincula al legislador. Solo se examinarán, en sus aspectos fundamentales, dos de los canales por los cuales puede transitar la respuesta democrática del legislador ante la interpretación de la constitución establecida por la jurisdicción constitucional. Se trata de la posibilidad de que el legislador ordinario³ reitere una regulación legislativa que haya sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad, así como de que reconfigure en el plano normativo soluciones jurisprudenciales adoptadas en casos concretos al resolver colisiones constitucionales.

² En relación con la importancia y las vías para el diálogo y la colaboración entre la jurisdicción constitucional y el legislador, ver, entre otros, Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 288 y ss.; Gaspar Caballero, *Corte constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 77 y ss.; Carmen Márquez Luzardo, *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Caracas, UCAB, 2015, pp. 119 y ss.; Jesús M. Casal, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.

³ No son objeto de este estudio las respuestas que pueda adoptar el parlamento como instancia facultada para la revisión de la constitución, bajo las condiciones establecidas en cada ordenamiento.

2. Las respuestas legislativas ante la jurisprudencia constitucional vinculante y los sistemas o las formas llamadas débiles de control de la constitucionalidad

Ante las tensiones existentes entre el (auto)gobierno democrático y el control judicial de constitucionalidad de las leyes algunos apuestan por el establecimiento de sistemas débiles de *judicial review*, o los consideran una referencia fundamental con miras a la superación de aquellas.⁴ En este sentido, hace aproximadamente diez años se decía que una de las preguntas más importantes que los constitucionalistas habrían de responder en la siguiente década era si las diferencias entre las formas fuertes y las débiles de *judicial review* son suficientes para “disolver, o al menos debilitar, la dificultad contramayoritaria”.⁵ Se observa adicionalmente la inclinación a asociar o asimilar los “sistemas” llamados débiles de control de constitucionalidad con la existencia de respuestas dialógicas del legislador ante la interpretación judicial de la constitución. Conviene analizar si resulta apropiado este acercamiento al tema de las posibles respuestas del legislador a la interpretación constitucional vinculante.

Es preciso explicar, primeramente, cuál sería el criterio para atribuir a un sistema o mecanismo de *judicial review* uno u otro carácter. Se afirma que la distinción principal estriba en que en las formas o sistemas fuertes de control, la interpretación constitucional emanada de la jurisdicción constitucional es final e irrevisable para el legislador ordinario, y solo podría ser rechazada o revertida mediante una modificación constitucional; mientras que en las formas o sistemas débiles, el legislador cuenta con la posibilidad de “desplazar” interpretaciones judiciales de la constitución en un corto plazo, sin tener que someterse a los rigores y lapsos de la enmienda o reforma constitucional.⁶ Aquí el criterio de diferenciación tendría una relevante dimensión *temporal* y estaría centrado en la posibilidad de *doblegar* al poder judicial en la interpretación constitucional. Se introduce también un elemento de fondo: la aptitud del sistema o mecanismo de control de constitucionalidad para favorecer el diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador y, por medio de este, con el proceso democrático y sus diversos actores, lo cual se conecta con el peso o valor que se atribuye a la interpretación de la constitución efectuada por el legislador.⁷

Esta conceptualización puede ser problemática. En primer lugar, si las coordenadas en las que se sitúa la cuestión son las de las tensiones entre el (auto)gobierno de-

⁴ Ver, entre otros, Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 18 y ss.; Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 28 y ss.; 266 y 348.

⁵ Mark Tushnet, “Judicial review of legislation”, en Peter Cane y Mark Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 174.

⁶ Tushnet, *Weak courts, strong rights*, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁷ *Ibid.*, pp. 33 y ss. y 79 y ss.

mocrático y la *judicial review*, la calificación de un sistema de control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la ley como débil debería incluir criterios adicionales o alternativos al temporal y al de la capacidad de desplazar la interpretación judicial de la constitución por decisión del legislador ordinario. Así, un sistema de *judicial review* puede minimizar los choques con exigencias democráticas en virtud de factores como las limitadas facultades de los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes, derivadas de la reducida extensión del parámetro normativo con base en el cual se ejerce el control, las dificultades para acceder al tribunal constitucional u órgano equivalente, las exigencias procesales y probatorias que recaen sobre quien impugne la ley, o el estrecho alcance reconocido a los pronunciamientos del tribunal correspondiente, desde la perspectiva del contenido resolutivo de las sentencias (solo declarativas de la inconstitucionalidad –nunca anulatorias–, con fijación de plazo al legislador para la modificación o derogación legislativa, p. ej.) o del efecto vinculante que posean (solo interpartes, p. ej.).

Por otro lado, los signos de posible debilidad de un sistema de justicia constitucional no necesariamente se traducen en la generación de interacciones dialógicas. La mayor o menor debilidad o fortaleza de un sistema de justicia constitucional, según factores como los mencionados, es un rasgo separable de su aptitud para favorecer el diálogo jurisdiccional-legislativo. Lo decisivo es la apertura al diálogo jurisdiccional-legislativo-democrático de un sistema de justicia constitucional, más allá de su fortaleza o debilidad desde la perspectiva esbozada.

Nótese además que el criterio temporal ya mencionado, tal como se asume, no lleva necesariamente consigo procesos dialógicos. Un legislador facultado para superponerse en todo caso a un pronunciamiento judicial interpretativo de la constitución (*override*), de manera rápida y, se entiende, sin tantas complicaciones procedimentales, podría usar este poder de una manera contraria al diálogo con el tribunal constitucional, guiada más por la voluntad de imponerse completamente a la jurisdicción constitucional en ciertos temas sensibles de su agenda política que por la búsqueda de soluciones intermedias, transaccionales o con algún grado de espíritu componedor o de apertura reflexiva a las razones de la jurisprudencia constitucional. Por eso mismo, centrar la atención en la capacidad legislativa de doblegar o superponerse (*override*) a los tribunales en la interpretación constitucional oscurece, antes que ilumina, el estudio de las fórmulas de diálogo jurisdiccional-legislativo existentes o posibles dentro de los diversos sistemas de *judicial review*.

En ocasiones se acude fundamentalmente a la contraposición entre dos “modelos”, uno fuerte y otro débil, de jurisdicción constitucional, en vez de poner de relieve las distintas formas de diálogo jurisdiccional-legislativo o extralegislativo relacionadas con la interpretación de la constitución que son empleadas en ordenamientos con sistemas fuertes o débiles de *judicial review*.⁸ En lugar de abordar dicotómicamente la

⁸ Tushnet se refiere a la gradualidad de la distinción; ver *Judicial review of legislation*, op. cit., pp. 177-178.

existencia de uno u otro supuesto “modelo”, han de identificarse en unos u otros sistemas los instrumentos que favorecen interacciones entre la justicia constitucional y el legislador, en el ejercicio del control de la constitucionalidad y en la interpretación de la constitución. También en sistemas usualmente calificados como fuertes, como el estadounidense⁹ o el europeo de inspiración kelseniana, al igual que en sistemas híbridos o mixtos, como los predominantes en América Latina, se producen interacciones dialógicas, cuyo reconocimiento y análisis puede ser, desde la óptica de estos ordenamientos, tan o más certero, en términos descriptivos, y fructífero desde el punto de vista práctico e institucional-democrático, que la artificial alternativa mencionada y la necesidad de optar entre uno u otro modelo que de allí resultaría.

Algunos calificarían esas fórmulas dialógicas como manifestaciones de un control judicial débil de la constitucionalidad dentro de un sistema fuerte de control. Es preciso, sin embargo, advertir que a veces bajo el concepto de la modalidad débil de control judicial (*weak-form judicial review*)¹⁰ se engloban fenómenos bastante distintos, sin que se pongan debidamente de manifiesto sus diferencias. En un “sistema” o “modelo” de control de constitucionalidad en su modalidad débil, el legislador podría torcer el brazo de la judicatura o, más bien, dejar de lado lo que ella haya establecido como jurisdicción constitucional respecto de la inconstitucionalidad de una regulación, para mantener o hacer prevalecer la posición legislativa sobre la interpretación que ha de darse a determinadas normas constitucionales. Mientras que ciertas manifestaciones de un control judicial moderado, más bien dialógico, de la constitucionalidad pueden desplegarse en el interior de los sistemas llamados débiles o también de los calificados como fuertes, que dejan incólume la facultad judicial última de determinar si la ley dictada es o no compatible con la constitución, aunque abran espacios a la reacción legislativa ante el pronunciamiento judicial.

Así, por ejemplo, son de naturaleza sustancialmente distinta la cláusula *notwithstanding* (cláusula de salvedad o, con una traducción impropia que en ocasiones se emplea, de derogación), prevista en la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, y la norma contenida en la sección 1 de esta Carta, según la cual los derechos que ella garantiza solo quedan sujetos a limitaciones razonables, establecidas por la ley, que puedan ser justificadas de manera demostrable en una sociedad libre y democrática.

La cláusula *notwithstanding*,¹¹ cuyo trasfondo histórico radica en las tensiones institucionales entre la federación y las provincias en Canadá, permite incluir en la

⁹ Tushnet alude a la evolución de la jurisprudencia de la suprema corte referida a las limitaciones al discurso crítico de políticas gubernamentales, caracterizada por el experimentalismo y por la apertura a la realidad forense y a la observación de las sucesivas regulaciones y de sus implicaciones, antes de la realización de un control judicial más riguroso o intenso, con los respectivos criterios jurisprudenciales, (*Weak courts, strong rights, op. cit.*, pp. 66 y ss.).

¹⁰ *Ibid.*, pp. 24 y ss.

¹¹ Al respecto, ver Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2014, pp. 39-1.

ley una declaración con la advertencia de que sus preceptos o algunos de ellos son aplicables con independencia de que puedan entrar en contradicción con normas de la Carta, dejando a salvo los derechos que están fuera del alcance de la cláusula. De esta forma, la ley o las disposiciones legales comprendidas por la cláusula son inmunes a un control judicial de la constitucionalidad, basado en la vulneración de las correspondientes disposiciones de la Carta, durante un tiempo no superior a cinco años, lapso que coincide con el de la legislatura (Cámara de los Comunes). La incorporación de esa cláusula en alguna ley puede obedecer principalmente a que la jurisprudencia constitucional existente se opone a preceptos como los dictados o también a que, aun en ausencia de aquella, el legislador piensa que posiblemente surgirán cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la ley que deben ser evitados anticipadamente. En uno u otro supuesto, resulta eclipsado el control judicial de constitucionalidad de la ley y podría hablarse, si la praxis institucional lo permitiera,¹² de un modelo débil de *judicial review*, en el sentido ambiguo o equívoco de la expresión antes criticado, al menos en materia de derechos (aunque no en relación con todos los derechos).

La sección 1 de la misma Carta tiene un sentido diferente. Ella recoge una formulación similar a la del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y establece las condiciones bajo las cuales los derechos allí consagrados pueden ser limitados. Sus limitaciones tienen que ser razonables y debe haberse demostrado que son justificadas en una sociedad libre y democrática. Con esta formulación, la Carta adopta parámetros para medir la licitud de las restricciones a los derechos similares a los contemplados o desarrollados en ordenamientos jurídicos con sistemas de control de constitucionalidad que serían calificados como fuertes, en los cuales los principios de razonabilidad o proporcionalidad ostentan gran importancia al determinar la validez de las restricciones a derechos fundamentales. La propia Corte Suprema de Canadá ha señalado que, al verificar si una restricción legislativa está justificada, en los términos de la sección 1 de la Carta, ha de acudir a un cierto test de “proporcionalidad”,¹³ el cual posee escalones o elementos que son semejantes a los del clásico esquema germánico.

Sin embargo, la faceta dialógica específica que este control ha adquirido en Canadá estriba en que la exigencia de que sea demostrada la justificación de la limitación, vinculada a una carga que debe cumplir la autoridad interesada en el sostenimiento de la restricción, se ha aplicado de tal modo que deja márgenes para que el Parlamento o las legislaturas reaccionen al pronunciamiento judicial dictando una ley

¹² Dicha praxis tiende a mover el ordenamiento canadiense hacia los sistemas fuertes de control, ante la escasa invocación de la cláusula; ver Tushnet, *Weak courts, strong rights.*, op. cit., pp. 31 y ss., aunque hay otras corrientes institucionales dentro del sistema que frenan ese desplazamiento. No obstante, esto no supone que la sección 33 de la Carta sea irrelevante, pues subsiste potencialmente como instrumento en manos del legislador y puede generar consideraciones estratégicas o prudenciales en la judicatura.

¹³ Tushnet, *ibid.*, p. 32.

sobre la misma materia y no muy alejada en su contenido o finalidad de la anterior, con la cual se intenta evidenciar la justificación de la medida limitativa adoptada, atendiendo a los requerimientos de la sentencia.¹⁴ Si, según el órgano jurisdiccional, no se demostró que la ley fuera idónea para lograr el fin perseguido o que las limitaciones de derechos fueran necesarias para alcanzarlo o proporcionales en un sentido más global, el legislador puede dictar una ley sobre el mismo asunto, procurando patentizar o completar lo que antes fue estimado insuficiente por la Corte al declarar la inconstitucionalidad de la ley o de algunas de sus disposiciones.

Este último tipo de respuestas legislativas no es conceptualmente extraño a sistemas llamados fuertes de control. Salvo el caso de una ley que simplemente reedite abiertamente la norma antes declarada inconstitucional,¹⁵ sin ningún ajuste o soporte argumentativo o empírico distinto, lo cual nos colocaría ante una problemática diferente, la posibilidad de que el legislador reaccione, con éxito, ante la declaración judicial de la inconstitucionalidad de una ley por falta de proporcionalidad mediante la adopción de una nueva ley, que considere los parámetros fijados por la sentencia e intente convencer de que han sido colmados, no ha de descartarse en los sistemas llamados fuertes de control de la constitucionalidad en que tal principio se aplica. La sección 1 de la Carta Canadiense, tal como ha sido interpretada, ilustra ciertamente sobre una dimensión dialógica plausible del examen de proporcionalidad hasta ahora poco desarrollada en otros sistemas. No obstante, esta modalidad dialógica de control no debe entenderse reservada a un sistema o modelo débil de control de la constitucionalidad. Al contrario, ella presupone que no basta una decisión del legislador para desplazar en un corto plazo el pronunciamiento judicial referido a la inconstitucionalidad de una regulación (*override*); lograrlo implica activar interacciones dialógicas que parten de la interpretación constitucional vertida en el pronunciamiento judicial y que a menudo la asumen como válida, conservando los jueces constitucionales la facultad de evaluar si los criterios jurisprudenciales han sido cumplidos o si deben ser modificados.

La doctrina que se refiere a las formas débiles de control de la constitucionalidad afirma que estas permiten respuestas prontas (*real-time dialogue*) y efectivas del legislador ante las interpretaciones de la constitución provenientes de la jurisdicción constitucional.¹⁶ En sistemas de control de la constitucionalidad que esa misma doctrina califica de fuertes, dicha respuesta, en boca del legislador ordinario, no siempre es fácil y rara vez es inmediata; pero es admisible, bajo ciertas condiciones, y puede ser objeto de estudio desde la lógica propia de tales sistemas, como se expone a continuación.

¹⁴ Hogg, *op. cit.*, pp. 36-5.

¹⁵ Supuesto este que puede llegar a formar parte del espectro de la norma en Canadá, excepcionalmente, aunque la Corte Suprema conserva la facultad de estimar contraria a la Constitución la norma reeditada; *idem*.

¹⁶ Tuhsnet, *Weak courts, strong rights, op. cit.*, pp. 18 y ss. y 33 y ss.

3. Efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional y respuestas legislativas

La eficacia vinculante de las interpretaciones constitucionales originadas en un tribunal o sala constitucional no debe conducir al desconocimiento del papel que han de cumplir los jueces ordinarios en la construcción del derecho constitucional y en la adaptación de criterios fijados por la más alta instancia de la justicia constitucional. Tampoco debe coartar abusivamente la libertad política y la facultad de configuración normativa del parlamento, como espacio institucional democrático-representativo por excelencia. En relación con lo primero, es conocida la diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* de un pronunciamiento judicial y su utilidad para la formación de la jurisprudencia en sistemas regidos por el *stare decisis*, como también la relevancia que en estos posee la técnica de la distinción para la adaptación de los precedentes, lo cual ha trascendido en parte a la jurisdicción constitucional en sistemas de derecho civil.¹⁷ Es importante afinar estas categorías y aplicarlas de tal manera que exista fluidez en el proceso de enriquecimiento jurisprudencial del derecho constitucional.

Dicha fluidez es beneficiosa en las relaciones de la jurisdicción constitucional con los jueces ordinarios. Estos son los que normalmente quedan comprendidos por el efecto vinculante de la interpretación constitucional emanada de los tribunales o salas constitucionales, a menudo bajo la figura del precedente. El legislador se sitúa en una posición institucional distinta, aunque, en algunos ordenamientos, la regulación respectiva pretende en parte incluir al legislador bajo el radio de influencia de esa eficacia vinculante.¹⁸ Pero aun cuando el legislador no sea destinatario formal o directo de tal eficacia, dicha interpretación no puede resultarle indiferente, más allá de que obviamente deberá observarse el dispositivo del fallo respectivo. Es decir, lo establecido mediante sentencia por el tribunal o sala constitucional en relación con la aplicabilidad o validez de una ley, en procesos de control normativo, ha de recibir cabal cumplimiento, pero se discute la cuestión de si la interpretación de la constitución que sirve de sustento a esa declaración judicial obliga al legislador o con qué alcance. Este interrogante puede plantearse también, según la regulación de cada sistema, respecto de las interpretaciones vertidas por la jurisdicción constitucional en otra clase de procesos.¹⁹

Una proyección no matizada de la interpretación jurisprudencial vinculante de la constitución sobre el legislador puede suscitar serias complicaciones institucionales. Incluso en ausencia de ese efecto jurídico directo, es notable la repercusión de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales sobre el legislador. Es natural

¹⁷ Ver Román Duque Corredor, *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Caracas, Homero, 2014, pp. 73 y ss. y 99 y ss.

¹⁸ Como en el derecho alemán, al que luego se hará mención.

¹⁹ Ver Aja, *op. cit.*, pp. 272 y ss.

que los diputados o parlamentarios, o sus asesores, o los del poder ejecutivo en lo que atañe a la iniciativa legislativa –o a los poderes normativos delegados o extraordinarios de que disponga–, examinen las sentencias pertinentes de los tribunales o salas constitucionales antes de dictar o proponer una normativa, para no correr el riesgo de que la ley sea declarada inconstitucional. También lo harán las bancadas de oposición, para emplear o tener en cuenta los criterios correspondientes en el debate sobre el proyecto de ley. Si en el ordenamiento respectivo existe un control previo de la constitucionalidad de las leyes activable a instancias de la oposición parlamentaria, esta inclinación será más acentuada. Algunas investigaciones empíricas han documentado la influencia de los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre el trabajo de los parlamentarios y sobre el debate político, corroborando lo antes señalado.²⁰

La interpretación de la constitución efectuada por los tribunales o salas constitucionales no puede vincular al legislador de la misma forma en que lo hace respecto de los jueces. Los jueces están integrados, junto al tribunal o sala constitucional, en un sistema jurisdiccional –ello con independencia de que el tribunal constitucional pertenezca o no al poder judicial–, llamado a decir o pronunciar el derecho mediante la resolución de conflictos, mientras que el legislador es competente para crear o cambiar el derecho positivo en el correspondiente plano normativo. Los jueces coadyuvan a la construcción del derecho y de esta forma a su creación, pero lo hacen de forma diferente y su función institucional no es equiparable a la del legislador. Es razonable que se exija a los jueces sumarse, como actores con capacidad crítica, a las interpretaciones constitucionales establecidas por la máxima instancia de la justicia constitucional, para que la jurisprudencia actúe de manera articulada en la garantía de la constitución, con la posibilidad de dinámicas de modificación o ajuste promovidas por la propia judicatura.

Sin embargo, la posición institucional del legislador es diferente. El legislador está llamado a cumplir una función especial en la identificación de las necesidades y concepciones o valoraciones sociales, que ya se ponen de manifiesto en los procesos democráticos que determinan la propia integración del parlamento. Esto puede motivar que sea preciso impulsar legislativamente en algún ámbito una lectura de las disposiciones constitucionales que difiera de los criterios jurisprudencialmente establecidos, la cual obviamente no vincula a la jurisdicción constitucional, pero debe ser evaluada y hace patente la importancia de prever canales institucionales para el diálogo jurisdiccional-legislativo. Puede ocurrir igualmente que el parlamento formule una regulación global sobre una materia abordada fragmentariamente por la jurisprudencia constitucional, apoyándose en los respectivos criterios judiciales, pero eventualmente ajustándolos en atención a los principios de política legislativa que guíen dicha normativa.

²⁰ Gunnar F. Schuppert y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 45 y ss.

En este trabajo serán analizadas dos vertientes de la especial posición institucional del legislador ante la interpretación judicial de la constitución: en algunos ordenamientos con sistemas de control judicial de la constitucionalidad que serían calificados como fuertes, dadas las condiciones que se señalarán, el legislador puede, según criterios jurisprudencialmente asumidos o mayoritarios en la doctrina, aprobar una normativa que suponga replantear una problemática jurídica ya resuelta por la jurisdicción constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una ley; por otro lado, hay razones para admitir que el legislador establezca una solución general o abstracta referida al arreglo o convivencia entre derechos o bienes constitucionales en colisión, que no quede encadenada a las puntuales decisiones circunstancialmente adoptadas por los jueces constitucionales al dirimir los respectivos conflictos concretos.

3.1. La posibilidad de dictar una norma similar a otra antes declarada inconstitucional

Suele aceptarse en el derecho procesal constitucional que la desestimación de la inconstitucionalidad de una ley no impide la ulterior interposición de un recurso impugnatorio contra la misma, cuando este temporalmente aún proceda, o el planteamiento de una cuestión o excepción de inconstitucionalidad respecto de esa ley. Esta es una manifestación de la flexibilidad de la cosa juzgada en los procesos de control normativo.

Un asunto debatido, por el contrario, es la posibilidad de que el legislador reedite una disposición previamente declarada inconstitucional, lo cual se discute desde la categoría de la cosa juzgada o desde la óptica del efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional. No se trata simplemente de que el legislador reaccione ante un pronunciamiento jurisdiccional dictando una segunda ley sobre la misma materia, pero ajustándola completamente a las exigencias del fallo anulatorio anterior, sino de introducir normativamente alguna discrepancia, modificación o adaptación respecto de lo resuelto por la jurisdicción constitucional. La tendencia, no exenta de controversias, de algunos ordenamientos jurídicos consiste en permitir, al menos bajo ciertas condiciones, la reproducción en una ley futura de la norma antes declarada inconstitucional o de una similar, ello en virtud del papel del parlamento en una democracia. Según tal orientación se estima que este debe contar con la facultad de volver a emitir dicha norma si considera que, en atención al fin de la nueva ley, distinto al de la ley contentiva de la norma ya censurada, el asunto debe examinarse de otro modo; o si ha habido cambios en el contexto normativo, en las circunstancias sociales o en las concepciones predominantes en la comunidad que hagan aconsejable una relectura del precepto constitucional que dio fundamento al control.

Estos márgenes para la respuesta legislativa son razonables, pues armonizan las exigencias de la supremacía constitucional y de la garantía jurisdiccional en el campo

de los derechos, con las de la dinámica jurídica y social y los procesos democráticos que la canalizan. Fuera de los supuestos mencionados u otros análogos, como el replanteamiento de una regulación sustancialmente igual con base en evidencias empíricas adicionales, la simple insistencia del legislador en la aprobación de la norma declarada inconstitucional representaría un desacato a la decisión del tribunal o sala constitucional. Esto podría encauzarse a través de un medio procesal especial que permita ejecutar el pronunciamiento judicial anterior, previa verificación jurisdiccional, con oportunidad para el contradictorio, sin que sea por tanto necesario activar desde el comienzo un proceso de inconstitucionalidad contra la nueva ley. Lo expuesto confirma que la cosa juzgada constitucional es relativa y que la línea divisoria entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad de una regulación, judicialmente declarada, no es definitiva ni del todo rígida.²¹

Dos ejemplos del derecho comparado dignos de mención son el de Francia y Alemania. El Consejo Constitucional francés ha sostenido que si hay modificaciones en la redacción de las disposiciones antes invalidadas, o en el objeto o fin de la ley que las recoge, no procede hacer valer directamente el efecto de cosa juzgada. Se ha subrayado, con base en su jurisprudencia, que estas pautas admiten un margen de decisión significativo y que la posición general del Consejo Constitucional es la de ser prudente en el momento de estimar que la controversia sobre la constitucionalidad de una regulación ha quedado zanjada por una sentencia previa.²² El mismo criterio de estimar inaplicable la cosa juzgada, si la disposición ha sido reformulada o el propósito de la ley es otro, denota flexibilidad y abre campo a la reconsideración de la temática constitucional originalmente resuelta.

En Alemania se ha producido una discrepancia, de significación más teórica que práctica, entre los dos senados del Tribunal Constitucional Federal en relación con la licitud de la reiteración de una norma previamente declarada nula a causa de su inconstitucionalidad. Esto a pesar del texto categórico de la ley que regula las funciones de este Tribunal, cuyo artículo 31.1 establece que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan “a los órganos constitucionales de la federación y de los estados así como a todos los tribunales y autoridades”. Este último precepto sustenta la postura del Segundo Senado del Tribunal, pues de aquel se colegiría una prohibición de reiteración de la norma declarada inconstitucional. Mientras que el Primer Senado afirma que el legislador, según la Ley Fundamental (art. 20.3), está sometido solo al orden constitucional, no al de rango legal, al cual pertenece el citado artículo 31.1, y en ejercicio de su libertad de configuración normativa puede dictar nuevamente una norma antes rechazada por inconstitucional, con fundamento en la singular responsabilidad del parlamento, democráticamente legitimado para la adaptación del ordenamiento jurídico a exigencias sociales cambiantes y a altera-

²¹ Casal, *op. cit.*, p. 248.

²² Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, París, Montchrestien, 1995, pp. 142 y ss.

ciones en la conciencia o concepción jurídica de la comunidad. Ello se justificaría además en las limitaciones procesales del Tribunal Constitucional Federal, el cual carece, como muchos otros tribunales constitucionales, de facultades para corregir por propia iniciativa su jurisprudencia en procesos de control normativo, por lo que el legislador no debe estar atado por una prohibición de reiteración que priva a la jurisdicción constitucional de la oportunidad de revisar un criterio jurisprudencial no ajustado a las transformaciones de la realidad o de las valoraciones sociales. Buena parte de la doctrina se inclina a favor de la tesis del Primer Senado.²³

En España, la cuestión ha sido igualmente objeto de discusión. Si bien la simple reiteración de la ley declarada inconstitucional es calificada por algunos como un ilícito constitucional, se ha afirmado que de la Constitución española cabe inferir un principio implícito de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales,²⁴ dado que ella prevé la renovación parcial del Tribunal Constitucional, cada tres años, y ordena que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen junto a los votos particulares, si los hubiere, lo cual sería expresión de una idea de movilidad o flexibilidad de la declaración jurisdiccional, asociada a la renovación periódica y al voto particular como posible anticipo de un cambio de criterio. Adicionalmente, en atención a la evolución de los sistemas europeos de control de la constitucionalidad, se aboga por un modelo más dinámico de justicia constitucional, que comprendería un tratamiento matizado, no rígido, de este asunto.²⁵

Bajo las premisas expuestas, hay márgenes adecuados para el replanteamiento de los asuntos constitucionales tratados por la jurisdicción constitucional en una decisión previa relativa a la inconstitucionalidad de alguna ley. La última palabra sigue correspondiendo a los tribunales o salas constitucionales, pero esta se inscribe en un proceso de diálogo y mutua consideración institucional, en el que la primera palabra generalmente emanada del legislador debe ser apreciada suficientemente, lo cual ha de tener repercusión en distintos momentos o aspectos del control de constitucionalidad. El proceso jurisdiccional ha de ser estructurado de tal manera que se garantice la oportunidad de intervención del legislador y de participación de la ciudadanía, y las modalidades de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de la ley han de incluir fórmulas de reparación bilateral (o trilateral) de la inconstitucionalidad, que tengan en cuenta la posición institucional del parlamento. Además, ni la cosa juzgada ni el efecto vinculante deben cerrar las puertas a la reconsideración de un criterio jurisprudencial, por iniciativa del legislador, en las condiciones indicadas, de manera que se acepta y promueve un diálogo jurisdiccional-legislativo aun después de dictada una sentencia que declare la inconsti-

²³ Klaus Schlaich y Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007, pp. 268 y ss.

²⁴ Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Cuadernos y debates, núm. 66, 1997, p. 27.

²⁵ Aja, *op. cit.*, p. 284.

tucionalidad y nulidad de una ley. El tribunal o sala constitucional deberá evaluar si se dan tales condiciones, siendo posible adoptar posiciones matizadas, ya que la revisión puede tener fundamento solo respecto de algunos y no de todos los tópicos que el legislador intentaba replantear. Puede incluso que, estimándose justificada la reconsideración del problema, se llegue nuevamente a la conclusión de que la disposición legal es inconstitucional, pero no con base en la expedita constatación de que existe una cosa juzgada, sino en virtud de una discusión suficientemente amplia sobre los argumentos o evidencias que aducen quienes sostienen una tesis diferente.

Es interesante observar que, según lo expuesto, entre la primera palabra –del legislador– y la última –de los tribunales o salas constitucionales– pueden y suelen tener lugar interacciones dialógicas entre la jurisdicción constitucional y el legislador. En ellas ha de participar también la ciudadanía como sujeto de la dinámica interpretativa de la Constitución. Y la última palabra jurisdiccional cierra un ciclo interpretativo en relación con el caso o situación decididos, pero el diálogo puede continuar por mecanismos diversos y dar inicio a un nuevo ciclo. El diseño institucional debe favorecer este diálogo.²⁶

3.2. La posibilidad de reconfigurar legislativamente las reglas jurisprudenciales resolutivas de colisiones

Pasamos a referirnos a un tipo de iniciativa legislativa ante la jurisprudencia constitucional que no suele reconocerse expresamente en la doctrina o en la jurisprudencia, pero que estimamos justificada por razones diversas.

Con más frecuencia de lo que se refleja en estudios referidos a los temas aquí tratados, la interpretación constitucional proveniente de un tribunal o sala constitucional no se emite en procesos de control normativo (abstracto o concreto), sino en procesos de amparo u otros de similar naturaleza, en los que corrientemente no se dicta pronunciamiento alguno sobre la inconstitucionalidad de una ley, lo cual no significa que dicha interpretación carezca de eficacia vinculante. En estos supuestos, el legislador debe estar en principio facultado para adoptar una regulación global sobre una materia que la jurisdicción constitucional haya abordado de manera simplemente puntual o casuística, y al hacerlo puede establecer criterios que no concuerden completamente con los que se hubieran fijado jurisprudenciales en casos concretos. Debe precisarse no obstante hasta qué punto esto es admisible. Se analizará esta cuestión desde la óptica de la resolución jurisdiccional de colisiones constitucionales.

La problemática que ha de considerarse es la siguiente: los jueces, al solucionar conflictos en el ámbito de los derechos, efectúan ponderaciones que conducen a una regla aplicable a un caso particular y que a su vez puede o debe servir de base para

²⁶ En tal sentido, ver Markus González Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000; Casal, *op. cit.*, pp. 254 y ss. y 285 y ss.

dirimir ulteriores situaciones antinómicas sustancialmente iguales.²⁷ Esto según una síntesis muy apretada de una visión hoy muy extendida acerca de la manera de tratar dichas colisiones. Pues bien, cabe preguntarse qué valor posee esa regla derivada de la labor jurisdiccional resolutoria de colisiones constitucionales.

Una aproximación al asunto sería estimar que tales reglas, al resultar de ponderaciones entre principios constitucionales y, a fin de cuentas, de una interpretación de la constitución, adquieren una rigidez semejante a la de la constitución. Esta postura tendría, sin embargo, que ser rechazada, porque no deben confundirse los parámetros constitucionales que convergen en ese conflicto normativo con la norma o regla que nace de su resolución. Esta regla tendrá pues el valor que le otorgue la exigencia de coherencia en la solución de controversias en un orden jurídico y la que le corresponda en virtud del carácter persuasivo o vinculante de los precedentes. En ello incide la concepción que se tenga sobre la ponderación, pues desde una visión universalista, la racionalidad de la ponderación se vincula con la posibilidad de generalizar la concreta decisión adoptada, a la luz de los datos particulares que la fundamentaron.²⁸

Bajo la óptica de la eficacia del precedente, si un tribunal o sala constitucional dirime una controversia asociada a la colisión entre principios o derechos constitucionales, su pronunciamiento sentará un precedente para casos futuros, cuya mayor o menor fuerza obligatoria dependerá de cada sistema. Aun en los supuestos en los que esta es reconocida formalmente, existen compuertas por las cuales el dinamismo de la sociedad y del derecho circula. Una de ellas estriba en la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, que permite circunscribir y adaptar los criterios vinculantes, lo cual tiene especial relevancia en la esfera de la jurisdicción.

Pero la cuestión de mayor significación se refiere a la libertad con que cuente el legislador para configurar de manera general o abstracta las relaciones entre bienes constitucionales en potencial colisión, a pesar de la existencia de precedentes jurisprudenciales relativos a la resolución en concreto de conflictos normativos entre ellos, emanados de un tribunal o sala constitucional. Si ya existe una ley que regule en abstracto estas (potenciales) colisiones y los jueces constitucionales, al ser requeridos para dirimir el conflicto, estiman que la solución legislativa es contraria a la constitución, se suscita un tema de control de constitucionalidad de la ley; pero si el legislador no ha intervenido y la jurisdicción constitucional ha sido precursora, surge la pregunta acerca del alcance de sus precedentes frente al legislador. Con frecuencia se entiende que las razones fundantes o determinantes de las decisiones del tribunal constitucional, y la respectiva interpretación de la constitución, aun de

²⁷ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 95 y ss.; Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 192 y ss.

²⁸ David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 179 y ss.

las proferidas fuera de los procesos de control de la constitucionalidad de normas, ostentan una eficacia vinculante, al menos respecto de los jueces. No obstante, debe preservarse la facultad del legislador de evaluar de manera global la relación entre los principios involucrados, a la luz de los criterios jurisprudenciales, considerando todos los bienes jurídicos en juego, y de precisar la forma de articularlos y de definir los términos de su convivencia.

La necesidad de dejar a salvo esta facultad legislativa se sustenta en dos razones principales. La primera se relaciona con un *plus* componedor que puede estar presente en la resolución jurisdiccional de colisiones. Si la ley no ha regulado la tensión entre los principios enfrentados de manera latente y la jurisdicción constitucional, al conocer de amparos o de otras acciones o recursos referidos a situaciones concretas, establece una fórmula de articulación que se orienta por un espíritu componedor entre los derechos o bienes en conflicto, puede suceder que haya adoptado una solución constitucionalmente razonable más no necesaria ante la colisión. Es decir, puede que, dada la ausencia de la determinación legislativa sobre el modo de armonizarlos, el juez constitucional haya fijado, a la luz del caso particular y ante su obligación de decidirlo, un esquema de relaciones entre ellos conceptualmente provisional y que deja márgenes para una articulación general posterior efectuada por el legislador.

Esta provisionalidad no siempre se hará explícita en la sentencia, pero podrá inferirse de su análisis, y la regulación legislativa definitiva o estable sobre la situación de colisión latente o abstracta puede diferir de la regla jurisdiccionalmente fijada, al menos en aquello que no pertenezca a la esencia de lo que el tribunal constitucional haya interpretado de la constitución al dirimir el conflicto. Recuérdense que, conforme a la evolución de la jurisdicción constitucional, no es inusual que esta adopte, en el control de constitucionalidad de las leyes, regulaciones provisionales sobre las relaciones jurídicas correspondientes, que rigen hasta tanto sea dictada la legislación que se ajuste a los criterios que fundamentaron la declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley. Este tipo de reglas provisorias difieren de las que ahora se están comentando, pues son concebidas explícitamente con tal carácter, como consecuencia de la inconstitucionalidad de una ley y de la necesidad de dejar en pie criterios normativos cónsonos con la constitución hasta la aprobación de la nueva ley; mientras que en los casos de colisiones, que se suscitan en procesos de amparo u otros similares, las soluciones establecidas son definitivas, aunque esta fijeza se refiere a la controversia concreta decidida, en correspondencia con la naturaleza del proceso y del objeto del control, no a todos los elementos interpretativos involucrados en su resolución. Hay aquí, pues, una combinación entre la fijeza de la decisión particular y la ductilidad de ciertos criterios o puntos de vista que le dieron fundamento, en especial de aquellos asumidos para suplir la ausencia de una determinación legislativa y que sustancialmente respondan más a la búsqueda de un arreglo razonable entre los principios enfrentados.

Por supuesto, el legislador podría también apartarse del criterio esencial de la interpretación proveniente del tribunal o sala constitucional, si piensa que aquel

debe matizarse en virtud de la visión de conjunto o abstracta de la colisión examinada, o debe ajustarse a nuevas circunstancias o a una alteración en las valoraciones sociales predominantes, y en tal caso la ley dictada en sentido no coincidente con el de la jurisprudencia constitucional habría de entenderse como una propuesta de modificación del criterio imperante, que la jurisdicción constitucional habría de considerar cuando fuera requerida su intervención.

La segunda razón se refiere a la eventual existencia de elementos de carácter normativo o empírico que no hayan sido tenidos en cuenta al resolver la colisión. Nótese que la intervención judicial al dirimir conflictos entre derechos u otros principios constitucionales es puntual o concreta y se inscribe en las coordenadas particulares de las situaciones fácticas examinadas, mientras que el legislador está en condiciones de efectuar una apreciación general de la tensión o colisión potencial planteada, que introduzca en la ponderación bienes o intereses jurídicos no sopesados por la jurisdicción constitucional en los casos sometidos a su conocimiento. Puede haber además avances científicos, presentes al tiempo de las decisiones judiciales emitidas o posteriores a ellas, que no hayan sido evaluados, o no lo hayan sido suficientemente. Esto justifica que el legislador entre en escena para reconfigurar desde una perspectiva más global las soluciones que los tribunales constitucionales hayan establecido desde una óptica más parcial o incompleta.

Esta es, pues, una posible modalidad de respuesta legislativa ante la interpretación de la constitución que lleva a cabo la jurisdicción constitucional, la cual se inscribe también en el marco de un diálogo jurisdiccional-legislativo. Este no concluye con la promulgación de la ley que ordene de manera general la materia objeto de tratamiento jurisprudencial puntual o fragmentario, sino que puede continuar si se activa el control de la constitucionalidad, mediante el cual la jurisdicción constitucional puede acoger, en todo o en parte, el diseño legislativo.

4. Conclusión: hacia un constitucionalismo abierto

Las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia, que se han acentuado en virtud del proceso de constitucionalización, han conducido a que algunos defiendan un constitucionalismo débil y el establecimiento de sistemas o modelos también débiles de control judicial de la constitucionalidad, en los que el legislador pueda imponerse frente a la jurisdicción constitucional en la interpretación de la constitución, o en la resolución de las correspondientes disputas. También se ha planteado que ciertas materias queden anticipadamente excluidas de la revisión de la constitucionalidad de las leyes.

No es posible entrar ahora en la consideración de las distintas opciones que al respecto han sido examinadas y, en algunos casos, adoptadas. Sí interesa advertir que esta aproximación al problema parece equivocada, más aún en el contexto latinoamericano. Ante la alternativa artificialmente construida entre un consti-

tucionalismo fuerte y un constitucionalismo débil, ha de transitarse la ruta de un constitucionalismo abierto, perforado o, mejor, alimentado o enriquecido por la vertiente democrática del sistema en que se inserta. Ello ha de tener una concreta proyección institucional en la jurisdicción constitucional, lo cual comprende tópicos como los procedimientos de designación de los magistrados de los tribunales o salas constitucionales, la duración de su mandato, la regulación de los procesos ante tales órganos jurisdiccionales, la modulación de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes, entre otros. En particular, es fundamental prever oportunidades institucionales para el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la legislación en las distintas etapas de los procesos de control de constitucionalidad, también después de dictada una sentencia, en fase de ejecución o cumplimiento. Adicionalmente, como antes se señaló, no ha de descartarse un replanteamiento de problemas interpretativos ya resueltos por la jurisdicción constitucional.

Bibliografía

- AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- CABALLERO, Gaspar, *Corte constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- CASAL, Jesús M., *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.
- DUQUE CORREDOR, Román, *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Caracas, Homero, 2014.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, Cuadernos y debates*, núm. 66, 1997, pp. 15-79.
- MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen, *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Caracas, UCAB, 2015.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MORENO, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, París, Montchrestien, 1995.
- SCHLAICH, Klaus y Stefan KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007.

SCHUPPERT, Gunnar F. y Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

TUSHNET, Mark, "Judicial review of legislation", Peter CANE y Mark TUSHNET, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, New York, Oxford University Press, 2005.

_____, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.